

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Discriminación en el consumo en el sector privado de seguros

Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogado

Autor

Bryan Michael Camasca Bustos

Revisor

Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2021

Resumen

El objetivo general del presente trabajo es analizar los aspectos jurídicamente relevantes de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI; en el cual se aborda la resolución, en segunda instancia administrativa, de un caso vinculado a la discriminación en el consumo de una persona con síndrome de Down por parte de una compañía de seguros, en el marco de la solicitud de afiliación por parte de la primera a un seguro de salud ofrecido por esta última.

Para llevar a cabo el análisis de la referida resolución, se ha empleado un método descriptivo y deductivo crítico de las principales instituciones jurídicas y preceptos normativos involucrados en el caso y su aplicación; valiéndonos también de la inclusión de antecedentes jurisprudenciales sobre la materia.

Tras la aplicación de dicha metodología de trabajo, hemos llegado a dos conclusiones principalmente. La primera de ellas es que el trato diferenciado dispensado por la denunciada está desprovisto de razones objetivas y razonables; mientras que la segunda, que dicho trato diferenciado constituye un acto de discriminación en el consumo tipificado como una infracción normativa de naturaleza administrativa y proscrita por la Constitución.

Palabras clave: discriminación en el consumo, prácticas discriminatorias, síndrome de Down, seguros y discapacidad, trato diferenciado ilícito

Abstract

The general objective of this paper is to analyze the legally relevant aspects of the Resolution 2135-2012/SC2-INDECOPI; in which the Tribunal of Defense of Competition, as a court of appeal, resolves a case involving discrimination against a person with Down syndrome by an insurance company in a consumer relationship.

In order to carry out the analysis of the aforementioned resolution, we have used a descriptive and deductive critical method of the main legal categories and regulation involved in the case and its application; including legal precedents relevant to the case.

After applying this methodology, we have reached two main conclusions. The first one is that the disparate treatment performed by the defendant is devoid of objective and reasonable reasons; while the second one is that such differential treatment constitutes an act of consumer discrimination, typified as a regulatory infringement of an administrative nature, outlawed by the Constitution.

Key words: consumer discrimination, discriminatory practices, insurance and disability, disparate treatment

Índice de contenido

Introducción	5
Justificación de la elección de la resolución	6
I. Hechos del Caso	7
II. Problemas Jurídicos	17
III. Análisis de los problemas jurídicos	19
Primer problema jurídico: la negativa de Rímac de afiliarse al seguro de salud "Red Salud" a la señorita Céliz por padecer de síndrome de Down ¿trato diferenciado (i)lícito?	19
1. Los derechos involucrados en el caso: perspectiva normativa, jurisprudencial y conceptual	19
2. El rechazo de Rímac a la solicitud de afiliación del señor Céliz ¿Puede ser considerado un trato lícito?	29
Segundo problema jurídico: La conducta de Rímac consistente en rechazar la solicitud de suscripción del señor Céliz, en favor de la señorita Céliz, en razón de que esta tiene la condición de síndrome de Down ¿constituye un trato diferenciado ilícito o un acto de discriminación en el consumo?	44
1. El artículo 38 del Código: ¿trato diferenciado ilícito y discriminación en el consumo como tipos diferenciados? O ¿discriminación en el consumo como tipo único sujeto a diverso tipo de intensidad?	44
2. La determinación de si un trato diferenciado en concreto es discriminatorio: el método del 48	
IV. Opinión personal sobre la forma en que fue resuelto el caso en mayoría	53
Conclusiones	57
Bibliografía	59

Introducción

El tema que, principalmente, se aborda en la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI es el de la discriminación en el consumo, producto de una presunta conducta discriminatoria por parte de una compañía de seguros que se negó a aceptar la solicitud de afiliación, realizada en favor de una persona con síndrome de Down, a un seguro de salud que aquella ofertaba.

Así, los esfuerzos de la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 se centran en determinar -en segunda instancia administrativa- si el referido rechazo equivale a una conducta discriminatoria; o si, por el contrario, constituye un trato diferenciado legal que se basa en razones objetivas y justificadas. En esa medida, cabe mencionar que el problema analizado por la Sala es también el principal problema que se busca resolver, desde una óptica crítica, en el presente trabajo.

Teniendo en cuenta lo apenas señalado, el objetivo que guía nuestra investigación es el de determinar si -en el caso concreto- la conducta de la denunciada, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, califica como un trato discriminatorio contra la hija menor del denunciante, el señor Miguel Céliz.

Para alcanzar el objetivo planteado nos hemos valido del método descriptivo y deductivo crítico de las principales instituciones jurídicas, preceptos normativos y jurisprudenciales involucrados en el caso y su correspondiente aplicación.

Tras la aplicación de dicha metodología de trabajo, hemos llegado a dos conclusiones principalmente. La primera de ellas es que el trato diferenciado dispensado por la denunciada está desprovisto de razones objetivas y razonables; mientras que la segunda, que dicho trato diferenciado constituye un acto de discriminación en el consumo tipificado como una infracción normativa de naturaleza administrativa y proscrita por la Constitución.

Justificación de la elección de la resolución

Independientemente de los móviles y connotaciones particulares de cada caso, la discriminación en nuestro país es un problema social históricamente arraigado; así, la Defensoría del Pueblo ha sostenido que “[l]a acción silenciosa de la discriminación hace de ella una práctica que se encuentra presente en toda la sociedad y, por eso mismo, resulta más difícil de erradicar. Se expresa a través de un conjunto de conductas que atribuye predicados negativos y forma parte del universo de nuestras creencias más profundas y arraigadas” (2007, p. 21).

Las relaciones de consumo, en tanto son producto de la interacción social entre usuarios y proveedores, son espacios propicios para la manifestación de prácticas discriminatorias que atentan contra uno de los derechos más importantes del ordenamiento jurídico: la igualdad; y, por tanto, requieren de la tutela del consumidor discriminado.

Es por ello que hemos elegido analizar jurídicamente la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, pues en la misma se aborda la problemática vinculada al examen de una conducta presuntamente discriminatoria, específicamente en el sector de seguros de salud y en base a una característica no muy común que es la de la condición de síndrome de Down.

La complejidad del análisis se verá enriquecido por las diversas posiciones que plantean los vocales que componen la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 al avocarse a la resolución del caso, las cuales serán implícitamente abordadas a lo largo del presente trabajo desde una perspectiva crítica.

I. Hechos del caso

A continuación, presentaremos los hechos del caso de forma cronológica.

- **10/2010:** El señor Miguel Ángel Céliz Ocampo (en adelante, señor Céliz) solicita la inscripción de sus hijos Franco Céliz, Almendra Céliz y Sandra Céliz al seguro de asistencia médica “Red Salud” ofrecido por la empresa Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros (en adelante, Rímac), precisando que su hija Sandra Paloma Céliz (en adelante, señorita Céliz) tenía Síndrome de Down.
- **08/11/2010:** Rímac remite un mensaje electrónico, al cual adjunta la carta N° EMI-14932/2010 de fecha 04/11/2010, por medio de la cual se le comunica al señor Céliz que Rímac no emitiría la póliza de seguro de salud para la señorita Céliz por razones técnicas.

El señor Céliz solicitó a Rímac que se detalle el motivo del rechazo de la afiliación de la señorita Céliz al seguro de salud, tras considerar que los términos del referido rechazo eran muy amplios.

- **09/11/2010:** Rímac emite un segundo mensaje electrónico dirigido al señor Céliz, en el que indica que el motivo del rechazo de la afiliación se debe a que -conforme a sus políticas de suscripción- la condición de Síndrome de Down es un riesgo no asegurable.
- **17/11/2010:** Debido al rechazo de Rímac de afiliar a la señorita Céliz, el señor Céliz presenta una queja ante la Plataforma de Atención al Usuario de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, la SBS), a fin de que se revisen las políticas de Rímac.
- **02/12/2010:** Tras la queja planteada por el señor Céliz ante la SBS, Rímac señala dentro de sus descargos que, toda vez que las personas con Síndrome de Down tenían una probabilidad superior a la de la población en general de padecer patologías colaterales, existía una elevada exposición a riesgos de salud y probabilidades de ocurrencias médicas elevadas, situación que distaba del “criterio de lo incierto” que caracteriza a los riesgos asegurables.

Debido a lo anterior, Rímac también precisa que asegurar a la señorita Céliz implicaría perjudicar a los demás asegurados con índices de siniestralidad muy altos y también incrementarían las primas, lo que redundaría en que resulte económicamente inaccesible acceder al seguro de salud.

- **12/2010:** Tras la respuesta de Rímac, Mediante el Oficio N° 61798-2010, la SBS le comunica al señor Céliz que Rímac había manifestado que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, en la determinación sus políticas de suscripción de sus productos optaban por riesgos de baja siniestralidad; por tanto, tras considerar que las personas con Síndrome de Down tenían una probabilidad superior de padecer patologías colaterales, elegían no asegurar dicho riesgo.
- **29/12/2010:** El señor Céliz solicitó al Servicio de Atención al Ciudadano del Indecopi (en adelante, SAC) que se revisen las políticas de Rímac; tras considerar que el rechazo de afiliación a las personas con Síndrome de Down no constaba dentro de las cláusulas de exclusión de la póliza solicitada.
- **13/01/2011:** Rímac remite un correo electrónico al SAC en el cual señala que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, determina libremente sus políticas de suscripción, reiterando que el Síndrome de Down resultaba un riesgo no asegurable. La compañía aseguradora también precisa que, conforme a su Condicionado General, aseguraba a personas con Síndrome de Down que hubieran nacido durante la cobertura de una póliza emitida con anterioridad a dicho nacimiento, supuesto en el que no se encontraba la señorita Céliz.
- **27/01/2011:** El señor Céliz denunció a Rímac ante la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Comisión) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), por presuntas infracciones a los artículos 1.1° literal d) y 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 (en adelante, el Código).
- **11/04/2011:** En función a la denuncia formulada por el señor Céliz, la Defensoría del Pueblo (en adelante, la Defensoría) emite a la Comisión un informe sobre la discriminación contra las personas con discapacidad en la contratación de seguros de salud y vida privados. En dicho informe, la

Defensoría sostiene que la negativa de otorgar un seguro a una persona basándose en su discapacidad constituye un acto discriminatorio; sin perjuicio de lo cual, cabría que las empresas aseguradoras impongan limitaciones a la cobertura de los seguros contratados o incrementen la prima correspondiente, de acuerdo a factores actuariales técnicamente sustentados. Asimismo, la Defensoría exhorta al Indecopi a que realice una investigación de oficio en el mercado de seguros de salud y vida, en relación a los presuntos actos de discriminación contra las personas con discapacidad y las condiciones en que se estarían prestando dichos servicios.

- **28/04/2021:** la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada por el señor Céliz contra Rímac, en base a la presunta infracción del literal d) del artículo 1.1¹ y 38² del Código; pues el proveedor (Rímac) habría incurrido en una actuación discriminatoria al haber impedido injustificadamente la suscripción de la señorita Céliz al seguro de asistencia médica Red Salud por padecer Síndrome de Down.

- **17/05/2011:** Rímac contesta la denuncia planteada por el señor Céliz, abundando en los antecedentes del caso y en los argumentos que previamente se señalaron. Asimismo, agrega que la exclusión de cobertura de enfermedades y/o defectos congénitos que recogía su Condicionado General se sustentaba técnicamente en la Clasificación Internacional de Enfermedades – Décima Versión, publicada por la Organización Mundial de la Salud.

En esa medida, Rímac indicó que el mayor porcentaje de probabilidades de padecer enfermedades y trastornos que tendrían las personas que padecen síndrome de Down frente a las personas que no tienen esta condición,

¹ **Artículo 1.- Derechos de los consumidores**

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...)

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

² **Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores**

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

determinó el contexto bajo el cual establecieron los riesgos no asegurables y, en esa medida, el rechazo de la solicitud de afiliación al seguro de asistencia médica “Red Salud” realizado por el señor Céliz en favor de la señorita Céliz. A juicio de Rímac, lo señalado se constituiría como la justificación del rechazo de suscripción y demostraría que no se estaría incurriendo en un acto de discriminación de su parte.

- **28/11/2011:** En el marco del procedimiento administrativo llevado ante la Comisión, se realizó el informe oral en el que las partes expusieron sus argumentos y descargos.

- **13/12/2011:** La Comisión emite la Resolución N° 3329-2011/CPC, cuyos fundamentos jurídicos principales son los siguientes:
 - Rímac no acreditó una causa objetiva y razonable que sustente su negativa a la solicitud de suscripción de la señorita Céliz al seguro de asistencia médica “Red Salud”.
 - Rímac habría considerado que una persona con síndrome de Down es riesgosa por naturaleza, al no haber demostrado que la condición de la señorita Céliz constituye un riesgo no asegurable; lo que representaría un criterio de diferenciación no amparado por el ordenamiento jurídico.
 - Toda vez que el rechazo de la solicitud de afiliación de la señorita Céliz por parte de Rímac se basa en que la condición de síndrome de Down supone un riesgo no asegurable de acuerdo a sus políticas de suscripción, y al ser esta una condición inherente a un colectivo o grupo humano, el trato diferenciado dispensado por Rímac constituye un acto de discriminación.
 - El contrato de seguro vinculado al seguro de asistencia médica “Red Salud” únicamente excluye las dolencias y males específica y acreditadamente vinculados a una condición congénita (como el síndrome de Down), mas no una exclusión genérica de una persona por determinada condición congénita.

En virtud de los precitados fundamentos, la Comisión resuelve lo siguiente:

- Declara fundada la denuncia interpuesta por el señor Céliz en contra de Rímac por infracción los artículos 1.1 literal d) y 38 del Código, al haber

incurrido en un acto de discriminación consistente en impedir injustificadamente la suscripción de la señorita Céliz a su seguro de asistencia médica “Red Salud”.

- Ordena, en calidad de medida correctiva, que Rímac cumpla con atender la solicitud de afiliación de la señorita Céliz a su seguro de asistencia médica “Red Salud” en un plazo no mayor a 5 días hábiles.
 - Sanciona a Rímac con una multa de 50 UIT.
 - Ordena a la Secretaría Técnica de la Comisión a iniciar una investigación de oficio, a fin de determinar si en el mercado de seguros de vida y de salud, las compañías aseguradoras han venido incurriendo en tratos diferenciados ilícitos y prácticas discriminatorias contra las personas con discapacidad.
- **22/12/2011:** Rímac apela la Resolución N° 3329-2011/CPC de la Comisión, en base a los siguientes argumentos:
- Rímac no poseía un producto como el que se solicitaba, es decir un seguro de asistencia médica para personas con Síndrome de Down, ya que estas se encuentran expuestas a un mayor riesgo de contraer enfermedades. Asimismo, da a entender que no estaría obligada a poseer un producto como el señalado, pues tiene la potestad de decidir qué riesgos no asegura y, por tanto, qué productos no introduce al mercado. Esta libertad de administrar riesgos y elegir contratantes estaría respaldada en un pronunciamiento de la SBS: Oficio N° 11612-2012-SBS.
 - Considerando que la mayor exposición a enfermedades de las personas con Síndrome de Down no se encuentra en discusión, la distinción que realiza Rímac para decidir qué riesgos no está en la capacidad de calcular y delimitar sería razonable. Sostener lo contrario, a juicio de Rímac, implicaría que se establezca como precedente que los proveedores tengan el deber de ofrecer productos o servicios que no están en aptitud de ofrecer, lo que implicaría un desbalance de la cartera de riesgos; así como el deber de los proveedores de subsidiar ciertos servicios y obligarlos a ofrecerlos, aspecto que llevaría a pérdidas en la empresa y trasladar los costos a otros asegurados.
 - No es posible ajustar el seguro de asistencia médica “Red Salud” a las personas con Síndrome de Down, a través de exclusiones o elevaciones de prima; ya que, ello demandaría la realización de estudios actuariales que

delimiten los mayores riesgos futuros vinculados a la salud de estas personas, estudios con los cuales Rímac no contaba cuando el señor Céliz curso su solicitud de afiliación, al no estar obligada a tenerlos. Por tanto, lo que el denunciante en realidad estaría solicitando es un nuevo producto.

- El actuar de Rímac calificaría como un trato diferenciado lícito, pues obedecería a razones objetivas y justificadas: dado que no existen estudios actuariales, a efectos de equilibrar el balance entre riesgos y los intereses de las personas con Síndrome de Down, la negativa de acceso a dicho seguro sería la medida menos lesiva.
 - El actuar de Rímac, al no basarse en criterios subjetivos, arbitrarios o de prejuicio cultural, no configuraría el supuesto agravado de discriminación en los términos que establece la Constitución.
- **17/02/2012:** El señor Céliz absuelve el traslado de la apelación, básicamente adhiriéndose a los fundamentos expuestos por la Comisión.
- **20/06/2012:** Se lleva a cabo el informe oral, con la presencia de ambas partes del procedimiento y sus representantes.
- **26/06/2012:** el señor Céliz presenta un escrito en el que reitera sus argumentos y adjunta la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se regulan aspectos vinculados al derecho a la seguridad social.
- **04/07/2012:** la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú presentó un *amicus curiae*.
- **11/07/2012:** la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual emite la Resolución N° 2135-2012/SC2-INDECOPI³. Los principales fundamentos jurídicos, en mayoría (Camilo Carrillo, como presidente de la Sala; y Miguel Quirós, como vocal), de esta resolución son los siguientes:

³ Cabe resaltar que, en la votación de la resolución del caso en esta segunda instancia, se produjo un empate en la votación. Así, el presidente de la Sala hizo ejercicio de su voto dirimente establecido en el artículo 14 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado mediante Decreto Supremo N° 09-2009-PCM, siendo el sentido de la resolución el voto adoptado por los señores Vocales Camilo Nicanor Carrillo Gómez y Miguel Antonio Quirós García.

- Rímac admite expresamente, en las condiciones del contrato de seguro y en el marco del procedimiento administrativo, que asegura a personas con el síndrome de Down, entrando en contradicción con sus propios argumentos; por lo que las razones de carácter económico que esgrime pierden fuerza y eficacia controversial y abren las condicionantes de la discriminación en el caso concreto.
- La negativa de Rímac de asegurar a la señorita Céliz no cumple con el test de razonabilidad o proporcionalidad; pues si bien cumple con el parámetro de idoneidad, al evadir los riesgos inherentes del aseguramiento de una persona con la condición de síndrome de Down, no cumpliría con el parámetro de necesidad, ya que Rímac podría haber asegurado a la señorita Céliz y posteriormente hacer valer las exclusiones de riesgos concretos contenidas en su póliza o elevado la prima en estos supuestos.
- En función a lo anterior, el actuar de Rímac no debe ser calificado como el tipo básico de exclusión justificada o injustificada de contratar, sino que encaja en un tipo de discriminación agravada, el cual es un acto de discriminación en el consumo.

En virtud de los argumentos señalados, se resolvió, en mayoría, lo siguiente:

- Se confirma la Resolución 3329-2011/CPC, emitida por la Comisión, que declaró fundada la denuncia del señor Céliz en contra de Rímac, debido a que la denunciada habría incurrido en un acto de discriminación al haber impedido injustificadamente la suscripción de la hija del denunciante al seguro de asistencia médica "Red Salud".
- Confirmar la Resolución 3329-2011/CPC en el extremo referido a la medida correctiva ordenada, aunque precisando el objeto de la misma: "que en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados a partir de que el señor Miguel Ángel Céliz Ocampo comunique a Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros que aún se encuentra interesado en el seguro de asistencia médica "Red Salud" para su hija, la referida empresa cumpla con atender de forma favorable la solicitud de seguro presentada por el denunciante".
- Revocar la Resolución 3329-2011/CPC en el extremo de la sanción impuesta a Rímac, con una multa de 50 UIT, reformándola, a fin de imponer a la denunciada una multa de 45 UIT.

- Solicitar al Consejo Directivo de INDECOPI que publique la Resolución y, consecuentemente, de todos los votos que la conforman en el Diario Oficial “El Peruano”.

Sin perjuicio de lo anterior, se emitieron dos votos que discreparon de la decisión en mayoría. En primer lugar, el voto del vocal Oscar Arrús, quien expuso los siguientes argumentos:

- En el presente caso, no concurrirían todos los requisitos desarrollados por la Defensoría del Pueblo para la configuración de un acto discriminatorio; ya que solo se evidenciaría un trato diferenciado o desigual lícito, que se sustenta en causas objetivas y justificadas.
- La Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas no establece obligaciones concretas a los particulares, esto es, personas naturales o jurídicas de Derecho Privado. Por tanto, no podría invocarse este instrumento internacional para sustentar una supuesta obligación de Rímac de incluir en sus seguros de salud convencionales a personas con discapacidad⁴.
- Las compañías de seguros, en base a la legislación sobre la materia y la naturaleza del mercado, pueden determinar sus condiciones de asegurabilidad y, por ende, son libres de elegir con quienes contratar, administrando los riesgos y evitando aquellos que consideren excesivos. En esa medida, si una compañía demuestra que la negativa de contratar con una persona se basa en que esta pertenece a un grupo que se encuentra expuesto a un mayor riesgo que el promedio, esta se erige como una causa objetiva y justificada.
- El hecho de que Rímac afilie al seguro de asistencia médica “Red Salud” a personas con síndrome de Down en determinados casos es únicamente una discrecionalidad de la compañía de seguros en el marco de su libertad de empresa y no la obliga a adoptar como política general la inclusión dentro de dicho seguro al resto de personas con síndrome de Down que no cumplen con la condición estipulada en su condicionado general, como la señorita Céliz.

⁴ Complementando esta referencia, el vocal también precisa que los seguros ofrecidos por las compañías de seguros se fundan en la libertad de empresa y persiguen fines de lucro legítimos; mientras que la seguridad social, contenida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se basa en la equidad, la solidaridad y la facilidad de acceso a los servicios de salud.

En función de los argumentos señalados, el vocal Oscar Arrús considera que la apelación interpuesta por Rímac debe declararse fundada y, por tanto, revocarse la resolución de la Comisión y declarar infundada la denuncia planteada.

En segundo lugar, el segundo voto discordante de la decisión en mayoría está constituido por el voto conjunto de los vocales Francisco Mujica y Hernando Montoya, quienes sostuvieron lo siguiente:

- Toda vez que Rímac reconoció que afiliaba a menores de edad con síndrome de Down al seguro de asistencia médica "Red Salud", cuando sus padres estaban asegurados y solicitaban su inclusión a la póliza dentro de los 30 días siguientes a su nacimiento, la Comisión debió ampliar la imputación de cargos realizada en virtud de la Resolución 1 e incluir como presunta infracción la selección injustificada de clientela.
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas no es vinculante para sustentar la existencia de una obligación, en cabeza de Rímac, de incluir en sus seguros de salud convencionales a personas con discapacidad.
- Sin desconocer que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que el resto de la población respecto a la contratación de un seguro de salud, la condición de algunos grupos de discapacitados aparea un mayor riesgo a ser susceptible a enfermedades una vez contratada la póliza. Ello explicaría que no pueda pretenderse contratar una póliza general de salud que ha sido creada para personas sin discapacidad.
- La selección de riesgos no implica discriminación alguna, sino que se orienta a determinar el nivel de riesgo que representa cada persona asegurada por la compañía de seguros. Obligar a las compañías de seguros a suscribir pólizas de seguros de salud en favor de las personas con síndrome de Down, a pesar de que estas han sido elaboradas atendiendo a parámetros aplicables a personas que no tienen dicha condición, vulneraría la libertad de empresa y de contratación.
- El hecho de que Rímac asegure, en algunos casos, a personas con síndrome de Down demuestra que no hay un trato discriminatorio hacia las personas con este síndrome. No obstante, la negativa de otorgar a

la señorita Céliz el seguro de asistencia médica “Red Salud”, a diferencia de las personas con síndrome de Down que sí pueden acceder a los seguros de salud de Rímac, configura un supuesto de selección injustificada de clientela, y no un trato discriminatorio.

En función de estos argumentos, los vocales Francisco Mujica y Hernando Montoya sostuvieron que la decisión del caso debió ser la siguiente:

- Declarar infundada la denuncia por infracción del artículo 38°, sub-numeral 38.1 del Código (discriminación en el consumo) y declarar fundada la misma por infracción del artículo 38°, sub-numeral 38.2 (selección injustificada de clientela).
- Corresponde sancionar a Rímac con una multa de 20 UIT, toda vez que -en el curso del procedimiento- la denunciada ofreció en favor de la denunciante afiliar a la señorita Céliz al seguro materia de denuncia, siendo que esta propuesta es similar a la medida correctiva y, por tanto, se configuraría un atenuante.
- Corresponde imponer como medida correctiva que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados a partir de que el denunciante comunique a Rímac que aún se encuentra interesado, la referida empresa cumpla con otorgar a la señorita Céliz el seguro de salud que tienen las persona con síndrome de Down que Rímac ha reconocido haber asegurado.

II. Problemas jurídicos

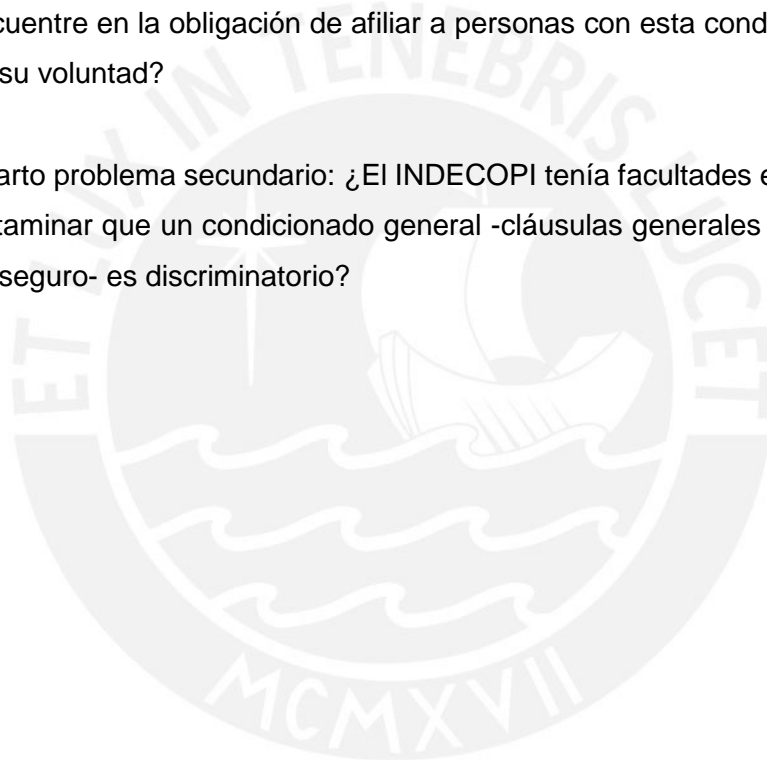
Identificados los hechos del caso, corresponde ahora plantear los problemas principales y problemas secundarios que se derivan de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI.

Primer problema principal: La conducta asumida por Rímac, consistente en rechazar la solicitud de suscripción del señor Céliz, en favor de la señorita Céliz, en razón de que esta tiene la condición de síndrome de Down ¿está sustentada en causas objetivas y razonables y, por tanto, constituye un trato diferenciado lícito?

- Primer problema secundario: ¿Cuál es el rol que desempeña la autonomía privada en la configuración de las condiciones de los contratos de seguro de vida y cómo se armoniza con el derecho a la igualdad y a la seguridad social? ¿Puede Rímac, en base a dicha autonomía privada, negarse a afiliar a la señorita Céliz al seguro de asistencia médica “Red Salud”? considerando las condiciones generales del contrato de seguro y las políticas de suscripción de la compañía.
- Segundo problema secundario: ¿La ausencia de estudios actuariales que delimiten los mayores riesgos futuros vinculados a la salud de las personas con síndrome de Down determina que el seguro de asistencia médica “Red Salud” no pueda ajustarse a fin de cubrir a estas personas?
- Tercer problema secundario: La libertad de administrar riesgos y elegir contratantes -respaldada en el pronunciamiento de la SBS (Oficio N° 11612-2012-SBS)- ¿constituyen un factor objetivo en base al cual puede optarse por no asegurar a una persona con síndrome de Down?

Segundo problema principal: La conducta de Rímac consistente en rechazar la solicitud de suscripción del señor Céliz, en favor de la señorita Céliz, en razón de que esta tiene la condición de síndrome de Down ¿constituye un trato diferenciado ilícito o un acto de discriminación en el consumo?

- Primer problema secundario: ¿Cuál es el método adecuado para determinar si la conducta de Rímac constituye un acto de discriminación?
- Segundo problema secundario: ¿Tras ponderar el derecho a la igualdad (en su manifestación de interdicción de la discriminación y al acceso igualitario a las prestaciones de servicios de seguros de salud) vs el derecho a la libertad de empresa y autonomía privada ¿qué derechos deben primar en la resolución concreta del caso, a la luz del marco jurídico peruano actual?
- Tercer problema secundario: El derecho a no ser discriminado por motivo de tener la condición de síndrome de Down ¿puede determinar que Rímac se encuentre en la obligación de afiliar a personas con esta condición en contra de su voluntad?
- Cuarto problema secundario: ¿El INDECOPI tenía facultades en el caso para dictaminar que un condicionado general -cláusulas generales de un contrato de seguro- es discriminatorio?



III. Análisis de los problemas jurídicos

Primer problema jurídico: la negativa de Rímac de afiliarse al seguro de salud “Red Salud” a la señorita Céliz por padecer de síndrome de Down ¿trato diferenciado (i)lícito?

Sin duda alguna, el principal problema al que nos enfrenta la Resolución bajo análisis es el de determinar si, efectivamente, el rechazo de la solicitud de afiliación en favor de la señorita Céliz al seguro de asistencia médica “Red Salud” calza en el tipo infractor de discriminación en el consumo; o si, por el contrario, nos encontramos frente a una conducta que se basa en razones objetivas y justificadas; o, en la situación intermedia de que estemos frente a un trato diferenciado ilícito que no configura un supuesto de discriminación u otra figura análoga.

Pues bien, para poder resolver dicho problema, en primer lugar, es preciso establecer claramente cuál es el marco normativo sobre el cual debe construirse la solución de la cuestión principal. En esa medida, a continuación, haremos una referencia ordenada a las disposiciones nacionales y supranacionales que involucran los derechos de las partes en conflicto en el presente caso; así como su tratamiento jurisprudencial y conceptual, procurando una aproximación crítica de cada aspecto abordado.

1. Los derechos involucrados en el caso: perspectiva normativa, jurisprudencial y conceptual

- *Constitución Política del Perú*

Por un lado, veamos brevemente los derechos constitucionales de la señorita Céliz que, presuntamente, fueron afectados por Rímac con su negativa a afiliarla al seguro de salud que ofertaba.

La Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución) prevé en el numeral 2 del artículo 2 que “[t]oda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” (Constitución Política del Perú, 1993). De lo consagrado en esta disposición, podemos apreciar que la Constitución consagra la igualdad como derecho fundamental de toda

persona; y que, inspirada en ella, se consagra también el principio de interdicción de la discriminación por una serie de motivos ejemplificativamente consignados en la disposición constitucional citada.

Asimismo, en el artículo 7 de la Constitución se establece que, en el marco del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, “[l]a persona incapacitada⁵ para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad” (Constitución Política del Perú, 1993).

En cuanto al conjunto de derechos constitucionales reconocidos a las personas discapacitadas en el artículo 7 de la Constitución, cabe precisar que el Estado peruano instauró un régimen legal especialmente destinado a proteger a las personas con discapacidad. En efecto, nos estamos refiriendo a la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad⁶, en cuyo artículo 1 se previó que tenía por finalidad “[...] establecer el régimen legal de protección, de atención de salud, trabajo, educación, rehabilitación, seguridad social y prevención, para que la persona con discapacidad alcance su desarrollo e integración social, económica y cultural, previsto en el artículo 7 de la Constitución [...]” (Congreso de la República, 1998). En esa medida, si bien desarrollaremos más adelante las implicancias de este régimen legal especial de protección, debe quedar claro que el mismo encuentra sustento en una disposición de rango constitucional.

En este punto, cabría precisar brevemente en qué nos basamos para dar por sentado que el síndrome de Down es una discapacidad y que, en esa medida, aquellas personas que tienen esta condición están comprendidas en el régimen de protección que se brinda a los discapacitados. Pues bien, la Organización de las Naciones Unidas ha definido que “[e]l síndrome de Down es una alteración genética causada por la existencia de material genético extra en el cromosoma 21 que se traduce en **discapacidad intelectual**” (s.f.) (El énfasis es nuestro).

⁵ Sobre el particular, si bien, en el marco del presente trabajo, el concepto involucrado en el caso es el de discapacidad, se ha señalado que “[...] utilizar <<inválido>> como sinónimo de discapacidad podrá ser correcto aunque no deseable en términos léxicos, pero de ninguna manera podrá usarse la categoría de la invalidez para rotular a una persona que, por su discapacidad, *a priori*, no pueda realizar ninguna actividad lucrativa” (Bregaglio, Constantino, Galicia y Beyá, 2016, p. 300). En esa medida, aunque el artículo 7 de la Constitución hace referencia al término “incapacitado” lo cierto es que este también comprende al discapacitado.

⁶ Cabe precisar que esta ley se encuentra actualmente derogada y ha sido reemplazada por la Ley N° 29973, también llamada Ley General de la Persona con Discapacidad; sin embargo, estuvo vigente durante el tiempo en que acaecieron los hechos del caso que se analiza en el presente informe.

Por otro lado, los derechos constitucionales que presuntamente sostendrían la negativa de Rímac, consistente en no afiliar a la señorita Céliz al seguro de salud que ofertaba, son básicamente los que referiremos a continuación.

En los artículos 2, inciso 14) y 62 de la Constitución se ha establecido el derecho a la libre contratación. Así, en el inciso 14) del artículo 2 se prevé que “[t]oda persona tiene derecho: [...] A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público” (Constitución Política del Perú, 1993); y, en el mismo sentido, aunque con mayor detalle, en el artículo 62 se ha establecido que “[l]a libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato [...]” (Constitución Política del Perú, 1993).

Sobre el derecho a la libre contratación, en el marco de la sentencia recaída sobre el Exp. N° 02175-2011-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad⁷, el que, a su vez, tiene un doble contenido: ‘a. *Libertad de contratar, también llamada **libertad de conclusión**, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual*—que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)—, *también conocida como **libertad de configuración interna**, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato*’. (2012, fundamento jurídico 7).

⁷ En este punto, nos parece relevante para el caso hacer una brevísima disquisición de orden conceptual. Tal como se relató en la parte de los hechos del presente trabajo, Rímac -en la etapa pre-procedimental y en la primera instancia del procedimiento administrativo- siempre hizo referencia a la **autonomía de la voluntad** como aquel derecho o principio que facultaba a que, como empresa, podía determinar libremente sus políticas de suscripción y, por tanto, administrando los riesgos que deseaba o no asegurar, decidir que el síndrome de Down no era, para esta compañía, un riesgo asegurable. Sin embargo, en la segunda instancia del procedimiento administrativo, tanto Rímac, como la propia Sala sustentan que la libre determinación de las políticas de suscripción se basa en la **autonomía privada**. ¿Son la autonomía de la voluntad y la autonomía privada conceptos equivalentes? Sobre el particular, resulta sumamente ilustrativo lo señalado por Renzo Saavedra Velazco. El referido autor indica que, a pesar de que ambos términos son sinónimos, “[...] lo cierto es que en nuestro sistema la mayor parte de operadores acoge la diferencia entre ambas nociones [...]. Así, se afirma que lo correcto es hablar de autonomía privada, entendiendo por tal al poder jurídico otorgado por el Estado a los particulares para la autorregulación de sus propios intereses” (2019). En esa medida, si bien coincidimos con el autor en que los términos jurídicos analizados son equivalentes, para efectos del presente trabajo, emplearemos el concepto de autonomía privada, con el alcance precitado.

Pues bien, para efectos de los derechos alegados por Rímac, interesa la libertad de contratar en ambas fases. Primero, sobre la base de libertad de conclusión, la compañía de seguros sostendría que es libre de administrar los riesgos que desea asegurar y, por tanto, los sujetos a los cuales brindar cobertura a través de sus productos. Segundo, en base a la libertad de configuración interna, Rímac podría determinar libremente sus políticas de suscripción y, por tanto, el contenido de sus productos, coberturas, exclusiones, obligaciones y demás aspectos.

Asimismo, en el artículo 58 de la Constitución se ha previsto que “[l]a iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado” (Constitución Política del Perú, 1993).

El principio de libre iniciativa privada y la economía social de mercado se vinculan al quehacer de Rímac en el caso debido a la autonomía plena que conceden ambos principios jurídico-económicos a las personas naturales y jurídicas, para su participación en la vida económica del país. En efecto, sobre el principio de libre iniciativa privada, en la sentencia recaída sobre el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional señaló que “[...] toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia” (Tribunal Constitucional, fundamento jurídico 17); para luego aclarar que “[l]a iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia” (Tribunal Constitucional, 2003, fundamento jurídico 18).

Complementariamente, en la misma sentencia, se destaca la esencia de la economía social de mercado: “[...] tanto como se opone la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del *laissez faire*, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico” (Tribunal Constitucional, 2003, fundamento jurídico 16).

Pues bien, en cuanto a esta última disposición constitucional, podemos apreciar que la actividad que despliega Rímac está amparada por el principio de libre iniciativa privada y se concretiza en el marco de una economía social de mercado donde el papel del Estado es el de un garante del interés general. Es por esto último que el Tribunal Constitucional incide que las actuaciones que se den en

virtud de la libre iniciativa privada tienen que armonizar con los intereses generales de la comunidad, entre ellos -para el efecto del presente caso- el principio-derecho de igualdad y con la protección especial que se brinda a determinados sujetos en sociedad, debido a su particular situación de vulnerabilidad, tales como las personas que padecen de síndrome de Down.

Habiendo realizado una descripción crítica de las disposiciones constitucionales aplicables al caso, a continuación, examinemos brevemente las normas de orden supranacional que también atañen al caso.

- *Normas supranacionales*

Definitivamente, el instrumento normativo internacional que más se vincula al presente caso⁸ es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo⁹ (la Convención).

El numeral 1 del artículo 4 de la Convención establece el deber general consistente en que “[l]os Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”. Con el objeto de desarrollar este compromiso de los estados, se desarrolla una serie de obligaciones generales que recaen sobre los Estados Parte. Así, en los literales a), b) y e) del numeral 1 del artículo 4 de la Convención se indica que, los Estados Partes se comprometen a:

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

⁸ Ello no implica, evidentemente, el desconocimiento de que existen diversos instrumentos normativos supranacionales que también hacen alusión a los derechos involucrados en el caso de los cuales el Perú es parte; sin embargo, bajo un criterio de especificidad, hemos optado por omitir hacer referencia a aquellos. Por ejemplo, el derecho a la igualdad está recogido en diversos tratados, pactos, convenios y declaraciones internacionales: Carta de las Naciones Unidas (artículo 55, literal c.); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2.1 y 7); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 24); entre otros.

⁹ Cabe señalar que esta convención fue aprobada en nuestro país a través de la Resolución Legislativa N° 29127 del 30 de octubre del 2007, promulgada el 31 de octubre del 2007 y ratificada por el Poder Ejecutivo a través del Decreto Supremo N° 073-2007-RE del 30 de diciembre del 2007, para finalmente ser publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 31 de diciembre del 2007. En esa medida, y en virtud de lo previsto en el artículo 55 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la Convención forma parte del derecho nacional.

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

[...]

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;

Sin perjuicio de ello, la Convención prevé una obligación bastante específica respecto de la discriminación en relación a la prestación de seguros de salud en el literal e) del artículo 25 en los siguientes términos:

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

Como se aprecia, la Convención contiene mandatos generales orientados a garantizar la igualdad y no discriminación de las personas con síndrome de Down. Pero cabe preguntarse si, en virtud de estos mandatos, es exigible la adopción de acciones concretas por parte de los diversos poderes del Estado, las administraciones públicas y los particulares.

La pregunta es pertinente porque, en el voto emitido por el vocal Oscar Arrús, se plantea un argumento sobre el carácter de las disposiciones recogidas en la Convención de cara a los particulares; así, en el numeral 20 del referido voto -y tras poner de manifiesto que durante el trámite del procedimiento recién se estaba aprobando el proyecto de la “Ley General de las Personas con Discapacidad y de Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en el Congreso- el vocal sostuvo lo siguiente:

Se puede concluir que la Convención no establece obligaciones concretas a los particulares, esto es, personas naturales o jurídicas de Derecho Privado. De allí que el Vocal que suscribe el presente voto considere que no puede invocarse la Convención para sustentar una supuesta obligación legal de Rímac de incluir en sus seguros de salud convencionales a personas con discapacidad (INDECOPI, 2012, Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, voto del vocal Oscar Arrús, fundamento jurídico 20).

Sobre la posición precitada, nos permitimos disentir respetuosamente por los siguientes motivos: en primer lugar, el hecho de que las obligaciones establecidas en el Convenio tengan un alcance general y demanden la adopción de acciones concretas del Estado Peruano -se entiende que en todos sus niveles y formas-, **no implica que las administraciones públicas no puedan imponer obligaciones concretas sobre los particulares para proteger los derechos de las personas con discapacidad**, toda vez que **el Convenio exige que el Estado adopte todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad** ¿Qué medidas? Pues todas las medidas que estén al alcance del Estado, siempre y cuando -evidentemente- las mismas estén respaldadas en el principio de legalidad y se adopten en el respectivo ámbito de competencia de cada entidad estatal.

En segundo lugar, la eficacia de los derechos y principios reconocidos en el Convenio y las obligaciones que se imponen al Estado Peruano en virtud de aquellos no puede estar condicionada a la emisión de una norma. Sostener lo contrario, implicaría vaciar de contenido los principios, derechos y obligaciones contenidos en el Convenio.

Por lo tanto, si bien es cierto que no existía -al momento en que ocurrieron los hechos y se resolvió el caso- alguna obligación legal que impusiera a Rímac incluir en sus seguros de salud a personas con discapacidad, ello no impide de organismos públicos como el INDECOPI -en el marco de los procedimientos administrativos que tiene a su cargo- adopte medidas concretas para evitar, corregir y/o sancionar que las empresas del sector privado afecten el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas discapacitadas; en tanto estos derechos y las obligaciones de adoptar medidas se encuentran recogidos en la Convención.

- *Normas de rango legal sobre discriminación en el consumo*

Adentrándonos en la normativa especial aplicable al caso, el Código recoge las disposiciones que protegen a los consumidores que son víctimas de algún tipo de trato diferenciado. Cabe recordar en este punto que la protección al consumidor

es un mandato y principio que encuentra sustento en el artículo 65¹⁰ de la Constitución, por lo que se encuentra al nivel -entre otros- de los derechos que respaldan la actividad de los agentes económico-privados ofertantes.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha indicado que “[a]sí como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda; es decir, al consumidor o usuario” (STC 7739-2006-PA/TC, 2006, fundamento jurídico 19). Por lo tanto, la protección de los consumidores es tan prioritaria para el ordenamiento constitucional como aquellos derechos y principios que respaldan la actividad de las empresas privadas en la economía nacional.

El derecho a la igualdad e interdicción de la discriminación encuentra su adaptación concreta a las relaciones de consumo en el literal d. del numeral 1.1 del artículo 1 del Código, cuando prevé que todos los consumidores tienen “[d]erecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” (Congreso de la República, 2010).

Complementariamente, en el artículo 38 del Código se establece una serie de obligaciones que recaen sobre los proveedores, específicamente vinculadas a la prohibición de discriminar a los consumidores, en los siguientes términos:

Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

¹⁰ **Protección al consumidor**

Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

Complementariamente, un aspecto que no debe perderse de vista y que es relevante para el caso es que la prohibición de discriminar a los consumidores no solo es aplicable cuando existe una relación de consumo (es decir, cuando el consumidor ya ha adquirido un producto o contratado un servicio a cambio de una contraprestación), sino también cuando el consumidor se encuentra expuesto a una relación de consumo e inclusive en una etapa preliminar a la constitución de la relación de consumo¹¹.

Por otro lado, el artículo 39 del Código prevé las reglas vinculadas a la carga de la prueba en el marco de un presunto acto de discriminación en el consumo, como se aprecia a continuación:

Artículo 39.- Carga de la prueba

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

¹¹ En efecto, conforme a lo previsto en el numeral 1 del Artículo III del Código, el ámbito de protección subjetiva que brinda este cuerpo normativo abarca “[...] al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo **o en una etapa preliminar a ésta**”. (El énfasis es nuestro).

Es importante destacar esto porque, en el caso bajo análisis, la solicitud de afiliación cursada por el señor Céliz, en favor de la señorita Céliz, a Rímac y el rechazo por parte de esta se sitúan en una etapa preliminar al establecimiento o constitución de la relación de consumo.

Es bajo estas reglas que, en el procedimiento administrativo cuya resolución es materia de análisis, el señor Céliz alega que el rechazo de afiliar a la señorita Céliz constituye un acto de discriminación, adjuntando como medios probatorios para dicho efecto la comunicación en la que el rechazo se materializa y las subsiguientes comunicaciones que abundan en las razones de dicha conducta declinatoria. Por su parte, Rímac pone sus esfuerzos en acreditar que el rechazo se basa en causas objetivas y razonables, tal como exige la previsión legal precitada. Finalmente, ante estas causas presuntamente objetivas y razonables, el señor Céliz también orienta su argumentación a probar que dichas causas objetivas y razonables son, en realidad, un pretexto para encubrir una conducta discriminatoria.

- *Aproximación doctrinaria y jurisprudencial de la discriminación*

Hemos visto que la normativa constitucional, supraconstitucional y legal en materia de consumo prohíben la discriminación. Pero, con precisión, ¿qué es la discriminación? Desde un punto de vista doctrinario, la Defensoría del Pueblo, organismo constitucionalmente autónomo abocado a la defensa de los derechos fundamentales y supervisor del cumplimiento de los deberes de la administración pública bajo dicha labor de defensa, ha dicho sobre el particular lo siguiente:

La discriminación es el **trato diferenciado** basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico **que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales de una persona** o de un grupo de personas. Los actos discriminatorios **se basan en un prejuicio negativo que hace que los miembros de un grupo sean tratados como seres no sólo diferentes, sino inferiores**. El motivo de la distinción es algo irrazonable y odioso. (2017, p. 29). (El énfasis es nuestro).

Como se aprecia de la definición acotada, el trato diferenciado en su manifestación discriminadora tiene determinadas características que lo hacen particularmente gravoso: la motivación detrás de la discriminación es un prejuicio¹² negativo que ocasiona que la persona o grupo afectado sea tratado como inferior, al punto de

¹² De acuerdo al diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE), el prejuicio es una "opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal". <https://dle.rae.es/prejuicio>

menoscabar e inclusive anular el ejercicio o goce de determinados derechos fundamentales.

Por otro lado, nuestro Tribunal Constitucional también ha esbozado algunas ideas en torno a la definición jurídica de la discriminación. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 02974-2010-PA/TC, el supremo intérprete de la Constitución definió a la discriminación, contraponiéndola al concepto de diferenciación en los siguientes términos:

En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable. (2011, fundamento jurídico 8).

Habiendo revisado, desde diversas perspectivas los derechos involucrados en el caso bajo análisis, a continuación, analizaremos propiamente si la conducta de Rímac consistente en el rechazo de la solicitud de afiliación cursada por el señor Céliz puede ser considerado un trato lícito, en base a los argumentos que expone.

2. El rechazo de Rímac a la solicitud de afiliación del señor Céliz ¿Puede ser considerado un trato lícito?

Al amparo de lo previsto en el artículo 39 del Código apenas precitado, podemos considerar que la determinación de si, en el marco de una etapa previa a la constitución de una relación de consumo, el trato diferenciado dispensado por Rímac puede ser considerado como lícito pasa porque las razones del mismo sean razonables y justificadas.

Abundando en ello, la Sala de Defensa de la Competencia, años antes a la ocurrencia del caso bajo análisis, instauró algunos requisitos cuyo cumplimiento conjunto llevarían a determinar que un trato diferenciado es lícito. Estos requisitos son los siguientes:

- (i) los consumidores que reciben distinto trato se encuentren en distintas situaciones de hecho, en la medida que éstas admiten o pueden requerir un trato diferente;
- (ii) el trato desigual que se otorga debe responder a una finalidad, pues no se puede otorgar a los consumidores un trato diferente sin justificación;
- (iii) dicha finalidad debe ser razonable;
- (iv) debe existir congruencia –una relación lógica, coherente– entre el trato desigual brindado y la finalidad perseguida; y,
- (v) debe existir proporción entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida. (Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI, 2007, numeral 18).

Pues bien, en base a estos criterios, analicemos la conducta de Rímac en el caso bajo análisis para dar respuesta a la pregunta de este apartado. En primer lugar, de acuerdo a los hechos expuestos, el seguro de asistencia médica “Red Salud” está dirigido, en principio, a personas que no padecen de alguna discapacidad por ser esta una condición que Rímac no desea asegurar. En esa medida, objetivamente y en un sentido desprovisto de valoración alguna, podemos decir que este requisito se cumple, pues nos encontramos frente a situaciones de hecho distintas: por un lado, una persona que padece de síndrome de Down y, por otro lado, personas que no padecen de esta condición.

En segundo lugar, apreciamos una finalidad vinculada al trato diferenciado. En similar sentido al primer requisito, de modo objetivo, la finalidad de Rímac es no asumir riesgos que no se siente en la capacidad de cubrir por las razones que explicita (el riesgo es muy alto, asegurarlo implicaría un desbalance en su cartera asegurada y la asunción del costo por parte de terceros, no está obligada a asumir todos los riesgos existentes, etc.). Cabe señalar que, como ya se ha indicado en el primer punto correspondiente al primer problema que estamos analizando, dicha finalidad está respaldada en normas constitucionales (el derecho a la libre contratación y el principio de libre iniciativa privada), que encuentran una concreción particular en el cuarto párrafo del artículo 9¹³ de la Ley General del

¹³ **Artículo 9. LIBERTAD PARA FIJAR INTERESES Y PROCEDIMIENTOS PARA EL COBRO DE COMISIONES Y GASTOS**

[...]

Las empresas del sistema de seguros determinan libremente las condiciones de las pólizas. [...]

Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 (en adelante, Ley General).

En tercer lugar, ¿la finalidad apenas señalada es razonable? Consideramos que sí lo es, ya que la determinación y asunción de riesgos forma parte de una de las principales y corrientes actividades de las compañías aseguradoras; de modo tal que su negocio sea rentable y armonice con los intereses de los particulares en que sus riesgos se aseguren.

En cuarto lugar, tenemos que el trato diferenciado dispensado por Rímac debe guardar una relación lógica y la finalidad que se busca cumplir. Formalmente, sí existe una relación lógica entre el rechazo de la afiliación de la señorita Céliz al seguro de asistencia médica “Red Salud” y el cumplimiento de la finalidad de no asumir riesgos que Rímac no desea.

En quinto y último lugar, tenemos que debe existir proporción entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida. Este requisito, bajo nuestra perspectiva, es el requisito más importante pues -a diferencia de los anteriores- implica un juicio valorativo y ya no una constatación objetiva o meramente formal y, por tanto, el análisis de si el proceder de Rímac se basa en las causas objetivas y justificadas a las cuales se refiere el artículo 39 del Código para probar que un trato diferenciado es lícito.

¿Es, en realidad, el rechazo de la solicitud de afiliación una conducta proporcional al cumplimiento de la finalidad de no asumir riesgos que Rímac no desea asegurar? En este punto cabe desplegar las garantías que entraña la solicitud de afiliación cursada en favor de la señorita Céliz; toda vez que la proporcionalidad del trato desigual pasa por contrastar si el cumplimiento de la finalidad perseguida justifica el desplazamiento de otros derechos a través de dicho trato.

En efecto, un razonamiento contrario al apenas precisado implicaría que la fórmula de análisis solo considere los derechos que quien dispensa el trato desigual desea cumplir, lo cual a todas luces es errado, pues con el trato desigual no solo se busca el cumplimiento de una finalidad, sino que, quíerese o no, se afecta la esfera jurídica de quien es objeto de dicho trato.

Bajo estas consideraciones, consideramos vital analizar si las afirmaciones de Rímac para sostener la legalidad de su rechazo (y, por tanto, de su trato diferenciado) están revestidas de razonabilidad.

Repasemos, para este efecto, brevemente el hecho en concreto: en el año 2010, el señor Céliz solicita la inscripción de sus hijos Franco Céliz, Almendra Céliz y Sandra Céliz (a quien, hasta el momento, venimos llamado señorita Céliz) al seguro de asistencia médica “Red Salud” ofrecido por la empresa Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros (en adelante, Rímac), precisando que la señorita Céliz tenía Síndrome de Down.

Frente a ello, Rímac le responde al señor Céliz que no emitiría la póliza de seguro de salud para la señorita Céliz -es decir, que no suscribiría un contrato de seguro asociado al seguro de salud con ella- por razones técnicas. En este punto, es relevante resumir las razones que arguye Rímac, pues las mismas nos servirán de insumo vital para determinar si la conducta de Rímac incurre o no en alguno de los tipos infractores recogidos en el Código. Las razones que da Rímac son las siguientes:

2.1. Primera afirmación: *Conforme a sus políticas de suscripción, Rímac considera que la condición de Síndrome de Down es un riesgo no asegurable.*

¿Qué implica que Rímac, una compañía de seguros, haya considerado que el síndrome de Down es un riesgo no asegurable? ¿Qué efecto tiene que esta consideración haya sido plasmada en sus políticas de suscripción? Estas son preguntas básicas que vamos a resolver a continuación para luego analizar las implicancias de este primer argumento.

- *La determinación de los riesgos asegurables como expresión de la autonomía privada y su relación con las políticas de suscripción en las compañías aseguradoras*

Como lo expusimos en el apartado de hechos, cuando el señor Céliz solicita a la SBS¹⁴ que revise las políticas de suscripción de Rímac debido al rechazo de afiliarse a la señorita Céliz, esta compañía precisa que -en ejercicio de su autonomía privada- en la determinación sus políticas de suscripción de sus productos optaban por riesgos de baja siniestralidad; por tanto, tras considerar que las personas con Síndrome de Down tenían una probabilidad superior de padecer patologías colaterales, elegían no asegurar dicho riesgo.

Sin perjuicio de ello, habría que añadir, un argumento complementario que Rímac emite cuando responde al requerimiento del SAC del INDECOP: que la compañía aseguradora, conforme a su Condicionado General, aseguraba a personas con síndrome de Down que hubieran nacido durante la cobertura de una póliza emitida con anterioridad a dicho nacimiento, supuesto en el que no se encontraba la señorita Céliz. Este dato cobrará relevancia cuando analicemos en concreto si la afirmación bajo análisis en este extremo es una causa razonable que justifique el trato diferenciado impartido por Rímac.

¹⁴ Como dato accesorio, podríamos preguntarnos ¿qué tipo de competencia tiene la SBS para intervenir en un caso como este? El artículo 87 de la Constitución prevé que “[...] La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley [...]”.

Por otro lado, la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, Ley General del SF), ha consagrado en su artículo 347 que “[c]orresponde a la Superintendencia defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control, velando porque se cumplan las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen [...]”. Adicionalmente, en el numeral 19 del artículo 349 de la referida ley se prevé que el Superintendente de la SBS “[e]n general, se encuentra facultado para realizar todos los actos necesarios para salvaguardar los intereses del público, de conformidad con la presente Ley”.

En virtud de estas disposiciones, dentro de su estructura orgánica, la SBS cuenta con un departamento que, consideramos, realiza una labor estrechamente vinculada a la protección de los consumidores que interactúan con las entidades que se encuentran en el ámbito de supervisión de la SBS. Nos estamos refiriendo al Departamento de Servicios al Ciudadano (en adelante, DSC), que es parte de la Superintendencia Adjunta de Conducta de Mercado e Inclusión Financiera.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 70° del Reglamento de Organización y Funciones de la SBS, aprobado por la Resolución SBS N° 6175-2019, dicha unidad orgánica está “[...] encargada de brindar orientación y absolver las consultas que presenta la ciudadanía, a través de sus diversos canales de atención [...]” y, “[...] Además, se encarga de **tramitar las denuncias presentadas por los usuarios de las empresas supervisadas a efectos de determinar la existencia de indicios de vulneración de las disposiciones que rigen las empresas supervisadas [...]**”. (El énfasis es nuestro).

Esta disposición competencial revela que la SBS, a través del DSC, despliega su labor de protección de los intereses de los consumidores en el sector asegurador, tramitando sus denuncias, con el objetivo de determinar la existencia de indicios de vulneración de las disposiciones que rigen a las compañías aseguradoras. Nótese bien que la norma citada no prevé en ningún extremo que la SBS tenga la competencia para resolver conflictos entre los usuarios y las empresas sujetas a su control (salvo por el caso de las empresas del sistema privado de pensiones), pues -considerando que las disposiciones de protección del consumidor del sector asegurador se encuentran en el Código- es facultad del INDECOP conocer las presuntas infracciones a las disposiciones de este cuerpo normativo, de acuerdo a lo previsto en sus artículos 105 y 135.

Por lo tanto, podemos concluir que la SBS cumple una labor complementaria de protección del consumidor del sector asegurador, que -de ninguna forma- implica la asunción de competencias para la solución de las controversias que surjan entre estos y las compañías aseguradoras.

Como vimos, la autonomía privada es el fundamento del derecho a la libre contratación y del derecho a la libre iniciativa privada, pues permite que los particulares autorregulen sus propios intereses. Pues bien, la determinación de las políticas de suscripción es una de las muchísimas facetas donde se concretiza esta autorregulación de los intereses por parte de las compañías aseguradoras.

Sobre esto, tal como se expone la SBS, en el Oficio N° 11612-2012-SBS, “[...] las empresas de seguros tienen libertad de realizar la medición y selección de los riesgos que desean asumir, considerando en la estructuración de sus productos las condiciones limitadoras y delimitadoras de los riesgos así como las exclusiones aplicables a las coberturas que contratan” (2012, p. 2).

En ese orden de ideas, básicamente, el negocio de las compañías de seguros consiste en aceptar que una persona (asegurado) traslade un riesgo de suyo a la compañía aseguradora (el traslado de este riesgo se instrumentaliza a través de un contrato de seguro, también llamado *póliza*), a fin de que esta asuma las consecuencias económicas de la concreción de dicho riesgo (siniestro); a cambio, el asegurado asume la obligación de realizar un pago, con una frecuencia determinada, a título de contraprestación, denominado *prima*.

Sin embargo, y siempre al amparo de la autonomía privada, las compañías de seguros no suelen estar interesadas en asumir las consecuencias derivadas de la concreción de todo tipo de riesgos. Ello dependerá de su apetito de riesgo¹⁵ principalmente, que se concretiza en políticas de suscripción de riesgos concretas.

Ahora bien, hemos identificado que la elección de dichos riesgos tiene lugar en dos momentos. En primer lugar, cuando se configura un producto en el campo de los seguros; es decir, cuando se crea el seguro en concreto. En segundo lugar, ante la solicitud de afiliación o contratación cursada por el usuario a la compañía de seguros.

¹⁵ El apetito de riesgo es definido como “[...] la cantidad de riesgo que una organización desea asumir en la consecución de sus objetivos, permitiendo, además de optimizar el binomio riesgo-rentabilidad, mantener los riesgos dentro de los niveles deseados” (Fundación MAPFRE, s.f.).

¿Qué aspectos técnicos se tienen en cuenta para la configuración del seguro? De acuerdo a lo desarrollado por Nuñez del Prado, podemos identificar los siguientes factores (2017, pp. 25-29):

- a. *La probabilidad e incertidumbre.* Ante la incertidumbre y difícil predicción de la ocurrencia de los siniestros, las aseguradoras optan por -en el análisis y configuración de sus productos- el cálculo de las probabilidades asociadas a la ocurrencia de dichos siniestros, usando la estadística y la “Ley de los grandes números”; a fin de aproximarse al grado de probabilidad de que se produzca determinado evento (pérdida) de entre un gran número de casos posibles (riesgos). Sin embargo, como el número de casos posibles es desconocido, la aseguradora no puede basarse únicamente en el cálculo de probabilidades.
- b. *La Ley de los grandes números.* Consiste en la regla de que, a mayor número de eventos, puede predecirse con más exactitud el resultado. Y es que la frecuente ocurrencia de eventos, permite hallar una tendencia continua de un mismo acontecimiento. Se podría resumir en la siguiente fórmula:

↑ Tamaño de la muestra = ↑ Grado de certeza
--

Así, a partir de esta relación, una gran masa de asegurados implicará un aumento significativo en la capacidad de predicción y, por tanto, mayor posibilidad de que las compañías sepan con certeza lo que ocurrirá con determinada *cartera* asegurada.

- c. *Desviación.* Lastimosamente, los promedios derivados de una gran muestra de fenómenos no permiten extraer conclusiones absolutas. Esta verificación se conoce como “desviación del promedio”. La dinámica operativa de este concepto se puede resumir en un enunciado relacional: “la relación de las desviaciones, en relación con las pruebas, varía inversamente al número de estas. Mientras más numerosas las pruebas, más pequeñas serán las desviaciones”.
- d. *Datos estadísticos adecuados.* La fiabilidad de la información estadística también constituye un insumo importante para un correcto cálculo de las fórmulas asociadas al seguro.
- e. *La tabla de mortalidad.* Este concepto tiene mayor incidencia en los seguros de vida (aquellos donde el bien jurídico que busca protegerse vía aseguramiento es, precisamente, la vida). No obstante, al estar relacionado

con el resultado de cálculos actuariales (que, en el caso de seguros de vida, determinan las probabilidades de muerte según la edad de las personas), en el caso de los seguros de salud está emparentada con la probabilidad de la ocurrencia de siniestros que afectan la salud de los asegurados. Cabe señalar que estos cálculos son vitales para la fijación de tasas y primas.

- f. *La ecuación de los seguros.* Es básicamente la composición de la prima de seguro. Podemos representarla del siguiente modo: (Prima = siniestralidad + gastos administrativos + gastos de adquisición + utilidad)¹⁶.

Hasta aquí, los factores que se tienen en cuenta para la configuración de un seguro.

Por otro lado, ¿qué aspectos se tienen en cuenta para que una compañía aseguradora decida aceptar o no la solicitud de afiliación de un usuario a su plan de seguros? La suscripción de riesgos (o *risk underwriting*) puede ser entendida como “[...] el conjunto de acciones encaminadas a la aceptación de un riesgo por la aseguradora, según unas condiciones y un precio (prima del seguro)” (Fundación MAPFRE, s.f.). Ese conjunto de acciones para aceptar un riesgo, tiene una configuración técnica que pasa por múltiples actividades, dentro de ellas, tenemos las siguientes:

- La elaboración de las normas de suscripción para cada ramo de seguro.
- Vigilar que se cumplen las normas de suscripción antes de aceptar un riesgo.
- Dictar las normas para la confección de suplementos de seguro.
- Dar solución a las cuestiones suscitadas por los asegurados respecto a la interpretación y aplicación de las condiciones generales y particulares de las pólizas. (Fundación MAPFRE, s.f.).

Aquellas normas de suscripción son también llamadas políticas de suscripción por su naturaleza reguladora y son el resultado -entre otras cosas- de la selección de riesgos que realizan las compañías.

¹⁶ Definiendo brevemente los componentes de la prima, siguiendo a Nuñez del Prado, la siniestralidad corresponde a los gastos derivados de las indemnizaciones pagadas a los asegurados que hayan tenido siniestros cubiertos; los gastos administrativos son aquellos destinados a la administración de la aseguradora (pago de servicios, empleados, alquiler, impuestos, etc.); los gastos de adquisición son aquellos que se destinan al pago de los intermediarios que traen clientes (*brokers*, corredores de seguros, entidades financieras, etc.); y la utilidad que es el rédito que obtiene la aseguradora por su labor de administración (2017: 29).

¿Qué implicancias tiene esta selección de riesgos? Sobre el particular, Nuñez del Prado indica que la evaluación y selección de los riesgos es realizada por un área técnica o de suscripción de las compañías de riesgos, quienes tienen en cuenta los siguientes criterios básicos:

- El riesgo objetivo, [consistente en el] conjunto de particularidades de orden físico del objeto materia del seguro y los lances o contingencias a que está expuesto. Es denominada riesgo físico y debe ser examinado y valorado con cuidado por la aseguradora en el proceso de aceptación de solicitudes de seguro, con el fin de reducir la desviación de los promedios.
- El riesgo subjetivo¹⁷, también llamado riesgo moral, [que] es el conjunto de calidades éticas del asegurado que deben tenerse presentes antes de aceptar un riesgo por las consecuencias implícitas que puede tener. (2017, pp. 33-35).

Es importante, como señala Ossa, siguiendo a Carat y Roig, que ambos riesgos sean observados conjuntamente, toda vez "[...] que no siempre la observación subjetiva tiene que ser desfavorable. Las cualidades óptimas del sujeto pueden ser atenuantes de los riesgos objetivamente peligrosos, en los que, el cariño y la meticulosidad del interesado representarán una notable mejora cualitativa" (1984, p. 79).

En esa medida, continúa el autor, "[...] el asegurador no debe limitarse a examinar los riesgos que se le ofrecen en un solo sentido, sino reunir los puntos enunciados, sopesándolos en conjunto y aceptar aquellos que, a su juicio, representen suficientes probabilidades favorables de dar únicamente siniestros proporcionados, en cuantía y frecuencia, a la normalidad prevista" (1984, p. 79).

El análisis de dichos factores puede parecer un poco abstracto; sin embargo, veamos su aplicación práctica al caso del seguro que se le negó a la señorita Céliz. Como se señala en los hechos y antecedentes del expediente bajo análisis, el seguro involucrado se denomina *seguro de asistencia médica "Red Salud"*. Si

¹⁷ El riesgo subjetivo tiene una serie de manifestaciones. Nuñez del Prado, siguiendo a Ossa, resume dichas manifestaciones: a) la buena fe; b) la prudencia, la diligencia y la pericia; c) el carácter o temperamento del asegurado en los seguros personales; d) otros aspectos adicionales, como la relación jurídica que tiene el solicitante con el bien material del seguro. (2017, p. 34).

bien, en la actualidad, Rímac ya no tiene a este seguro dentro de los productos que ofrece, es sencillo concluir que dicho seguro fue un seguro de salud.

En efecto, por el seguro de salud se “[...] indemniza (total o parcialmente según la modalidad contratada), o se presta el servicio profesional de la medicina, en caso de enfermedad ambulatoria, hospitalaria, o en el supuesto de maternidad, así como los exámenes médicos necesarios para el asegurado a consecuencia de enfermedad o accidente” (Fundación MAPFRE, s.f.). En esa medida, el riesgo objetivo que se analizaría en este caso sería la salud del cliente solicitante (estado actual de su salud, preexistencia de enfermedades, las actividades que realiza, etc.) y el riesgo subjetivo las características de dicho sujeto (buena fe, prudencia, etc.).

Habiendo examinado las implicancias de la administración de riesgos en la configuración del seguro y en la aceptación/rechazo de la solicitud de afiliación al mismo, podemos tener una idea más clara de la afirmación de Rímac que buscamos analizar en este apartado.

El hecho de que Rímac haya optado por considerar que el síndrome de Down es un riesgo no asegurable, implica -teóricamente- que Rímac realizó un análisis -en abstracto y cuanto menos- de los elementos circundantes a la configuración del seguro de asistencia médica “Red Salud”. Tras este análisis, de cara a la determinación del público objetivo para el cual quería dirigir dicho producto, optó por excluir a las personas con síndrome de Down de la eventual cobertura (es decir, no asumir el riesgo de ocurrencias ligadas a la afectación de la salud de estas personas); plasmando esta decisión en sus políticas de suscripción ¿Por qué decidió ello? En palabras de Rímac, porque las personas con síndrome de Down tienen una probabilidad superior a la de la población en general de padecer patologías colaterales, lo que elevaría su exposición a riesgos de salud y probabilidades de ocurrencias médicas elevadas, situación que distaba del “criterio de lo incierto” que caracteriza a los riesgos asegurables.

- *¿Esta afirmación constituye una causa objetiva y razonable que justifique el trato diferenciado realizado por Rímac?*

La pregunta de rigor es si esta afirmación es una causa objetiva y razonable que habilite a que Rímac realice un trato diferenciado respecto de la señorita Céliz y rechace la solicitud de afiliarla al seguro de salud ofrecido al público.

Nuestra posición, en el caso concreto, es que dicha afirmación no constituye una causa objetiva y razonable para rechazar la solicitud de afiliación; sin embargo, no porque la afirmación no sea potencialmente válida para justificar la diferenciación, sino por dos aspectos predominantemente formales o lógicos: la probanza del argumento y la contradicción del mismo.

En cuanto al aspecto probatorio, hemos visto que la identificación, elección y administración de riesgos es una actividad que se realiza en la configuración del seguro en primera instancia bajo ciertos criterios. No obstante, a lo largo del procedimiento administrativo (tanto en primera, como en segunda instancia) Rímac no acredita que la catalogación del síndrome de Down como un riesgo que no desean asegurar sea producto de la evaluación de los criterios bajo los cuales se configura el seguro.

Ahora bien, es cierto también que Rímac no tendría por qué realizar esta evaluación de configuración, ya que -como se desprende de sus alegaciones- no tiene intención alguna de ofrecer un seguro para personas con síndrome de Down. Pero, entonces, nos preguntamos ¿cómo concluye Rímac que las personas con síndrome de Down poseen una probabilidad superior de padecer patologías colaterales y que, en esa medida, su índice de siniestralidad es alto?

Sobre este punto cabe recordar que, en el numeral 17 del voto en mayoría de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, se indica lo siguiente:

Es recién durante el procedimiento administrativo que Rímac presentó artículos médicos e informes donde se sostiene que las personas con Síndrome de Down tienen mayores probabilidades de desarrollar ciertas enfermedades, por ejemplo las cardíacas. Si bien los informes de médicos genetistas presentados por la Defensoría del Pueblo confirman lo anteriormente expuesto, cabe resaltar que **dichos informes subrayan que tal probabilidad depende de cada caso concreto, sin mostrar estadísticas al respecto.** (El resaltado es nuestro).

Lo apenas enfatizado del extracto citado revela que la genética (resaltando lo pertinente de esta rama de estudio en cuanto al síndrome de Down, pues esta es en esencia una alteración genética: trisomía del par 21) determina que los riesgos de padecer una mayor cantidad de enfermedades en las personas con síndrome de Down dependen de cada caso en concreto. Por lo tanto, mal se haría en evaluar a la categoría del síndrome de Down en abstracto.

Teniendo en cuenta lo anterior, la carga probatoria de Rímac implica que demuestre la realización de una evaluación en concreto, lo que llamamos - párrafos atrás- una evaluación de riesgos asociada a una solicitud de afiliación; lo que requiere evaluar los riesgos objetivos y subjetivos del solicitante, la señorita Céliz. Sin embargo, como también se deja claro en el numeral 18 del voto en mayoría de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, Rímac nunca realizó una evaluación médica de la señorita Céliz. Por lo tanto, Rímac no ha probado que, en el caso concreto de la señorita Céliz, se encuentre frente a una persona con síndrome de Down que tiene riesgos de padecer una mayor cantidad de enfermedades.

En cuanto a la argumentación contradictoria de Rímac, cabe traer a colación lo que señalamos párrafos atrás respecto de la posibilidad, declarada por parte de Rímac, de asegurar a personas con síndrome de Down en determinados casos. En efecto, ello consta en el literal a) del artículo 11 del Condicionado General¹⁸ de Rímac, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 11 – ENFERMEDADES, TRATAMIENTOS Y OTROS GASTOS NO CUBIERTOS

La presente Póliza no cubre causas, consecuencias ni complicaciones de un tratamiento médico y/o quirúrgico no cubierto por este plan, así como los asuntos relacionados con lo siguiente:

- a) Enfermedades y/o defectos congénitos y gastos derivados de causas derivadas de causas relacionadas (de acuerdo al CIE-10) **salvo en el caso de dependientes cuyo nacimiento fuera amparado por la Póliza y que fueran incluidos en la Póliza dentro de un periodo máximo de**

¹⁸ El condicionado general o condiciones generales son, básicamente, las cláusulas generales que se recogen en los contratos de seguro o pólizas.

treinta (30) días calendario hasta el límite especificado en el Plan de Beneficios [...]. (El resaltado es nuestro).

¿Qué implicancias tiene lo subrayado en el extracto citado? Rímac lo precisa en sus descargos de primera instancia administrativa:

La misma premisa se desprende de las Políticas de Suscripción de Pólizas Modulares aprobadas por nuestra compañía, las cuales establecen que “la inclusión de recién nacidos, cuyo nacimiento haya sido amparado por la póliza, deberá de realizarse dentro de los 30 primeros días al nacimiento a fin de adquirir cobertura de enfermedades congénitas, si el producto la tuviera. Puede realizarse automáticamente, con carta simple del cliente indicando los datos básicos del recién nacido. Toda inclusión posterior a los 30 días de nacido, deberá considerarse como endoso de inclusión y deberá completar la Solicitud de Seguro y Declaración Jurada de Salud para la evaluación correspondiente.

En tal sentido, **la cobertura de una enfermedad congénita (como el Síndrome de Down) es posible en la medida que los padres de quien adolece dicha enfermedad, soliciten su inclusión a la Póliza dentro de los 30 días siguientes a su nacimiento.** Si se pretendiese una inclusión con posterioridad a dicho plazo, nuestra compañía evaluaría la solicitud. (El énfasis es nuestro).

El artículo del Condicionado General asociado al seguro de salud denegado, así como la explicación de sus alcances por parte de Rímac, demuestran con claridad que existe un caso en el cual esta compañía sí afilia a personas con síndrome de Down.

Entonces, ¿por qué Rímac asegura a personas con síndrome de Down en dicho caso y, a la vez, sostiene frente a la solicitud en favor de la señorita Céliz que las personas con síndrome de Down tienen una probabilidad superior de padecer patologías colaterales y que, por tanto, ha elegido no asegurar dicho riesgo? La contradicción es evidente.

Por lo tanto, consideramos que la afirmación de Rímac -consistente en que, en la determinación sus políticas de suscripción de sus productos optaban por riesgos de baja siniestralidad y que, por tanto, tras considerar que las personas con

Síndrome de Down tenían una probabilidad superior de padecer patologías colaterales, elegían no asegurar dicho riesgo- no constituye una causa objetiva y razonable que avale el trato diferente que impartió ante la solicitud de afiliación de la señorita Céliz. En esa medida, el argumento analizado no satisface la exigencia de lo previsto en el artículo 38.3 del Código.

A continuación, realizaremos el análisis de la segunda afirmación realizada por Rímac, tendiente a sostener que el trato diferenciado que realizó fue objetivo y razonable.

2.2. Segunda afirmación: *La distinción realizada por Rímac es proporcional, pues dada la ausencia de estudios actuariales, a efectos de equilibrar el balance adecuado de los riesgos y los intereses de las personas con Síndrome de Down no existe una medida menos lesiva que la negativa de acceso a dicho seguro*

Para analizar este argumento, es preciso entender, en primer lugar, qué son los estudios actuariales. Este tipo de estudios se lleva a cabo por un experto denominado actuario, a quien -en el esquema de negocios de las aseguradoras- se le delega principalmente la labor de “[...] evaluar la viabilidad del negocio y riesgos que asumiría la empresa de seguros al suscribir pólizas de seguros. Asimismo, se encarga de estimar el precio técnico de estas pólizas, para lo cual predice el número de veces que ocurrirá un evento de pérdida, y si este ocurre, por cuánto será esta pérdida” (SBS, 2017, p. 1).

Pero, además de esta labor primordial, los actuarios tienen otras funciones asociadas:

Otra tarea del actuario es calcular las reservas técnicas de una compañía aseguradora; es decir, predecir cuánto va a pagar la compañía por siniestros en los siguientes años. Finalmente, el actuario debe garantizar la solvencia de la compañía, cuantificando los riesgos de pagar más de lo que ha estimado; para esto, también evalúa la posibilidad de adquirir esquemas de reaseguros que le permitan reducir el riesgo asumido de la empresa de seguros. (SBS, 2017, pp. 1-2).

Si recordamos lo desarrollado en el sub-numeral anterior, la configuración inicial de un seguro requería de una serie de consideraciones asociadas estrechamente al estudio de riesgos, valiéndose de la estadística y de la ley de los grandes números. Pues bien, esa labor es desarrollada por el actuario y cuando está destinada a servir de sustento para la elaboración de un seguro se concreta en estudios actuariales.

La ausencia de estudios vinculados a los riesgos que Rímac asumiría si asegurase personas con síndrome de Down, la sitúan en una situación de incertidumbre, pues no sabría a qué riesgos se enfrenta, la frecuencia de siniestros, el precio de la prima, entre otros aspectos.

Al respecto, ya hemos identificado anteriormente que Rímac ha optado por no asegurar a las personas con síndrome de Down, razón por la cual es lógico que no cuente con estudios actuariales destinados a evaluar los riesgos de afiliar a una persona con síndrome de Down al seguro de salud que ofrece.

Sin embargo, también hemos identificado que, toda vez que la mayor o menor predisposición a que las personas con síndrome de Down padezcan de patologías colaterales depende de cada caso, pues será necesario que la compañía aseguradora realice una evaluación en concreto; independientemente de que se cuenten o no con estudios actuariales generales.

Por lo tanto, la afirmación de la ausencia de estudios actuariales no constituye una causa objetiva y razonable para que Rímac rechace la solicitud de afiliación de la señorita Céliz al seguro de salud que ofertaba la compañía de seguros.

Ahora bien, Rímac indica que dicho rechazo de la solicitud de afiliación es proporcional, al ser la medida menos lesiva. Estas referencias a la **proporcionalidad** y a la **menor lesividad** nos dan pie a adelantar que en el siguiente apartado trataremos justamente si la medida adoptada por Rímac satisface el *test de proporcionalidad*, que -bajo la óptica del Tribunal Constitucional- es el método adecuado para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio; que constituye el siguiente nivel de análisis y segundo problema en el presente trabajo.

En conclusión, los principales argumentos expuestos por Rímac para sostener que el rechazo de la solicitud de afiliación en favor de la señorita Céliz no constituyen causas objetivas y razonables que avalen dicho trato diferenciado y, en esa medida, no colma las exigencias de lo previsto en el artículo 38.3 y 39 del Código.

Habiendo procurado dar respuesta a la primera pregunta del presente trabajo, ahora corresponde determinar si el trato diferenciado dispensado por Rímac es un trato diferenciado ilícito o un acto discriminatorio.

Segundo problema jurídico: La conducta de Rímac consistente en rechazar la solicitud de suscripción del señor Céliz, en favor de la señorita Céliz, en razón de que esta tiene la condición de síndrome de Down ¿constituye un trato diferenciado ilícito o un acto de discriminación en el consumo?

Al aproximarnos doctrinaria y jurisprudencialmente al concepto de discriminación, vimos que esta conducta entraña una motivación particularmente perniciosa, reprochable por la sociedad toda vez que subestimaba las características de grupos humanos -mayoritarios o minoritarios- para convertirlos en seres inferiores. Por su parte, el trato diferenciado ilícito traía consigo motivaciones de diferenciación simples, mas no objetivas, ni razonables.

Tras analizar los principales argumentos de Rímac en el caso, hemos concluido que no constituyen una causa objetiva y razonable que normalice su proceder hasta el punto de revestirlo de licitud. Habiendo culminado dicho análisis, cabe preguntarse: el rechazo de la solicitud de afiliación a favor de la señorita Céliz ¿podría ser considerado como un acto de discriminación en el consumo?

1. El artículo 38 del Código: ¿trato diferenciado ilícito y discriminación en el consumo como tipos diferenciados? O ¿discriminación en el consumo como tipo único sujeto a diverso tipo de intensidad?

En base a la regulación de la prohibición de discriminar a los consumidores establecida en el artículo 38 del Código citado en el apartado anterior y en base a pronunciamientos previos de la Sala, los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti, identifican dos figuras o tipos infractores en la resolución administrativa que es materia de análisis en el presente trabajo. Así, refiriéndose al artículo 38 del Código, dichos vocales indican lo siguiente:

[...] la norma en cuestión contempla dos tipos infractores: (i) el tipo básico de selección injustificada de clientela, contemplado en su segundo párrafo; y (ii) el tipo agravado de discriminación, contenido en el primer párrafo, que prohíbe de manera absoluta los actos de discriminación que afectan la dignidad del ser humano (INDECOPI, Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, voto de los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti, fundamento jurídico 5).

[...] a diferencia del simple trato desigual que implica una selección arbitraria, en materia de discriminación la limitación de acceso a un servicio estaría dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos, siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes sólo una evidencia de tal desvaloración (INDECOPI, 2012, voto de los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti, fundamento jurídico 7).

Sin embargo, en contraposición a lo sostenido por los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti (aunque, ciertamente, con posterioridad a la resolución del caso que es objeto de análisis en este trabajo), se han emitido pronunciamientos singulares en diferente sentido¹⁹. Así, consideramos relevante referirnos al voto singular que realizó el vocal Julio Durand en el marco de la emisión de la Resolución 1666-2014/SPC-INDECOPI, donde tras considerar la clasificación establecida por el Tribunal Constitucional respecto de la distinción entre “diferenciación” y “discriminación”²⁰, sostuvo lo siguiente:

Bajo tal premisa, **considero que todo trato diferenciado ilícito constituye un acto de discriminación en contra de los consumidores**, en tanto estos

¹⁹ Inclusive no hace mucho, a mediados del año 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha modificado el criterio interpretativo del artículo 38 del Código en la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI, al punto de “[...] sostener que el tipo infractor contenido en el citado artículo 38° debe ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los consumidores” (2019, fundamento jurídico 26).

²⁰ La distinción de estos dos conceptos es realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 02974-2010-PA/TC, en la cual se parte por reconocer que el principio de igualdad no implica que en determinados casos no pueda realizarse un trato diferente, cuando este se base en causas objetivas y razonables. En base a ello, el Tribunal Constitucional, prevé que “[e]stas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación** y **discriminación**. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, **se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación** y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable” (2011, fundamento jurídico 8). (El énfasis es nuestro).

no pueden concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que exista una causa objetiva y justificada que sustente dicha diferenciación. Por lo cual **no se podría alegar que el trato diferenciado ilícito constituya un tipo infractor distinto al de la discriminación** (INDECOPI, 2014, voto singular del señor vocal Julio Durand, fundamento jurídico 14). (El énfasis es nuestro).

Al respecto, nos encontramos de acuerdo con la posición sostenida por Durand, la cual se basa -a su vez- en lo desarrollado por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la igualdad y las manifestaciones que pueden afectarlo (diferenciación y discriminación). Y, a continuación, aunamos dos razones adicionales para considerar que el artículo 38 del Código únicamente regula a la discriminación como tipo infractor y no al “trato diferenciado ilícito” como categoría o tipo infractor independiente.

Primero, cuando en el artículo 39 se establecen las reglas de la carga de la prueba en materia de discriminación en el consumo, se señala que para acreditar la existencia de un trato desigual “[...] no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado”. Considerando esto, mientras que quienes distinguen el *trato diferenciado ilícito* de la *discriminación* se basan en que este último comportamiento exige una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos, la propia norma que regula la carga de la prueba de la discriminación en el consumo señala que no es necesaria la pertenencia del sujeto discriminado a un grupo o colectivo determinado para acreditar que se ha cometido un acto de discriminación.

Segundo, la posición jurisprudencial que sostiene la diferencia entre “trato diferenciado ilícito” y “discriminación” y, por tanto, la existencia de dos tipos infractores, argumenta lo siguiente:

“29. [...] el trato diferenciado injustificado o ilícito, que se configura bajo las modalidades de selección de clientela, exclusión de personas u otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones justificadas.

30. En efecto, **pueden existir prácticas de trato diferenciado que afectan el derecho a la igualdad sin ser actos de discriminación, que no atentan contra la dignidad del sujeto pasivo**, como sucede con la discriminación

sancionada constitucional y administrativamente” (INDECOPI, 2009, fundamentos jurídicos 29 y 30). (El énfasis es nuestro).

Sobre este argumento, ¿es posible que un trato diferenciado que afecta el derecho a la igualdad, sin embargo, no agrave la dignidad del sujeto afectado? Particularmente, creemos que no, toda vez que, en tanto la dignidad es “[...] el fundamento esencial de todos los derechos que, con calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento” (Tribunal Constitucional, 2006, fundamento jurídico 5) y “[...] la *fuentes* de los derechos fundamentales” (Tribunal Constitucional, 2007, fundamento jurídico 5), lo jurídicamente lógico es que la afectación de estos implique también la afectación de la dignidad en alguna medida.

En efecto, no en vano la doctrina ha sostenido que “[h]oy no hay dignidad sin igualdad. En efecto, si todos somos iguales, todos debemos gozar de los derechos esenciales a la dignidad. Así, actualmente, la igualdad forma parte de la dignidad; forma parte del contenido esencial de la dignidad; la igualdad es condición de la dignidad” (Ermida, 2011, p. 16).

Sin perjuicio de nuestra posición, lo cierto es que -institucionalmente- el INDECOPI ha entendido que el artículo 38 del Código contiene dos tipos de infracción: el trato diferenciado ilícito (o selección injustificada de clientela), en los numerales 38.2 y 38.3; y la discriminación, en el numeral 38.1; identificándose que este último comportamiento o infracción es una vulneración agravada del derecho a la igualdad, mientras que el primero sería una afectación al derecho a la igualdad desprovista de un motivo de trascendencia social y que no afecta particularmente la dignidad de la persona (INDECOPI, 2015, p. 26-27).

Así, el INDECOPI ha indicado lo siguiente, afrontando directamente la posición de Julio Durand:

En comparación con el trato diferenciado ilícito, la discriminación también es una forma de trato desigual y trasgresión al derecho a la igualdad, pero con ciertas diferencias. En el trato diferenciado ilícito, la negativa al acceso de productos o servicios se debe a motivos simples pero injustificados, irrazonables o subjetivos. Mientras tanto, en la discriminación los motivos son reprochables por la sociedad ya que subestiman las características de grupos humanos -mayoritarios o minoritarios- para convertirlos en seres

inferiores, no dignos de contar con los mismos beneficios que otros [...]. (INDECOPI, 2015, p. 29).

Acogiéndonos a esta diferenciación entre discriminación y trato diferenciado ilícito²¹, que encontraría correlación en lo establecido en el artículo 38 del Código, cabe ahora determinar concretamente si la conducta realizada por Rímac ante la solicitud del señor Céliz encaja en el tipo de trato diferenciado lícito o en el de discriminación en el consumo.

2. La determinación de si un trato diferenciado en concreto es discriminatorio: el método del *test de razonabilidad o proporcionalidad*

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado, hace bastante tiempo, el método a través del cual se determina, en un caso concreto, si un trato desigual es o no discriminatorio. En efecto, el sumo interprete de la Constitución ha precisado lo siguiente:

[...] a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra [sic] del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al *test* de razonabilidad. (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento jurídico 64).

Pues bien, creemos que en este punto ya debería haber quedado bastante claro que el principal reto del presente trabajo es definir si la conducta de Rímac es o no un trato diferenciado ilícito o, en el peor de los casos, un acto de discriminación en el consumo. Más allá de la particularidad de que el acto dispensado por Rímac se da en un sector económico muy concreto (y, por tanto, la tutela que se le brinda es la de la protección al consumidor), lo cierto es que el derecho presuntamente afectado es un derecho de rango constitucional y consideramos que, en esa

²¹ La decisión de acogernos a esta diferenciación también se basa en que, al tiempo en que fue resuelto el caso objeto de análisis, dicho criterio de la existencia de ambos tipos infractores era el que regía para resolver los casos de discriminación en el consumo.

medida, el test de proporcionalidad es el método más adecuado para definir si aquel acto es o no discriminatorio.

Como es sabido, dicho test es realizado a través de la evaluación de tres subprincipios, que han sido consistentemente desarrollados por la jurisprudencia constitucional. Nos estamos refiriendo a los siguientes subprincipios:

1. *Subprincipio de idoneidad o de adecuación.* De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.
2. *Subprincipio de necesidad.* Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.
3. *Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu.* Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental. (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento jurídico 65).

Analicemos, entonces, la conducta de Rímac a la luz de cada uno de estos subprincipios.

En primer lugar, en el apartado 2 del análisis del primer problema que se busca resolver en el presente trabajo, pudimos concluir que el trato diferenciado dispensado por Rímac busca cumplir una finalidad, remarcando la legitimidad constitucional de la misma. En efecto, de modo objetivo, la finalidad que subyace

al rechazo de Rímac es administrar los riesgos que desea asumir y, más concretamente, no asumir riesgos que no se siente en la capacidad de cubrir por las razones que explicita (el riesgo es muy alto, asegurarlo implicaría un desbalance en su cartera asegurada y la asunción del costo por parte de terceros, no está obligada a asumir todos los riesgos existentes, etc.); asimismo, dicha finalidad está respaldada en normas constitucionales (el derecho a la libre contratación y el principio de libre iniciativa privada), que encuentran una concreción particular en el cuarto párrafo del artículo 9²² de la Ley General.

Complementariamente, el rechazo de la solicitud cursada a favor de la señorita Céliz sí constituye una medida idónea para el cumplimiento de la finalidad señalada, porque con dicho rechazo se logra no asumir un riesgo que Rímac considera desproporcionado de acuerdo a su apetito de riesgo. Por lo tanto, el subprincipio de idoneidad o adecuación sí se cumple.

En segundo lugar, en virtud del subprincipio de necesidad, cabe cuestionarnos si no existe ningún otro medio alternativo al rechazo de la solicitud cursada a favor de la señorita Céliz que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. A nuestro juicio, sí existían otros medios alternativos al rechazo de la solicitud de afiliación.

En efecto, tal como lo explicita la Comisión de Derechos Humanos y Derechos de las Personas con Discapacidad de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el *amicus curiae* que presenta frente a la Sala, sí existían otros medios alternativos que habrían causado menor perjuicio a los derechos de la señorita Céliz:

[...] es claro que Rímac Seguros tenía medidas alternativas menos gravosas a la negación de la póliza de seguro como realizar los estudios actuariales y establecer exclusiones a la cobertura o incrementos de la primera de acuerdo a la evaluación del estado de salud del solicitante y a los respectivos estudios actuariales actualizados. (2012, p. 16).

²² **Artículo 9. LIBERTAD PARA FIJAR INTERESES Y PROCEDIMIENTOS PARA EL COBRO DE COMISIONES Y GASTOS**

[...]

Las empresas del sistema de seguros determinan libremente las condiciones de las pólizas. [...]

Como se aprecia, existían medidas alternativas claramente menos lesivas que garantizaban el cumplimiento de los fines de Rímac (y, por tanto, la indemnidad de sus derechos y su condición económica) y también la realización de los derechos de la señorita Céliz. Por lo tanto, la conducta adoptada por Rímac no supera la valla impuesta por el subprincipio de necesidad; y, en razón de ello, resultaría vano analizar si satisface el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Entonces, ya que la conducta de Rímac no satisface todos los subprincipios del test de proporcionalidad, es posible concluir que la misma afecta al derecho de igualdad de la señorita Céliz. Ahora bien, esta afectación al principio de igualdad, conforme al parámetro del Tribunal Constitucional, implica por sí misma que nos encontremos frente a un acto discriminatorio. Sin perjuicio de ello, considerando la óptica de la diferenciación entre trato diferenciado ilícito y discriminación en el consumo, queremos acotar un breve análisis de por qué consideramos que nos encontramos frente a un acto de discriminación en el consumo.

Al analizar la normativa sobre discriminación en el consumo, señalamos brevemente que, de acuerdo a la posición jurisprudencial e inclusive institucional del INDECOPI, el artículo 38 del Código contiene dos tipos infractores: la discriminación en el consumo en el numeral 38.1 y el trato diferenciado ilícito (o selección injustificada de clientela) en los numerales 38.2 y 38.3.

Sobre el particular las afirmaciones de Rímac giran en torno a que, en virtud de su autonomía privada y determinación de los riesgos que quiere asumir, no le es posible asegurar o afiliar a la señorita Céliz al seguro de salud porque padece de la condición de síndrome de Down. En esta línea de ideas, en el análisis del primer problema jurídico, vimos que las afirmaciones presuntamente justificativas expuestas por Rímac carecían de razonabilidad, pues -básicamente- excluían a la señorita Céliz por padecer de síndrome de Down.

Entonces, si hemos corroborado que las razones expuestas por Rímac carecen de razonabilidad y que, bajo el test de proporcionalidad, su conducta atenta el derecho a la igualdad, el acto diferenciador de Rímac podría quedar resumido bajo el siguiente enunciado: “Rímac no acepta la solicitud de afiliación al seguro de asistencia médica cursada a favor de la señorita Céliz porque esta padece de

síndrome de Down; y no hay razón objetiva ni razonable que avale dicho rechazo, más que el propio padecimiento de dicho síndrome”.

Si contrastamos dicho enunciado con la definición de discriminación acotada en su momento (trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales de una persona; y que se basan aparejan un prejuicio negativo que hace que los miembros de un grupo sean tratados como seres no sólo diferentes, sino inferiores [Defensoría del Pueblo, 2017, p. 29]); vemos que la conducta desprovista de aparente razonabilidad de Rímac calza en la definición de discriminación.

Puede dar la impresión de que la conclusión final a la que arribamos es extrañamente simple, pero no perdamos de vista que, para llegar a este punto, hemos efectuado un análisis de las razones expuestas por Rímac y sometido su conducta a un test jurídico de razonabilidad. Y es que cuando las aparentes razones que justificarían una conducta diferenciadora, en el marco de las acciones destinadas a la constitución de una relación de consumo, se desvanecen con el análisis riguroso y surge el mero prejuicio, sea por descuido o con intencionalidad, la verdad es una sola, simple e irrefutable: se evidencia un acto de discriminación en el consumo.

IV. Opinión personal sobre la forma en que fue resuelto el caso en mayoría

Como podrá intuirse del análisis y las conclusiones a las que se arribaron hacia el final de los apartados correspondientes a los dos problemas jurídicos que planteamos, personalmente me encuentro de acuerdo con la forma en que fue resuelto el caso en mayoría; pues, como se explicó en el apartado de hechos, el voto conjunto del Presidente de la Sala, señor Camilo Carrillo Gómez, y el vocal Miguel Quirós García, se sustenta en el análisis y el arribo a la conclusión de que el rechazo realizado por Rímac constituye un acto de discriminación. Las razones expuestas por el voto en mayoría son sustancialmente similares a las consideradas en este presente trabajo, aunque con ciertos matices técnicos y metodológicos.

Sobre el particular, considero que es meritorio realizar unas breves acotaciones afirmativas respecto de cada punto resolutivo del voto en mayoría.

- a. En primer lugar, el voto en mayoría resuelve confirmar la resolución administrativa de primera instancia (Resolución 3329-2011/CPC del 13.12.2011), que declaró fundada la denuncia del señor Céliz en contra de Rímac, por infracción de los artículos 1°, numeral 1.1 literal d) y 38° del Código.

En cuanto a este punto resolutivo, concuerdo con el criterio de la Sala, pues, como se recordará, en primera instancia la conducta de Rímac fue considerada como discriminatoria; por lo que el desenlace no podría ser otro sino el sentido confirmativo de dicha decisión.

- b. En segundo lugar, el voto en mayoría también confirma la resolución administrativa de primera instancia en el extremo referido a la medida correctiva ordenada, aunque con una precisión muy atinada.

Efectivamente, recordemos que, en primera instancia, la medida correctiva impuesta a Rímac consistió en que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados desde que la resolución quedase consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala, Rímac debía cumplir con atender la solicitud de afiliación cursada en favor de la señorita Céliz al seguro de asistencia médica “Red Salud”. Sin embargo, la innovación de la Sala sobre este aspecto es que el plazo de cinco días debía contabilizarse no desde la confirmación por parte de la Sala, sino desde la comunicación del señor Céliz a Rímac de que aún se encontraba interesado en el seguro de asistencia médica “Red Salud” para su hija. Decimos que esta precisión es atinada porque, en el marco del procedimiento, Rímac ofreció afiliarse a la señorita Céliz al seguro de asistencia médica “Red Salud”, pero el señor Céliz rechazó dicha oferta con el objeto de que se culmine el procedimiento administrativo sancionador contra Rímac.

- c. En tercer lugar, el voto en mayoría reforma la multa impuesta a Rímac en primera instancia, pasando de imponérsele 50 UIT a 45 UIT.

Sobre el particular, considero que es válido resaltar un punto argumentativo sobre el particular expuesto en el voto en mayoría:

Atendiendo a lo expuesto, y teniendo en cuenta los artículos 108^{o23} y 110^{o24} del Código, citado precedentemente, los Vocales que suscriben el

²³ **Artículo 108.- Infracciones administrativas**

Constituye infracción administrativa la conducta del proveedor que transgrede las disposiciones del presente Código, tanto si ello implica violar los derechos reconocidos a los consumidores como incumplir las obligaciones que estas normas imponen a los proveedores. También son supuestos de infracción administrativa el incumplimiento de acuerdos conciliatorios o de laudos arbitrales y aquellos previstos en el Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, y en las normas que lo complementen o sustituyan.

²⁴ **Artículo 110.- Sanciones administrativas**

El Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

En el caso de las microempresas, la multa no puede superar el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas,

presente voto consideran que en principio la Comisión debió imponer a Rímac una multa mayor. No obstante, no resulta posible agravar la sanción originalmente impuesta por la Comisión, ascendente a 50 UIT, pues ello vulneraría la prohibición de *reformatio in pejus*. (Voto en mayoría, fundamento jurídico 68)²⁵.

En efecto, considerando la gravedad de la conducta de Rímac, la Comisión debió haber impuesto una sanción de mayor cuantía y no una sanción de 50 UIT correspondiente al máximo del umbral de una infracción leve. No obstante, el principio de interdicción de *reformatio in peius* recogido en el artículo 237, numeral 3 del TUO de la LPAG, aplicable en favor del sancionado en los procedimientos administrativos, impedía tomar dicha acción en segunda instancia.

Por el contrario, la Sala se vio obligada a tener que disminuir la cuantía de dicha sanción. Esto podría parecer contradictorio; sin embargo, teniendo en cuenta que, como ya se mencionó, Rímac ofreció al señor Céliz afiliarse a su hija al seguro involucrado en la denuncia -y que también demostró que se encontraba implementando un seguro de salud especial para personas con síndrome de Down-, la Sala con buen criterio consideró dichas acciones como condiciones atenuantes, de acuerdo a lo previsto en el numeral 2²⁶ del apartado de circunstancias atenuantes del artículo 112 del Código.

correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de primera instancia, siempre que se haya acreditado dichos ingresos, no se encuentre en una situación de reincidencia y el caso no verse sobre la vida, salud o integridad de los consumidores. Para el caso de las pequeñas empresas, la multa no puede superar el veinte por ciento (20%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a los requisitos señalados anteriormente.

La cuantía de las multas por las infracciones previstas en el Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, se rige por lo establecido en dicha norma, salvo disposición distinta del presente Código.

Las sanciones administrativas son impuestas sin perjuicio de las medidas correctivas que ordene el Indecopi y de la responsabilidad civil o penal que pueda corresponder.

²⁵ Cabe precisar que la redacción de los artículos citados en este extremo de la resolución corresponde a la versión vigente a la fecha en la que se resolvió el caso.

²⁶ **Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas**

[...]

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

[...]

2. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria que coincida con la medida correctiva ordenada por el Indecopi.

[...]

- d. Finalmente, la Sala también considera importante publicar la resolución que resuelve el caso (no solo el voto en mayoría, sino todos los votos que la conformaron) en el Diario Oficial “El Peruano” para su conocimiento y difusión. Esta decisión también es acertada, considerando la relevancia social de la temática abordada en la Resolución y los efectos que podría desplegar; particularmente para las personas con discapacidad y también para las compañías aseguradoras, en el sentido de abundar en el reconocimiento de los derechos de los primeros en las relaciones de consumo y en los deberes de las segundas.

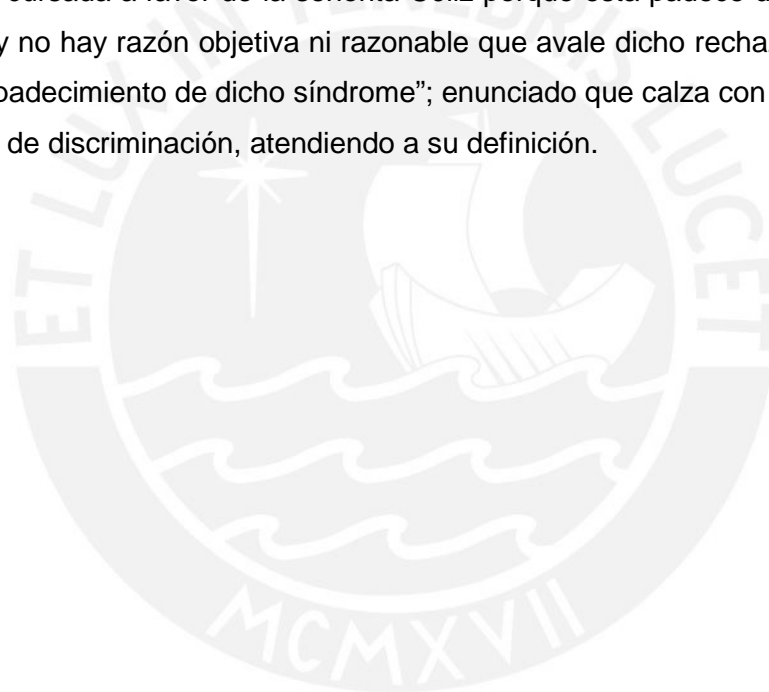


Conclusiones:

1. El trato diferenciado en su manifestación discriminadora tiene determinadas características que lo hacen particularmente gravoso: la motivación detrás de la discriminación es un prejuicio negativo que ocasiona que la persona o grupo afectado sea tratado como inferior, al punto de menoscabar e inclusive anular el ejercicio o goce de determinados derechos fundamentales.
2. Los riesgos de padecer una mayor cantidad de enfermedades en las personas con síndrome de Down dependen de cada caso en concreto. Por lo tanto, mal se haría en evaluar a la categoría del síndrome de Down en abstracto. En esa medida, la carga probatoria de Rímac implicaba que demuestre la realización de una evaluación en concreto (una evaluación de riesgos asociada a una solicitud de afiliación); lo que requiere evaluar los riesgos objetivos y subjetivos del solicitante, la señorita Céliz.
3. El artículo del Condicionado General asociado al seguro de salud denegado, así como la explicación de sus alcances por parte de Rímac, demuestran con claridad que existe un caso en el cual esta compañía sí afilia a personas con síndrome de Down; por lo tanto, sería contradictorio sostener, frente a la solicitud en favor de la señorita Céliz, que las personas con síndrome de Down tienen una probabilidad superior de padecer patologías colaterales y que, por tanto, ha elegido no asegurar dicho riesgo.
4. Toda vez que la mayor o menor predisposición a que las personas con síndrome de Down padezcan de patologías colaterales depende de cada caso, pues será necesario que la compañía aseguradora realice una evaluación en concreto; independientemente de que se cuenten o no con estudios actuariales generales. En esa medida, la ausencia de estudios actuariales no constituye una causa

objetiva y razonable para que Rímac rechace la solicitud de afiliación de la señorita Céliz al seguro de salud que ofertaba la compañía de seguros.

5. Existían medidas alternativas claramente menos lesivas que garantizaban el cumplimiento de los fines de Rímac (y, por tanto, la indemnidad de sus derechos y su condición económica) y también la realización de los derechos de la señorita Céliz. Por lo tanto, la conducta adoptada por Rímac no supera la valla impuesta por el subprincipio de necesidad en el marco de la aplicación del test de proporcionalidad.
6. El acto diferenciador de Rímac podría quedar resumido bajo el siguiente enunciado: “Rímac no acepta la solicitud de afiliación al seguro de asistencia médica cursada a favor de la señorita Céliz porque esta padece de síndrome de Down; y no hay razón objetiva ni razonable que avale dicho rechazo, más que el propio padecimiento de dicho síndrome”; enunciado que calza con la comisión de un acto de discriminación, atendiendo a su definición.



Bibliografía

- Bregaglio, R., Constantino, R., Galicia, S. & Beyá E. (2016). Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez? *Derecho PUCP*, pp. 291-321.
- Cerrón, L. & otros (2019). *Lineamiento sobre protección al consumidor*. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)
- Constitución Política del Perú. Diario Oficial “El Peruano”. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 13 de diciembre de 2006.
- Decreto Legislativo N° 1033. Decreto Legislativo que aprueba la Ley De Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi. 24 de junio de 2008. Diario Oficial “El Peruano”.
- Defensoría del Pueblo (2017). *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Ermida, O. (2011). Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación. *Derecho & Sociedad*, pp. 15-22.

Fundación MAPFRE (s.f.). *Diccionario de Seguros. Fuente referente en el mundo del seguro.*

<https://www.fundacionmapfre.org/publicaciones/diccionario-mapfre-seguros/>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (18 de junio de 2007). Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (14 de septiembre de 2009). Resolución 1587-2009/SC2-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (11 de julio de 2012). Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (21 de mayo de 2014). Resolución 1666-2014/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (24 de julio de 2019). Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi.*

Ley N° 26702. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. 9 de diciembre de 1996. Diario Oficial "El Peruano".

Ley N° 27050. Ley General de la Persona con Discapacidad. 6 de enero de 1999. Diario Oficial "El Peruano".

Ley N° 29973. Ley General de la Persona con Discapacidad. 24 de diciembre de 2012. Diario Oficial "El Peruano".

Núñez del Prado, A (2017). *Los secretos de los seguros.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ossa, J. (1984). *Teoría General del Seguro.* Bogotá: Temis.

Organización de las Naciones Unidas (s.f.). Día Mundial del Síndrome de Down, 21 de marzo. <https://www.un.org/es/observances/down-syndrome-day>

Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones N° SBS-ROF-SBS-010-21
<https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/REGLORGANIZYFUNC/SBS-ROF-SBS-010-21.pdf>

Saavedra, R. (31 de enero de 2019). *¿Autonomía de la voluntad vs. Autonomía de los particulares?: ideas, configuración y límites*. IUS 360.
<https://ius360.com/autonomia-de-la-voluntad-vs-autonomia-de-los-particulares-ideas-configuracion-y-limites/>

Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (28 de marzo del 2012). Oficio N° 11612-2012-SBS.

Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (noviembre de 2017). *El actuario: el gestor de riesgos que cada vez más empresas demandan*. SBS Informa. Boletín semanal, N° 016.

Tribunal Constitucional del Perú (8 de noviembre de 2003). STC 0008-2003-AI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (1 de abril de 2005). STC 0048-2004-PI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (20 de abril de 2006). STC 02273-2005-PHC/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (13 de abril de 2007). STC 7739-2006-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (18 de diciembre de 2007). STC 10087-2005-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (6 de diciembre de 2010). STC 01405-2010-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (24 de octubre de 2011). STC 02974-2010-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (20 de marzo de 2012). STC 02175-2011-PA/TC.

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR –
SEDE LIMA SUR N° 2
PROCEDIMIENTO : DE PARTE
DENUNCIANTE : MIGUEL ANGEL CÉLIZ OCAMPO
DENUNCIADA : RÍMAC INTERNACIONAL COMPAÑÍA DE SEGUROS
Y REASEGUROS
MATERIA : DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO
ACTIVIDAD : PLANES DE SEGUROS GENERALES

SUMILLA: *Se confirma la resolución venida en grado que declaró fundada la denuncia del señor Miguel Angel Céliz Ocampo en contra de Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros por infracción de los artículos 1º.1 literal d) y 38º del Código de Protección y Defensa del Consumidor, debido a que la denunciada incurrió en un acto de discriminación al haber impedido injustificadamente la suscripción de la hija del denunciante al seguro de asistencia médica “Red Salud”.*

Lima, 11 de julio de 2012

ANTECEDENTES

1. El 27 de enero de 2011 el señor Miguel Angel Céliz Ocampo (en adelante, el señor Céliz) denunció a Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros (en adelante, Rímac)¹ por presuntas infracciones a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), manifestando que en octubre de 2010 solicitó la inscripción de sus hijos al seguro de asistencia médica “Red Salud” comunicando que su hija Sandra Paloma Céliz Rossi (en adelante, la señorita Céliz) tenía Síndrome de Down.
2. Señaló que mediante diversos correos electrónicos, Rímac le informó que no emitiría la póliza de seguro para la señorita Céliz pues en ejercicio de su autonomía privada determinaba libremente las políticas de suscripción de sus productos, prefiriendo los riesgos de baja siniestralidad, por lo que al presentar las personas con Síndrome de Down una probabilidad superior de padecer patologías colaterales, tal riesgo no sería asegurable. En opinión del denunciante, lo anterior involucraba un flagrante caso de discriminación.
3. Mediante Resolución 1 del 28 de abril del 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur admitió a trámite la denuncia por presunta infracción de los artículos 1º.1 literal d) y 38º del Código, en tanto el proveedor denunciado habría realizado actos de **discriminación** al haber impedido injustificadamente la suscripción de la hija

¹ RUC 20100041953

del denunciante al Seguro de asistencia médica “Red Salud”, por tener Síndrome de Down.

4. Una vez formulados los descargos de Rímac, mediante Resolución 3329-2011/CPC del 13 de diciembre de 2011, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Comisión) emitió el siguiente pronunciamiento:
 - (i) Declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Céliz en contra de Rímac por infracción a los artículos 1.1° literal d) y 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que el proveedor denunciado incurrió en un acto de discriminación al haber impedido injustificadamente la suscripción de la señorita Céliz a su seguro de asistencia médica “Red Salud”;
 - (ii) ordenó, en calidad de medida correctiva, que en un plazo no mayor de 5 días hábiles, Rímac cumpla con atender la solicitud de afiliación de la señorita Céliz a su seguro de asistencia médica “Red Salud”;
 - (iii) sancionó a Rímac con una multa de 50 UIT; y,
 - (iv) ordenó a la Secretaría Técnica de la Comisión iniciar una investigación de oficio a fin de determinar si en el mercado de seguros de vida y de salud, las compañías aseguradoras han venido incurriendo en tratos diferenciados ilícitos y prácticas discriminatorias contra las personas con discapacidad.
5. El 22 de diciembre de 2011, Rímac apeló la decisión de la Comisión. Sus principales fundamentos, complementados mediante el escrito del 6 de junio de 2012, fueron los siguientes:
 - (i) Rímac no tenía un producto como el solicitado es decir, un seguro de asistencia médica para personas con Síndrome de Down, pues estas tienen un mayor riesgo de contraer enfermedades. En tal sentido, cabe resaltar que Rímac tiene potestad de decidir qué riesgos asegura y cuáles no, qué productos introduce y cuáles no. La libertad de administrar riesgos y elegir contratantes ha sido reconocida por la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, la SBS) a través del Oficio 11612-2012-SBS.

- (ii) La mayor exposición de las personas con Síndrome de Down a enfermedades no se encuentra en discusión dentro del procedimiento, siendo que la distinción realizada por Rímac en mérito a ella es razonable pues así evita riesgos que no está en la capacidad de calcular y delimitar. Un razonamiento contrario por parte de la Sala, que confirme la decisión de la Comisión, establecería como precedente: (a) el deber de los proveedores de ofrecer productos o servicios que no se sienten en aptitud de ofrecer, lo cual en el caso de las compañías de seguros se traduce en un desbalance en su cartera de riesgos y (b) el deber de los proveedores de subsidiar ciertos servicios y su obligación de ofrecerlos, así ello signifique pérdidas para la empresa, siendo esto grave en el mercado de seguros donde el efecto podría ser el traslado de los costos a otros asegurados, que serían obligados a asumir los costos de riesgos que no les corresponden.
- (iii) Además, debe tenerse en cuenta que no se puede simplemente ajustar el seguro de asistencia médica “Red Salud” a las personas con Síndrome de Down, a través de exclusiones o elevaciones de prima. Para ello se necesitarían estudios actuariales, a efectos de delimitar los mayores riesgos futuros a la salud de dichas personas. Sin embargo, Rímac no contaba con dichos estudios al momento de evaluar la solicitud del denunciante, en tanto no estaba obligada a tenerlos. En dicho escenario, “ajustar” el seguro de asistencia médica “Red Salud” en los términos expuestos, significaría un incumplimiento del deber de Rímac de tener sustento técnico para sus primas. Por ello, en realidad el denunciante está solicitando un producto nuevo para su hija.
- (iv) La distinción realizada por Rímac es proporcional pues dada la ausencia de estudios actuariales, a efectos de equilibrar el balance adecuado de los riesgos y los intereses de las personas con Síndrome de Down no existe una medida menos lesiva que la negativa de acceso a dicho seguro. Por todo lo expuesto, el actuar de Rímac califica como un trato diferenciado lícito pues obedece a razones objetivas y justificadas.
- (v) La distinción no obedece a criterios subjetivos, arbitrarios o basados en prejuicios o atribuciones negativas culturales, por lo que constituye un trato diferenciado legal que no contraviene la ley y no puede ser objeto de sanción. En todo caso, la conducta de Rímac no configura el

supuesto agravado de discriminación en términos constitucionales, en tanto no se basa en los criterios subjetivos antes señalados. A este respecto, cabe precisar que la Comisión no motivó por qué la diferenciación de Rímac se basaría en prejuicios atribuidos a todo un grupo o colectivo, tal como exige la Sala en la Resolución 2776-2011/SC2.

6. El 17 de febrero de 2012, el señor Céliz absolvió el traslado de la apelación, adhiriéndose a los fundamentos expuestos por la Comisión. Sus principales argumentos fueron los siguientes:
 - (i) Los tratados internacionales, así como el marco constitucional y legal respectivo obliga al Estado a remover las barreras que limitan el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.
 - (ii) El actuar de Rímac no supera el “test de razonabilidad”, utilizado para resolver casos de discriminación, en tanto no pasa la valla de la necesidad.
 - (iii) El argumento de Rímac, de que no se le puede exigir contar con un “seguro para personas con discapacidad”, es insostenible pues la seguridad social es un derecho humano, siendo que el mandato de no discriminación contra las personas con discapacidad constituye un límite a la libertad de contratación de las empresas de seguros y la discapacidad no es una enfermedad, por lo que no amerita un seguro específico. Asimismo, el denunciante no exigía que se diseñe un nuevo producto para su hija, sino que se le afilie al seguro de asistencia médica “Red Salud”.
 - (iv) Rímac está obligada a calcular los riesgos de cubrir a una persona con discapacidad a fin que sus políticas no resulten discriminatorias; sin perjuicio de ello, está comprobado en el expediente que sí asegura a personas con Síndrome de Down, por lo que no resulta comprensible que no tenga los estudios estadísticos respectivos.
7. El 25 de abril de 2012 Rímac solicitó el uso de la palabra.
8. El 20 de junio de 2012 se realizó el informe oral con la presencia de ambas partes del procedimiento y sus respectivos representantes.

9. El 26 de junio de 2012 el señor Céliz presentó un escrito reiterando sus argumentos y adjuntando la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que regula el derecho a la seguridad social.
10. El 27 de junio de 2012 Rímac presentó copias de las diapositivas utilizadas durante el informe oral.
11. En el desarrollo del procedimiento, el 28 de noviembre de 2008, la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú presentó un *amicus curiae*.

CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

12. De lo expuesto en la denuncia y la imputación de cargos efectuada en el procedimiento, el presente caso versa sobre una presunta discriminación sufrida por la hija del denunciante por parte de la compañía de seguros denunciada, de allí que esa sea la conducta que será materia de análisis.
13. A este respecto, de una revisión del expediente se aprecia claramente que el señor Céliz no solicitó a Rímac que diseñara un nuevo producto para su hija, esto es, un seguro de asistencia médica especial para personas con Síndrome de Down, sino más bien que la afiliara al seguro de asistencia médica “Red Salud” que tiene para la generalidad de personas. Debido a ello, será materia de evaluación si la negativa de Rímac a otorgarle dicho seguro (“Red Salud”) que ofrece en el mercado configura el tipo infractor de discriminación sancionado por el Código y, por tanto, son impertinentes los alegatos formulados por la denunciada respecto de las consecuencias de obligarla a diseñar un nuevo producto.

El voto de los señores Vocales Camilo Nicanor Carrillo Gómez y Miguel Antonio Quirós García es el siguiente:

Nociones preliminares y marco legal nacional y supranacional

1. Dos son las acepciones principales que se reconocen oficialmente en lengua castellana como ***discriminación***: la primera, *seleccionar excluyendo*; la segunda, *dar trato de inferioridad a una persona o colectivo por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*²

²

www.rae.es

2. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la igualdad y consecuentemente, el principio contrario a la discriminación ha sido reconocido expresamente en el artículo 2º numeral 2 de la Constitución Política del Perú, que establece en forma expresa y clara lo siguiente :

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

(...) ”

3. A su vez, y de la misma forma, el Diccionario de la Lengua Española, reconoce el vocablo **discapacitada** referido a la persona que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas³.
4. En cuanto al derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, debe tenerse presente la “*Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo*”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, (en adelante, la Convención), aprobada a su vez por el Congreso del Perú mediante Resolución Legislativa N° 29127, de 30 de octubre del 2007, promulgada por el Presidente de la República el 31 de octubre del 2007, ratificada a su vez por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE, de fecha 30 de diciembre del 2007, publicado en el Diario Oficial “ El Peruano” del 31 de diciembre del 2007 y por tanto parte sustantiva del derecho nacional⁴, de conformidad con lo preceptuado textualmente por el artículo 55º de la Constitución Política del Perú, el que a la letra dice :

“Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

5. La citada Convención dispone en su artículo 4º la obligación de los Estados suscriptores del Tratado, de asegurar y promover el pleno ejercicio de los

³ Op. Cit.

⁴ Ello también se desprende la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.
6/66

derechos de las personas con discapacidad y el compromiso de dichos Estados de adoptar todas las medidas necesarias para modificar o derogar las costumbres y prácticas existentes que constituyan una discriminación contra las personas con discapacidad.

6. Respecto del caso puntual del derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad en la contratación de seguros privados de salud, la Convención ha previsto en forma clara y precisa, en su artículo 25º, que los Estados partes deberán prohibir la discriminación de las personas discapacitadas en el acceso a la prestación de seguros de salud y de vida, velando porque éstos se presten de manera justa y razonable. El mencionado artículo es citado en forma textual:

“Artículo 25º.- Salud.

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad.

(...)

En particular, los Estados Partes:

(...)

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable.”

7. Debido a ello, en aras de impedir la discriminación de las personas con discapacidad dentro de todas las esferas del derecho y las actividades, públicas y privadas, la Convención precisó en el artículo 4º, que la obligación de no discriminación de las personas con discapacidad no sólo se extiende a los Estados y por tanto a la esfera del derecho de las instituciones públicas, como por ejemplo en el caso del Perú, la seguridad social estatal o la red nacional de hospitales del Ministerio de Salud, sino que también abarca a las personas naturales en general, así como a todo tipo de organizaciones y personas jurídicas, dentro de las cuales se encuentran naturalmente las empresas privadas. Siendo así, el precitado numeral dice textualmente :

“Artículo 4º.- Obligaciones Generales

Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

(...)

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

(...)

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;

(...)”

8. Ello se ve complementado por el artículo 7º de la Constitución Política del Perú que señala que la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental, tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad⁵.
9. Lo expuesto pone de manifiesto que la legislación supranacional y nacional son categóricas al promover el pleno ejercicio de los derechos de los discapacitados y prohibir cualquier tipo de discriminación en contra de ellos, ya sea por parte del Estado como de los particulares, sin establecer distinciones al respecto. Es importante resaltar que el Tribunal Constitucional peruano ha subrayado en reiteradas sentencias la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, que estos son oponibles no solo al Estado sino también a los particulares⁶. Estas son las directrices que deben

⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 7º.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1848-2004-AA/TC publicada el 15/03/2005. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>

inspirar cualquier decisión de la autoridad administrativa o jurisdiccional sobre la materia.

10. Soslayar la legislación precitada significaría ir en contra del tenor claro y expreso del ordenamiento jurídico, en abierta contravención de la normativa de derecho público que la sustenta, pretiriendo la fuerza constitucional de las mismas, colisionando con las normas sustantivas que conforman el núcleo duro del tejido social y jurídico de la Nación. Este es el marco constitucional de nuestro voto.

La discriminación en el consumo

11. En el ámbito del consumo, los artículos 1° d) y 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código) regulan el tipo infractor de discriminación en el consumo⁷. Asimismo, el artículo 39° regula la probanza de causas objetivas y justificadas por parte de los proveedores, a efectos de desvirtuar su responsabilidad por este tipo infractor⁸.

⁷ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 1°.- Derecho de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

(...)

Artículo 38°.- Prohibición de discriminación de consumidores

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

⁸ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 39.- Carga de la prueba. La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

Responsabilidad de Rímac

12. En el caso materia de autos, se encuentra suficientemente acreditado en el expediente de vista, que el 8 de noviembre de 2010, Rímac se negó a contratar el seguro de asistencia médica “Red Salud”, solicitado por el denunciante a favor de su hija, la señorita Sandra Paloma Céliz Rossi, de 24 años, alegando que en ejercicio de su autonomía privada podía determinar libremente sus políticas de suscripción, afirmando que las personas con Síndrome de Down representaban un riesgo no asegurable pues tienen una probabilidad superior a la población que no tiene esa condición, de desarrollar enfermedades colaterales.
13. Según Rímac, de asegurarse a personas que tienen Síndrome de Down como la señorita Céliz, los índices de siniestralidad serían muy altos y con ello las primas se elevarían considerablemente y consecuentemente los seguros de salud serían económicamente inaccesibles⁹.
14. Por ello, la cuestión en discusión está centrada en dilucidar, teniendo en cuenta el margo legal de la **discriminación** vastamente desarrollado desde el punto de vista constitucional y legal, si dentro del ámbito del derecho de los consumidores el rechazo de Rímac vulnera los artículos 1°.1 d) y 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor y, por tanto, si se configura suficientemente individualizado el tipo infractor de **discriminación en el consumo**.
15. Para tal efecto, debe analizarse si los motivos alegados por la denunciada califican como una causa objetiva y razonable, resultando pertinente citar textualmente las disposiciones contenidas en el Artículo 39° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por la Ley N° 29571, el que a la letra preceptúa lo siguiente:

“Artículo 39.- Carga de la prueba.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al

⁹ Todo lo anterior es reconocido expresamente por la propia denunciada, por ejemplo en la contestación de la denuncia (Ver fojas 87 y 88 del expediente).

proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.”

16. Sobre este particular, es importante señalar que al momento de rechazar la solicitud de la señorita Céliz, la aseguradora no presentó justificación alguna que acreditara verosímilmente de alguna forma la luego invocada presunta alta siniestralidad de las personas con Síndrome de Down, o las enfermedades que potencialmente pueden desarrollar y menos aún la alta incidencia de esta discapacidad en la población asegurada o asegurable peruana. Es más, ni antes ni después presentó cifras a considerar, ni estadísticas a evaluar, que resulten determinantes a favor de la tesis que invoca. De la misma forma, tampoco realizó una evaluación médica a la denunciante. En tal sentido, simplemente presumió de plano que la recurrente no era asegurable, contradiciendo así sus propias políticas de siniestralidad conforme desarrollaremos más adelante.
17. Es recién durante el procedimiento administrativo que Rímac presentó artículos médicos e informes donde se sostiene que las personas con Síndrome de Down tienen mayores probabilidades de desarrollar ciertas enfermedades, por ejemplo las cardíacas. Si bien los informes de médicos genetistas presentados por la Defensoría del Pueblo confirman lo anteriormente expuesto, cabe resaltar que dichos informes subrayan que tal probabilidad depende de cada caso concreto, sin mostrar estadísticas al respecto.
18. En este punto, es importante destacar que los Vocales que suscriben el presente voto reconocen la potestad que tienen las compañías aseguradoras para administrar el costo financiero de sus riesgos asegurables, el mismo que fluye de la autonomía privada y la libertad de empresa reconocidas por la Constitución Política vigente y de la legislación nacional en materia de seguros. Sin embargo, en virtud del marco normativo supranacional y nacional antes señalado, la referida libertad debe ser armonizada con los derechos de los consumidores a no ser discriminados, en este caso particular, de los discapacitados con Síndrome de Down.

19. Ahora bien, constituye elemento medular en la determinación de nuestro voto, el dicho propio de la Compañía de Seguros Rímac, reconocido en forma expresa e indubitable, cuando a fojas 89 (ochenta y nueve) y 90 (noventa) del expediente materia de estos autos, manifiesta lo siguiente:

“COBERTURA DE ENFERMEDADES CONGENITAS

13. *De manera previa a desarrollar los argumentos que sustentan al Síndrome de Down como un riesgo no asegurable, creemos oportuno mencionar que nuestra compañía sí asegura a personas con dicho síndrome, siempre y cuando éstas nazcan durante la cobertura de una póliza emitida con anterioridad a tal nacimiento. Así se desprende de nuestro Condicionado General, cuyo literal a) del artículo 11º establece lo siguiente:*

(...)

15. *En tal sentido, la cobertura de una enfermedad congénita (como el Síndrome de Down) es posible en la medida que los padres de quien adolece dicha enfermedad, soliciten su inclusión a la Póliza dentro de los treinta días siguientes a su nacimiento. Si se pretendiese una inclusión con posterioridad a dicho plazo nuestra compañía evaluaría la solicitud. ”*

[el subrayado es nuestro]

20. En efecto, el hecho que la apelante haya venido afiliando a personas con Síndrome de Down al seguro de asistencia médica “Red Salud”¹⁰, no se condice con el supuesto perjuicio económico alegado, ni con la necesaria elevación de los valores de los aseguramientos a punto de hacerlos inaccesibles. ¿Cómo se explicaría entonces que en determinados casos se asegure un riesgo considerado “no asegurable” si supuestamente ello la perjudica como reclama? En todo caso, al haber admitido expresamente que viene asegurando a personas con el Síndrome de Down, Rímac ha entrado en contradicción con sus propios argumentos, de allí que las razones estrictamente de carácter económico esgrimidas pierden fuerza y eficacia controversial, abriendo por el contrario las condicionantes de la **discriminación** al caso específico y concreto de la señorita Sandra Paloma Céliz Rossi.

¹⁰ Ello es ratificado por Rímac en la foja 201 del expediente.

21. Es importante tener en cuenta que Rímac ha alegado que no se puede ajustar el seguro de asistencia médica "Red Salud" a las personas con Síndrome de Down, a través de exclusiones o elevaciones de prima¹¹, pues para ello se necesitarían estudios actuariales, a efectos de delimitar los mayores riesgos futuros a la salud de dichas personas, siendo que la denunciada no contaba con dichos estudios al momento de evaluar la solicitud del denunciante, en tanto no estaba obligada a tenerlos. A ello se sumaba la dificultad de determinar todas las enfermedades que podían desarrollar dichos sujetos.
22. En nuestra opinión, el hecho de que Rímac en determinados casos haya asegurado a personas con Síndrome de Down demuestra que en realidad no le es materialmente imposible hacer el ajuste señalado en el párrafo anterior y afiliarse al seguro de asistencia médica "Red Salud" a personas con Síndrome de Down. Pese a ello, la denunciada estableció en este caso como política no asegurar a personas con Síndrome de Down al referido seguro.
23. Al respecto, Rímac no ha dado explicación alguna pese a que a ella le correspondía la carga de defenderse y probar conforme al marco legal previamente expuesto. En efecto, la denunciada ha tenido todo el procedimiento para sustentar por qué alega que las personas con Síndrome de Down constituyen un riesgo no asegurable, y, sin embargo, en algunos supuestos sí las ha venido asegurando.
24. Por lo expuesto, el alegato de la denunciada no constituye como una causa objetiva y justificada para negarse a contratar el seguro de asistencia médica "Red Salud" solicitado.
25. Asimismo, es importante tener en cuenta que la SBS mediante el Oficio 11612-2012-SBS, de fecha 28 de marzo de 2012, ha señalado lo siguiente:

"Como se ha señalado precedentemente, las empresas de seguros tienen libertad de realizar la medición y selección de los riesgos que desean asumir, considerando en la estructuración de sus productos las condiciones limitadoras y delimitadoras de los riesgos así como las exclusiones aplicables a las coberturas que contratan (...). Como

¹¹ Respecto de las fases de selección, exclusión y determinación de primas en la contratación de seguros, cfr. la Res. 521-2012/SC2-INDECOPI.

*consecuencia de ello, las empresas de seguros, en ejercicio de su libertad de contratación pueden elegir a sus co-celebrantes, en función de los riesgos que consideran administrar, **sin perjuicio de cumplir con el marco legal vigente.***

*Las empresas de seguros sí podrían negar la cobertura de las materias asegurables que consideren riesgosas según los criterios establecidos en la estructuración de los productos que ofrecen. **Sin embargo, no podrán negar la posibilidad de contratar un seguro a quien, teniendo un régimen jurídico de protección especial, cumple con las características exigidas en el producto, como contratante, titular del objeto asegurable, y en suma a quien cumple las condiciones de asegurabilidad; lo contrario implicaría incurrir en un acto de discriminación**¹².*

[resaltado añadido]

26. En el presente caso, ha quedado acreditado que las personas con Síndrome de Down como la señorita Céliz, quienes tienen un régimen de protección especial explicado precedentemente, cumplen con las características exigidas en el seguro de asistencia médica "Red Salud". Ello, en la medida que Rímac ha reconocido que asegura a algunas personas con Síndrome de Down. Pese a ello, la denunciada le negó a la señorita Céliz el referido seguro, precisamente por tener Síndrome de Down.
27. Adicionalmente, los Vocales que suscriben el presente voto consideran que la negativa absoluta de Rímac de asegurar a una persona con Síndrome de Down no cumple con el test de razonabilidad y proporcionalidad utilizado por el Tribunal Constitucional para evaluar casos de **discriminación**.
28. En efecto, el máximo intérprete nacional de la Constitución, mediante Sentencia del 1 de abril del 2005, emitida en el marco del Expediente N°0048-2004-PI/TC, estableció lo siguiente:

"El test de razonabilidad o proporcionalidad, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.º C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la

¹² En las fojas 443-446 del expediente.

igualdad. Dicho test se realiza a través de tres sub principios: 1.subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2.subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental".

29. En aplicación de este test, cabe señalar que la Constitución reconoce que la iniciativa privada es libre¹³ y estimula la libertad de empresa¹⁴, siendo que la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de

¹³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 58º.- Economía Social de Mercado.** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

¹⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 59º.- Libertad de Trabajo, Empresa, Comercio e Industria.** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Ley 26702, establece que las empresas del sistema de seguros determinan libremente las condiciones de las pólizas, sus tarifas y otras comisiones. En tal sentido, el objetivo perseguido con la negativa de la empresa aseguradora en asegurar a personas con Síndrome de Down, esto es, evitar supuestas pérdidas económicas o generar una desmedida alza en las tarifas por asegurar riesgos asociados a personas con esta condición, tendría, en caso de estar así demostrado, en principio, legitimidad constitucional pues se enmarcaría en la libertad de empresa de la denunciada, garantizada por la Constitución. Por otro lado, en relación con la idoneidad o adecuación la referida negativa, resulta claro que ésta constituye una medida adecuada para evadir los riesgos inherentes al aseguramiento de una persona con dicha condición. Por ello, podría considerarse, en principio, que la conducta de Rímac Seguros cumple con el sub principio de idoneidad o adecuación.

30. No obstante, aun cuando la referida negativa responda a una ley, cumpla un objetivo legítimo y pueda considerarse idónea, para esclarecer la controversia, debe realizarse el test de necesidad pues el objetivo perseguido podría alcanzarse a través de medidas que no signifiquen la exclusión total de las personas con Síndrome de Down al seguro de asistencia médica "Red Salud".
31. En este punto, tal como señala Fernandez Crende, es importante tener en cuenta que la existencia de individuos con una probabilidad de sufrir siniestros inferior a la media –individuos de bajo riesgo- y de individuos con una probabilidad de sufrir un siniestro por encima de la media –individuos de alto riesgo- implica, debido a la información asimétrica, problemas de selección adversa y de exclusión del mercado de los de bajo riesgo. Para evitar esta ineficiencia las compañías utilizan métodos de clasificación de riesgos –*risk classification*-, que pueden incidir en la oferta de suscripción del seguro –*underwriting classification*-, en la cobertura del seguro –*coverage classification*- o en la fijación del importe de la prima –*rating classification*-:

“a) Limitaciones en la suscripción del seguro (underwriting classification): Las limitaciones en la suscripción del seguro excluyen de la oferta a determinadas personas por el hecho de considerarse malos riesgos, es decir, se trata de una situación de falta de oferta. En este sentido, comúnmente se limita la posibilidad de suscribir seguros de vida a personas de una cierta edad.

- b) *Limitaciones en la cobertura del seguro contratado (coverage classification): En segundo lugar, las limitaciones en la cobertura del seguro no operan ex ante, como las limitaciones en la suscripción, sino ex post, una vez hemos suscrito el contrato. En este caso, la limitación radica en el alcance de la cobertura del seguro, pues la aseguradora no se hará cargo de los daños producidos por determinados riesgos. Son muchas las limitaciones de este tipo que las compañías aseguradoras predisponen mediante Condiciones Generales de la Contratación. Aquí me limitaré a sistematizarlas en función de la finalidad a la que obedecen: en primer lugar, excluir comportamientos afectados por riesgo moral; en segundo lugar, excluir comportamientos afectados por selección adversa; y, finalmente, excluir determinados riesgos que resulten inasegurables debido a su impredecibilidad.*

Aunque ya advertí que el riesgo moral carece de relevancia en este ámbito, existen algunos comportamientos muy excepcionales que son atajados por cláusulas limitativas de la cobertura del seguro, como, por ejemplo, los suicidios durante la primera anualidad o el fallecimiento del asegurado por acto intencionado de los beneficiarios, entre otros. A su vez, cada compañía excluye riesgos susceptibles de generar problemas de selección adversa, por ejemplo, riesgos propios de determinadas actividades especialmente peligrosas y riesgos materializados con anterioridad a la suscripción del contrato. Los primeros son riesgos asociados a actividades como deportes de riesgo o aventura, bomberos, buzos, canteros que manejen explosivos, domadores y guardas de animales fieros, guardas jurados, mineros, profesionales de las fuerzas armadas y policías, trapevistas, tripulantes de aeronaves y otras que pudieran comportar riesgos equivalentes. Los segundos se relacionan con la obligación por parte del asegurado, siempre con el debido respeto a su intimidad, de revelar información privada de que disponga, por ejemplo, sobre enfermedades terminales o gravemente invalidantes que padezca al tiempo de la celebración del contrato.

Por último, no todos los riesgos son asegurables atendiendo a su impredecibilidad y a la magnitud de los daños que puedan generar y, por ello, las aseguradoras no suelen cubrir siniestros extraordinarios, ya sean de carácter natural -catástrofe o calamidad nacional, radiaciones nucleares, erupciones volcánicas, huracanes, terremotos, temblores o

desprendimientos de tierra-; o sean de carácter social -motines y alborotos, rebelión, revueltas, conflictos armados-.

- c) *Fijación del importe de la prima según factores actuariales (rating classification) Finalmente, en lo que aquí más nos interesa, las compañías aseguradoras suelen cobrar un importe diferente a cada grupo de riesgo delimitado previamente mediante factores actuariales. Así, las aseguradoras tarifican el importe de las primas atendiendo a características definitorias del riesgo que el asegurado soporta, tales como la edad, la ocupación, los estilos de vida y, en especial, el sexo.”¹⁵*

32. En este contexto, los Vocales que suscriben el presente voto consideran que si Rímac no deseaba asumir supuestas pérdidas económicas por asegurar riesgos a los que afirma se encontraría expuesta la señorita Céliz por el hecho de padecer del Síndrome de Down, podría haberla asegurado y luego hacer valer las exclusiones de riesgos concretos contenidas en su respectiva póliza, o, en todo caso, elevar el monto de la prima en dichos supuestos – tal como ha sido aceptado incluso por el propio denunciante¹⁶ – no siendo prudente negarle de plano la contratación del seguro de asistencia médica “Red Salud”.
33. Si bien podría alegarse la imposibilidad, o extrema dificultad, de realizar estudios actuariales a fin de concretar las exclusiones de cobertura o elevaciones de prima antes señaladas, ello queda desvirtuado por el hecho acreditado en autos por declaraciones expresas de la propia emplazada, en el sentido que, en determinados casos concretos, Rímac asegura a personas con Síndrome de Down en el seguro de asistencia médica “Red Salud”, lo cual deja establecido que, a su entender y sin lugar a dudas, el referido aseguramiento es posible y válido.
34. Para tales efectos, e igualmente a mayor abundamiento, resulta del caso tener presente la teoría de los Actos Propios, contenido en el Principio de Coherencia, ***venire contra factum proprium non valet***, esto es que nadie puede contravenir sus propios actos.

¹⁵ FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Seguros de vida y discriminación sexual” http://www.indret.com/pdf/254_es.pdf (p. 11-13). Es importante señalar que la Sala ya ha utilizado anteriormente este marco teórico. Cfr. la Res. 521-2012/SC2-INDECOPI.

¹⁶ En la foja 359 del expediente.

35. Siendo así, de conformidad con lo señalado por dicha teoría, no es posible a un sujeto ejercer un derecho subjetivo si previamente estuvo en la posibilidad de ejercerlo y no lo hizo, dando así la apariencia a los terceros que no tiene en consideración el derecho que ahora invoca, o que, simplemente, este no existe.
36. En tal sentido, al realizar el sujeto una acción previa de la cual es posible colegir su voluntad de no ejercer un determinado derecho que pudiera ampararle, mal podría luego contrariar su propia conducta pretendiendo después el ejercerlo del mismo.
37. El Principio de Buena Fe resulta siendo así el límite al ejercicio de los derechos, toda vez que el tercero afectado se encuentra en la situación jurídica de desventaja ante la expectativa que el derecho ahora invocado no sería entonces ejercido, confiando en que éste, siguiendo su conducta previa habitual infrinja o no el derecho del primero.
38. Sin perjuicio de lo expuesto, es del caso reiterar que los Vocales que suscriben el presente voto, reconocen la potestad que tienen las compañías de seguros para administrar sus riesgos, la misma que fluye de la autonomía privada y la libertad de empresa reconocidas por la Constitución y de la legislación en materia de seguros citadas precedentemente. Sin embargo, en virtud del marco normativo supranacional y nacional antes señalado, opinamos que la referida libertad debe ser armonizada necesariamente con los derechos fundamentales de los consumidores a no ser discriminados, en particular de las personas con discapacidad como aquellas que tienen Síndrome de Down, que gozan de protección constitucional especial. En tal sentido, consideramos que en el presente caso, el justo punto de equilibrio se encuentra en el aseguramiento de la señorita Céliz con las respectivas exclusiones específicas de cobertura o ajuste de prima, conforme se ha señalado previamente.
39. Debido a ello, el proceder de Rímac no cumple el test de necesidad y, por tanto, califica como **discriminatorio** en los términos establecidos por el Tribunal Constitucional.
40. A mayor abundamiento, es importante tener en cuenta que casos similares al examinado se han presentado en la jurisprudencia internacional comparada y se han resuelto sobre la base de criterios como el expuesto por el presente voto. Así, mediante sentencia 2003-11018 del 26 de setiembre del 2003,

recaída en el Expediente 03-007483-007-CO la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió un recurso de amparo interpuesto contra el Instituto Nacional de Seguros por negarse a asegurar a una menor que padecía epilepsia. Es importante señalar que dicha entidad está regulada por el derecho administrativo en lo que se refiere a organización, estructura administrativa interna y régimen de puestos, y por el derecho comercial en lo referente a la actividad empresarial de venta de seguros. En dicho caso, el órgano jurisdiccional resolvió a favor de la menor en los siguientes términos:

“Debe recordarse que esta Sala ha aceptado la aplicación de tarifas variables en materia de seguros, según la existencia y la magnitud del riesgo, por lo que en algunos casos se justifica que las primas sean más altas que en otros, debido a la mayor o menor exposición del afectado a dicho riesgo. Así las cosas, como primera opción bien podría la Administración imponer una prima mayor en el supuesto que la póliza cubra la enfermedad preexistente, siempre y cuando se fundamente en criterios técnicos (...) En segundo lugar, debe tenerse en consideración que aun cuando la amparada padece de una enfermedad preexistente, puede tener la opción de cobertura para otros gastos médicos que no tengan relación causal con dicha enfermedad, constituyendo una segunda posibilidad de cobertura (...) Por lo anterior, considera esta Sala que la negativa absoluta de otorgar dicha póliza a la amparada, la coloca en un evidente estado de indefensión pues aun cuando el contrato de seguro se encuentra regido por el derecho privado, lo cierto es que está monopolizado por la autoridad recurrida, que como administración pública que es, debe velar por la protección de los derechos de los administrados, sin distinción alguna”.

41. En virtud de las consideraciones expuestas, los alegatos de Rímac no califican como causas objetivas y justificadas para negarse a contratar el seguro solicitado.
42. Consideramos importante subrayar que la negativa de Rímac a afiliarse a la señorita Céliz al Seguro de Asistencia Médica “Red Salud”, siempre se basó en la condición particular de esta última, esto es, en el hecho de que tenía Síndrome de Down y sus eventuales consecuencias, no siendo esta una circunstancia que haya sido controvertida a lo largo del presente procedimiento. Ello, sumado a que las personas con discapacidad constituyen un grupo constitucionalmente protegido frente a la **discriminación** y a que la justificación de Rímac para el trato acordado a la

señorita Céliz, hija del denunciante, conforme invoca, ha sido desvirtuada precedentemente, constituye evidencia suficiente de que en el presente caso se configuró el tipo infractor de **discriminación agravada** contemplada por el artículo 38º del Código, esto es, **discriminación en el consumo**.

43. La emplazada Rímac ha invocado jurisprudencia de la Sala donde se señala que, a diferencia de la exclusión injustificada, para sancionar prácticas discriminatorias se requiere mayor probanza que un simple trato diferenciado que no obedece a causas objetivas y justificadas¹⁷. Sobre el particular, es importante precisar indubitadamente que dicha afirmación se refiere a supuestos del todo distintos al caso materia *sub litis*, tal como un procedimiento de oficio, donde se requiere mayor actividad probatoria para constatar que el trato controvertido obedece a que los consumidores pertenecen a determinado grupo racial, sexo, etc., por ejemplo, a través de una inspección. Sin embargo, este no es el caso pues como ya se señaló en el presente procedimiento, la negativa de Rímac obedeció en todo momento y de acuerdo a su propio dicho, a que la señorita Céliz tenía Síndrome de Down y a las implicancias derivadas de dicha circunstancia. Tal afirmación fluye claramente de los propios alegatos de la emplazada, en ambas instancias del presente procedimiento. Por ello, debe desestimarse los alegatos de la compañía aseguradora.
44. Asimismo, y a mayor abundamiento, debe precisarse que el hecho de que se haya constatado y reconocido expresamente por la propia Rímac Internacional Compañía de Seguros, que ésta afilia al seguro de asistencia médica "Red Salud" a personas con Síndrome de Down en casos concretos, esto es, cuando sus padres están asegurados y soliciten su inclusión a la póliza dentro de los 30 días siguientes a su nacimiento, no enerva en modo alguno la **discriminación** sufrida por la señorita Céliz, ni convierte el presente caso en uno de exclusión o trato diferenciado injustificado .
45. En efecto, la **discriminación** se mide en términos individuales. Un razonamiento contrario llevaría al absurdo jurídico de poder afirmar válidamente que bastaría que un integrante de un grupo determinado discriminado ingrese a un local para que se afirme que no hay discriminación contra los demás. Lo anterior se ve reforzado en el presente caso donde se analiza una denuncia de parte y no la afectación colectiva de consumidores. Al haberse constatado que Rímac dio un trato diferente respecto de la

¹⁷ Cfr. la Res. 2776-2011/SC2-INDECOPI.

señorita Céliz, quien tiene Síndrome de Down, sin justificación válida alguna, queda acreditada suficientemente la **discriminación** por los motivos antes señalados. Distinto hubiera sido el caso si la negativa de la aseguradora nunca hubiese estado motivada en la condición de la denunciante, ni en la pertenencia de un grupo constitucionalmente protegido contra la discriminación. En tal negado supuesto, hubiera podido eventualmente evaluarse la exclusión injustificada, pero en el caso concreto materia de autos, ello no resulta pertinente por las razones anteriormente expuestas.

46. Por lo señalado, y contrariamente a lo sostenido por Rímac en su defensa, su actuar no debe ser calificado de ningún modo como el tipo básico de exclusión justificada o injustificada de contratar. Ello significaría desnaturalizar el tenor de la denuncia y lo acreditado en el expediente.
47. De otro lado, Rímac ha solicitado que se declare nula la decisión de la Comisión por motivación aparente, sustentando su pedido en cuestionamientos de fondo. En la medida que dichos cuestionamientos han sido desvirtuados precedentemente, corresponde desestimar el pedido de Rímac.
48. Contrariamente a lo expuesto por Rímac, su alegato no califica como una causa objetiva y justificada para negarse a contratar el seguro solicitado por los padres de la señorita Céliz a favor de su hija. En tal sentido, somos de opinión que la denunciada infringió los artículos 1°.1 d) y 38° del Código. La negativa de Rímac siempre se basó en la condición particular de la señorita Céliz, esto es, en el hecho de que tenga Síndrome de Down, siendo que las personas discapacitadas constituyen un grupo constitucionalmente protegido frente a la discriminación conforme al marco normativo detalladamente expuesto en la primera parte de este voto. Por ello, opinamos porque se configuró el tipo discriminación agravada y corresponde confirmar la resolución venida en grado en dicho extremo.

Medida correctiva

49. El artículo 114° del Código establece que, sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras o complementarias.

Por su parte, el artículo 115º de dicho cuerpo legal señala que ambos tipos de medidas correctivas pueden dictarse a pedido de parte o de oficio¹⁸.

50. La Comisión ordenó en calidad de medida correctiva, que en un plazo no mayor de 5 días hábiles, Rímac cumpla con atender la solicitud de afiliación de la señorita Céliz a su seguro de asistencia médica "Red Salud".
51. Al respecto, Rímac ha señalado que lo ordenado por la Comisión es innecesario en la medida que no fue solicitado en la denuncia y, pese a que durante el procedimiento Rímac ofreció afiliar a la hija del denunciante al seguro "Red Salud", el señor Céliz rechazó tal propuesta.

¹⁸

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 114.- Medidas correctivas. Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias.

Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

Artículo 115.- Medidas correctivas reparadoras

115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente:

- a. Reparar productos.
- b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.
- c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.
- d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.
- e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.
- f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.
- g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.
- h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.
- i. Otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores. (...)

52. Sobre el primer argumento, cabe señalar que conforme a las normas citadas previamente el Indecopi puede ordenar de oficio medidas correctivas en procedimientos donde se hayan determinado infracciones al Código.
53. Asimismo, tal como señaló la Comisión, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado en su artículo 4º literal b) que los Estados Partes, dentro de los cuales se encuentra el Perú, deben tomar todas las medidas para modificar o derogar costumbres y prácticas que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. Por su parte, el artículo VI del Título Preliminar del Código, dispone que el Estado orienta su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos como es el caso de las personas con discapacidad, por lo que corresponde que se dicten medidas correctivas de oficio a fin de que se eliminen las referidas prácticas discriminatorias.
54. En segundo lugar, resulta irrelevante a efectos de la medida correctiva el rechazo del señor Céliz al ofrecimiento conciliatorio de Rímac, pues ello debe ser ponderado más bien al graduar la sanción a imponerse. Sin perjuicio de lo anterior, cabe resaltar que la medida correctiva ordenada estará sujeta al interés del señor Céliz como se verá más adelante.
55. De otro lado, Rímac ha cuestionado la medida correctiva ordenada por la Comisión alegando que, en suma, la están obligando a asegurar un riesgo "no asegurable". Cabe resaltar que ello ha sido desvirtuado precedentemente con las propias declaraciones de Rímac.
56. Contrariamente a lo alegado por Rímac, la presente medida correctiva no le impide establecer las exclusiones que considere pertinentes, o cobrar la prima que considere adecuada, tal como ha sido aceptado por el propio denunciante en los párrafos previos y conforme al desarrollo sobre el funcionamiento de los seguros realizado por el presente voto.
57. Asimismo, el hecho de que Rímac se encuentre diseñando un nuevo seguro especial para personas con Síndrome de Down, no afecta en modo alguno la medida correctiva ordenada por la Comisión. Ello, debido a que, como ya se señaló anteriormente, en el presente caso se determinó que la negativa de Rímac a otorgar a la señorita Céliz el seguro de asistencia médica "Red Salud" constituyó infracción administrativa, por lo que la medida correctiva

congruente es la afiliación a dicho seguro, y no resulta pertinente invocar el nuevo seguro especial para personas con Síndrome de Down que Rímac estaría ofreciendo en el mercado.

58. Por las consideraciones expuestas, consideramos que debe confirmarse la medida correctiva ordenada por la Comisión, precisando que esta consiste en lo siguiente: *“que en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados a partir de que el denunciante comunique a Rímac que aún se encuentra interesado en el seguro de asistencia médica “Red Salud” para su hija, la referida empresa cumpla con atender de forma favorable la solicitud de seguro presentada por el denunciante”*.

Graduación de la sanción

59. El artículo 110° del Código establece que el Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a dicho cuerpo legislativo con amonestación o multas de hasta 450 UIT, dependiendo de la gravedad del caso particular¹⁹. Por su parte, el artículo 112° regula los diversos criterios para graduar la respectiva sanción administrativa²⁰.

¹⁹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 110.- Sanciones administrativas.** El Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

(...)

²⁰ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.** Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
2. La probabilidad de detección de la infracción.
3. El daño resultante de la infracción.
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.

Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:

1. La reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.
2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.

60. En el presente caso, la Comisión impuso a Rímac una multa de 50 UIT sobre la base de los siguientes criterios:

- (i) el beneficio ilícito percibido por la denunciada, consistente en el ahorro de costos de afiliar a la señorita Céliz al seguro “Red Salud”;
- (ii) el daño causado a la señorita Céliz , esto es, la grave vulneración de su derecho a la igualdad de trato y a no ser discriminada;
- (iii) los efectos en el mercado, pues se dañó la credibilidad y confianza de un grupo de consumidores y sus familias en el sistema;
- (iv) la naturaleza del perjuicio, pues la conducta de la denunciada implicó una desvaloración de la señorita Céliz como persona, lo cual convierte en grave la infracción detectada; y,

-
3. Cuando la conducta infractora haya puesto en riesgo u ocasionado daño a la salud, la vida o la seguridad del consumidor.
 4. Cuando el proveedor, teniendo conocimiento de la conducta infractora, deja de adoptar las medidas necesarias para evitar o mitigar sus consecuencias.
 5. Cuando la conducta infractora haya afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
 6. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular.

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

1. La subsanación voluntaria por parte del proveedor del acto u omisión imputado como presunta infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.
2. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria que coincida con la medida correctiva ordenada por el Indecopi.
3. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.
4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:
 - a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.
 - b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.
 - c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.
 - d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.
 - e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
 - f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.
5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas dependiendo de cada caso particular.

- (v) a diferencia de otros casos de discriminación, en el presente caso se impidió ilegítimamente acceder a la señorita Céliz a un seguro de asistencia médica, lo cual pudo traducirse en un perjuicio a su salud, por lo que la discriminación resulta más grave²¹.
61. Rímac ha cuestionado la multa impuesta reiterando argumentos dirigidos a demostrar que brindó un trato diferenciado lícito. Asimismo, ha señalado que en el presente caso no se acreditó un supuesto de discriminación, sino de selección injustificada de clientela. Al respecto, cabe resaltar que dichos alegatos constituyen cuestionamientos al fondo de la denuncia que ya fueron desvirtuados previamente.
62. Los Vocales que suscriben el presente voto consideran que los criterios para graduar la sanción en el presente caso son el daño causado a la denunciante, esto es, la lesión a su derecho fundamental a no ser discriminada así como los efectos generados en el mercado. Ello, en los términos expuestos por la Comisión.
63. En nuestra opinión, dado que en el presente caso quedó acreditado que Rímac discriminó a la hija del denunciante al negarle el seguro de asistencia médica "Red Salud" basándose en que tenía Síndrome de Down, sin haber sustentado causas objetivas y razonables que justifiquen tal proceder, ello constituye prueba irrefutable de que se vulneró el derecho fundamental a no ser discriminada de la señorita Céliz, tutelado no solo a nivel constitucional sino también por tratados internacionales conforme a lo expuesto.
64. Es importante resaltar que el fundamento de las normas que sancionan la discriminación, citadas a lo largo del presente voto, es, precisamente, el derecho a no ser discriminado, el mismo que es vulnerado cuando se cometen actos discriminatorios.
65. Asimismo, tal como señaló la Comisión, a diferencia de otros casos de discriminación, en el presente caso se impidió ilegítimamente acceder a la señorita Céliz a un seguro de asistencia médica, lo cual pudo haberse traducido en un perjuicio a su salud, por lo que en el caso materia de la presente controversia la discriminación resulta más grave.

²¹ El detalle de la graduación de la sanción efectuada por la Comisión puede apreciarse en las págs.. 25 – 29 de la resolución apelada.

66. De otro lado, consideramos que debido a la infracción cometida por Rímac, las personas con discapacidad podrían apreciar que aun en el supuesto de que contarán con los medios para acceder a los bienes y servicios con los cuales desean satisfacer sus necesidades y expectativas, tal como ocurre con las demás personas, no tendrían acceso a dichos bienes y servicios, sin que se les brinden razones objetivas y razonables que justifiquen tal diferenciación. Ello comprueba los efectos negativos que genera en el mercado la infracción cometida por Rímac y reafirma la gravedad de la conducta sancionada.
67. Asimismo, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre los cuestionamientos de Rímac al criterio de graduación “beneficio ilícito” pues no está siendo utilizado en el presente voto.
68. Atendiendo a lo expuesto, y teniendo en cuenta los artículos 108⁰³¹ y 110⁰ del Código, citado precedentemente, los Vocales que suscriben el presente voto

³¹

LEY Nº 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 108º.- Infracciones administrativas

Constituye infracción administrativa la conducta del proveedor que transgrede las disposiciones del presente Código, tanto si ello implica violar los derechos reconocidos a los consumidores como incumplir las obligaciones que estas normas imponen a los proveedores. También son supuestos de infracción administrativa el incumplimiento de acuerdos conciliatorios o de laudos arbitrales y aquellos previstos en el Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, y en las normas que lo complementen o sustituyan.

Artículo 110º.- Sanciones administrativas

El Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108º con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

En el caso de las microempresas, la multa no puede superar el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de primera instancia, siempre que se haya acreditado dichos ingresos, no se encuentre en una situación de reincidencia y el caso no verse sobre la vida, salud o integridad de los consumidores. Para el caso de las pequeñas empresas, la multa no puede superar el veinte por ciento (20%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a los requisitos señalados anteriormente.

consideran que en principio la Comisión debió imponer a Rímac una multa mayor. No obstante, no resulta posible agravar la sanción originalmente impuesta por la Comisión, ascendente a 50 UIT, pues ello vulneraría la prohibición de *reformatio in pejus*²². Por ello, y tal como ha señalado la Sala en un anterior pronunciamiento, la segunda instancia debe trabajar sobre la base de la multa impuesta por la Comisión²³.

69. En tal sentido, debe considerarse la conducta de Rímac a lo largo del procedimiento. En el presente caso ha quedado acreditado que durante el procedimiento la denunciada ofreció al señor Céliz el seguro materia de denuncia para su hija, siendo que aquel rechazó tal oferta²⁴. Asimismo, Rímac viene implementando un seguro de salud especial para personas con Síndrome de Down²⁵. En nuestra opinión, dichas circunstancias califican como atenuantes, por lo que a la referida empresa le corresponde una multa ascendente a 45 UIT. Lo anterior, de conformidad con el artículo 112º del Código citado precedente que obliga a considerar como atenuante “*la presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria que coincida con la medida correctiva ordenada por el Indecopi*” así como “*otras circunstancias de características o efectos equivalentes*”.
70. Por las consideraciones expuestas, corresponde revocar el extremo de la decisión impugnada que sancionó a Rímac con una multa de 50 UIT y, reformándolo, sancionar a dicha empresa con una multa de 45 UIT.

La cuantía de las multas por las infracciones previstas en el Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre facultades, Normas y Organización del Indecopi, se rige por lo establecido en dicha norma, salvo disposición distinta del presente Código.

Las sanciones administrativas son impuestas sin perjuicio de las medidas correctivas que ordene el Indecopi y de la responsabilidad civil o penal que pueda corresponder.

²² **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 237º.3. Resolución.** Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

²³ Cfr. Res. 2677-2010/SC2

²⁴ En las fojas 157 – 159 y 184 – 185 del expediente.

²⁵ En las fojas 438 del expediente.

Publicación de la presente Resolución

71. De conformidad con el artículo 43° del Decreto Legislativo 807, Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, el Consejo Directivo del Indecopi podrá ordenar la publicación de resoluciones en el Diario Oficial “El Peruano” cuando lo considere necesario por ser de importancia para proteger los derechos de los consumidores²⁶.
72. Dada la trascendencia jurídica y social de la temática enfocada en el presente caso, es parte de nuestro voto solicitar al Consejo Directivo del INDECOPI, la publicación de la presente Resolución y consecuentemente de todos los votos que la conforman, en el Diario Oficial “El Peruano” para su conocimiento y difusión

CAMILO NICANOR CARRILLO GÓMEZ
Presidente

MIGUEL ANTONIO QUIRÓS GARCÍA
Vocal

²⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY DE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. TITULO VII. PUBLICACION DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA. Artículo 43.-** Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

El voto del señor Vocal Oscar Darío Arrús Olivera es el siguiente:

Cuestión previa

1. El Vocal que suscribe el presente voto es consciente de que estamos ante un caso altamente sensible en razón de la condición de la persona supuestamente afectada por la conducta de Rímac; sin embargo, el presente caso, como cualquier otro, debe ser evaluado de forma objetiva y conforme al marco legal vigente.

La discriminación en el consumo

2. En nuestro ordenamiento, el derecho a la igualdad y consecuentemente, a la no discriminación, ha sido reconocido en el artículo 2º numeral 2 de la Constitución Política del Perú, que establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o motivo de cualquier otra índole²⁷.
3. El Código de Protección y Defensa del Consumidor establece en su artículo 38º lo siguiente:

“LEY Nº 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 38º.- Prohibición de discriminación de consumidores

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

²⁷ **CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ**
Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:
(...)

2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga”.

4. Por su parte, el artículo 39º establece las respectivas reglas probatorias. Así, la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la Administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Asimismo, corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada²⁸.
5. En este punto, es importante resaltar que no todo trato diferenciado implica discriminación. Como puede desprenderse de la claridad de las normas citadas, si se demuestran causas objetivas y justificadas el trato diferenciado deviene en lícito y no es sancionable.
6. Corresponde, en consecuencia, determinar en el presente caso si ha habido discriminación o bien un trato diferente debido a causas objetivas y razonables.
7. La Defensoría del Pueblo ha desarrollado un análisis sobre el concepto de discriminación y ha determinado que para que exista discriminación se requiere la existencia de tres requisitos:

²⁸

LEY Nº 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Artículo 39.- Carga de la prueba. La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

- a. Un trato diferenciado o desigual,
 - b. un motivo o razón prohibida.
 - c. un objetivo o un resultado²⁹.
8. Al efecto, se sostiene que todo acto discriminatorio tiene como punto de partida la existencia de un trato diferenciado o desigual hacia una persona o grupo de personas. En efecto, la discriminación parte de una distinción, exclusión o restricción de los derechos de determinados individuos.
 9. Sin embargo, este único elemento no es suficiente para considerar como discriminatorio a un hecho. Por ello, no es posible equiparar el trato diferenciado o desigual con la noción de discriminación ya que con cierta frecuencia se presentan tratos diferenciados destinados a corregir las desigualdades que existen en la realidad.
 10. En lo que respecta a un motivo o razón prohibida, sostiene que el trato diferenciado o desigual se debe basar en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico, y por último un trato diferenciado o desigual y un motivo prohibido que tenga por objeto anular el reconocimiento o ejercicio y goce de un derecho.
 11. Al respecto, es importante señalar que en el presente caso no se cumplen los requisitos para que se configure discriminación, establecidos por la propia Defensoría del Pueblo, cuyo esquema de análisis ha sido reconocido por la Sala en un anterior pronunciamiento³⁰.
 12. En este orden de ideas, es importante tener en cuenta que existen tratos diferenciados lícitos. Por ejemplo en materia de seguros mediante la Resolución 2485-2010/SC2-INDECOPI se declaró infundada una denuncia por discriminación donde los consumidores señalaban que la compañía de seguros cobraba por concepto de SOAT para vehículos de uso particular la suma de S/. 90,00; sin embargo para el caso específico de camionetas de cualquier color, modelo station wagon, de las marcas Toyota, Nissan, Mitsubishi, como la de los denunciantes, los precios fluctuaban de S/. 270,00 a cantidades superiores a S/. 300,00.

²⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*, Documento Defensorial N° 2, Lima, 2007, págs.. 28-30.

³⁰ Cfr. Res. 2808-2010/SC2-INDECOPI.

13. En dicho pronunciamiento, la denunciada acreditó que los vehículos de las marcas antes señaladas tenían un mayor índice de siniestralidad, por lo que la Sala consideró que se había configurado un trato diferenciado lícito que obedecía a causas objetivas y justificadas, pues era congruente que la alta siniestralidad de dichos vehículos, que incrementaba los costos que debía asumir la denunciada para cubrir los siniestros que se producían con los mismos, se viera reflejado en la prima.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la supuesta obligación de Rímac de asegurar a la señorita Céliz

14. A lo largo del procedimiento, el denunciante ha invocado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante, la Convención), alegando que en virtud de esta, Rímac estaría obligada a contratar el seguro de asistencia médica “Red Salud” a favor de la señorita Céliz, quien tiene Síndrome de Down y por ende es una persona con discapacidad. Debido a ello, el Vocal que suscribe el presente voto considera necesario hacer algunas precisiones al respecto.
15. La referida Convención, en efecto, ha sido aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa 29127 del 31 de octubre de 2007 y por tanto forma parte del derecho nacional³¹. En su artículo 4º establece la siguiente obligación de los Estados Parte del Tratado:

**“CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS
Artículo 4º.- Obligaciones Generales**

- 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:**
(...)

³¹ Cabe recordar que este convenio internacional forma parte del derecho nacional conforme al artículo 55º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución por lo que resulta vinculante para el Estado peruano.

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

(...)

[resaltado añadido]

16. En aras de impedir la discriminación de las personas con discapacidad, la Convención añade en el mismo artículo 4º que:

**“CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS
Artículo 4º.- Obligaciones Generales**

1. (...) **los Estados Partes se comprometen a:**

(...)

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad; (...).”

[resaltado añadido]

17. Respecto del caso puntual del derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad en la contratación de seguros de salud, la Convención ha previsto en su artículo 25º lo siguiente:

**“CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS
Artículo 25º.- Salud**

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. (...) En particular, **los Estados Partes:**

(...)

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable”.

[resaltado añadido]

18. Como puede apreciarse, la Convención establece obligaciones a cargo de los Estados miembros de velar por el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y adoptar medidas legislativas para prohibir cualquier tipo de discriminación contra ellos.
19. En tal sentido, es importante señalar que el 14 de junio de 2012, con posterioridad a los hechos materia de denuncia, ha sido aprobado el proyecto de la “Ley General de las Personas con Discapacidad y de Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, el mismo que aun no ha sido publicado en el diario oficial *El Peruano*. Dicho proyecto tiene por finalidad reemplazar a la actual Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 27050, y, como su nombre lo indica, implementar la Convención adoptando, precisamente, las medidas antes señaladas. Lo anterior confirma que la razón de ser de la Convención es obligar a los Estados a adoptar medidas, sobre todo legislativas, para promover los derechos de las personas con discapacidad.
20. Se puede concluir que la Convención no establece obligaciones concretas a los particulares, esto es, personas naturales o jurídicas de Derecho Privado. De allí que el Vocal que suscribe el presente voto considere que no puede invocarse la Convención para sustentar una supuesta obligación legal de Rímac de incluir en sus seguros de salud convencionales a personas con discapacidad.
21. En efecto, no existe disposición alguna que obligue expresamente a las compañías de seguros (privadas) a asegurar a las personas con discapacidad. Es importante destacar que los seguros ofrecidos en el mercado por estas compañías, como el que es materia del presente procedimiento, responden a principios y lógicas totalmente distintas a la seguridad social contenida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

22. Los seguros privados son ofrecidos en el mercado por las compañías de seguros en el marco de su libertad de empresa y persiguen fines de lucro legítimos, encontrándose regulados por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Ley 26702. La seguridad social, en cambio, se desarrolla en el marco de la equidad, la solidaridad y la facilidad de acceso a los servicios de salud conforme al artículo 1° de la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que regula dicha materia.
23. Respecto de la salud de las personas con discapacidad considero que en virtud de la Convención los Estados miembros han adquirido la obligación indubitable de promover el ingreso de dichas personas dentro de sus planes de seguridad social. Sin embargo, como ya se señaló, de dicha Convención no se desprende obligación alguna para una compañía de seguros respecto de los seguros privados que ofrece en el mercado.
24. En términos similares, los demás instrumentos de Derecho Internacional Público invocados por el denunciante, como la Observación General N° 19 sobre “El Derecho a la seguridad social”, así como la actual Ley General de la Persona con Discapacidad – vigente durante los hechos materia de denuncia –, no establecen expresamente la obligación de las compañías de seguros de contratar con las personas con discapacidad en el marco de los seguros privados que ofrecen en el mercado, por estar relacionados con la seguridad social.
25. Es importante resaltar que el artículo 2° numeral 24 literal a de la Constitución Política del Perú establece expresamente, en el marco del derecho fundamental a la libertad personal, que “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”. Asimismo, la Constitución señala que la iniciativa privada es libre³², estimula la libertad de empresa³³ y tutela la libertad contractual³⁴.

³² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 58°.- Economía Social de Mercado.** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

³³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 59°.- Libertad de Trabajo, Empresa, Comercio e Industria.** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

26. Por las consideraciones expuestas, las compañías de seguro como Rímac no se encuentran obligadas legalmente a contratar con personas con discapacidad, como la señorita Céliz. Un razonamiento contrario desconocería la ausencia de una regulación expresa y vulneraría la libertad personal, libertad de empresa y libre iniciativa privada constitucionalmente protegidas.
27. Finalmente, es importante destacar que el Vocal que suscribe el presente voto es consciente del derecho fundamental de las personas con discapacidad a acceder a servicios de salud de calidad. Sin embargo, considero que la promoción y tutela de ese derecho corresponde al Estado en el marco de la seguridad social o en todo caso a través de reformas legislativas, no pudiéndose obligar a un particular a asumir dicha labor.

La responsabilidad de Rímac

28. Se encuentra acreditado que el 8 de noviembre de 2010 Rímac se negó a contratar el seguro de asistencia médica "Red Salud", solicitado por el denunciante a favor de su hija, la señorita Céliz, de 24 años durante los hechos materia de denuncia, alegando que en ejercicio de su autonomía privada podía determinar libremente sus políticas de suscripción, siendo que las personas con Síndrome de Down como la señorita Céliz representaban un riesgo no asegurable pues tienen una probabilidad superior a la población, que no tiene esa condición, de desarrollar enfermedades colaterales. Según Rímac, de asegurar a personas con Síndrome de Down los índices de siniestralidad serían muy altos y con ello las primas se elevarían considerablemente y consecuentemente los seguros de salud serían económicamente inaccesibles³⁵.

El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

³⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2º.- Derechos de la Persona. Toda persona tiene derecho:**

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

³⁵ Todo lo anterior es reconocido por la propia denunciada, por ejemplo en la contestación de la denuncia (Ver fojas 87 y 88 del expediente).

29. Conforme a lo expuesto precedentemente y abundando en consideraciones, corresponde evaluar si los motivos alegados por Rímac califican como causas objetivas y justificadas, reconocidas por el artículo 38^o.3 del Código. Para tal efecto, el Vocal que suscribe el presente voto considera necesario aclarar cómo operan las compañías de seguros.
30. Sobre el particular, debo precisar que en el marco de la libertad de empresa y la libertad contractual protegidas por la Constitución Política del Perú citada previamente, las compañías de seguros son libres de determinar los riesgos que asumen y, por ende, de elegir a las personas con las cuales contratan. Ello ha sido ratificado por la SBS a través del Oficio 11612-2012-SBS de fecha 28 de marzo de 2012:

*“Como se ha señalado precedentemente, **las empresas de seguros tienen libertad de realizar la medición y selección de los riesgos que desean asumir**, considerando en la estructuración de sus productos las condiciones limitadoras y delimitadoras de los riesgos así como las exclusiones aplicables a las coberturas que contratan (...) Como consecuencia de ello, **las empresas de seguros, en ejercicio de su libertad de contratación pueden elegir a sus co-contratantes, en función de los riesgos que consideran administrar, sin perjuicio de cumplir con el marco legal vigente.***

***Las empresas de seguros sí podrían negar la cobertura de las materias asegurables que consideren riesgosas según los criterios establecidos en la estructuración de los productos que ofrecen.** Sin embargo, no podrán negar la posibilidad de contratar un seguro a quien, teniendo un régimen jurídico de protección especial, cumple con las características exigidas en el producto, como contratante, titular del objeto asegurable, y en suma a **quien cumple las condiciones de asegurabilidad**; lo contrario implicaría incurrir en un acto de discriminación³⁶.*

31. Tal como señala la doctrina, la existencia de individuos con una probabilidad de sufrir siniestros inferior a la media – individuos de bajo riesgo – y de

³⁶ En las fojas 443-446 del expediente.

individuos con una probabilidad de sufrir un siniestro por encima de la media – individuos de alto riesgo – implica, debido a la información asimétrica, problemas de selección adversa y de exclusión del mercado de los de bajo riesgo. Para evitar esta ineficiencia las compañías utilizan métodos de clasificación de riesgos (*risk classification*), que pueden incidir en la oferta de suscripción del seguro (*underwriting classification*), en la cobertura del seguro (*coverage classification*) o en la fijación del importe de la prima (*rating classification*):

- a) *Limitaciones en la suscripción del seguro (underwriting classification): Las limitaciones en la suscripción del seguro excluyen de la oferta a determinadas personas por el hecho de considerarse malos riesgos, es decir, se trata de una situación de falta de oferta. En este sentido, comúnmente se limita la posibilidad de suscribir seguros de vida a personas de una cierta edad.*
- b) *Limitaciones en la cobertura del seguro contratado (coverage classification): En segundo lugar, las limitaciones en la cobertura del seguro no operan ex ante, como las limitaciones en la suscripción, sino ex post, una vez hemos suscrito el contrato. En este caso, la limitación radica en el alcance de la cobertura del seguro, pues la aseguradora no se hará cargo de los daños producidos por determinados riesgos. Son muchas las limitaciones de este tipo que las compañías aseguradoras predisponen mediante Condiciones Generales de la Contratación. Aquí me limitaré a sistematizarlas en función de la finalidad a la que obedecen: en primer lugar, excluir comportamientos afectados por riesgo moral; en segundo lugar, excluir comportamientos afectados por selección adversa; y, finalmente, excluir determinados riesgos que resulten inasegurables debido a su impredecibilidad. (...)*
- c) *Fijación del importe de la prima según factores actuariales (rating classification) Finalmente, en lo que aquí más nos interesa, las compañías aseguradoras suelen cobrar un importe diferente a cada grupo de riesgo delimitado previamente mediante factores actuariales. Así, las aseguradoras tarifican el importe de las primas atendiendo a características definitorias del riesgo que el*

asegurado soporta, tales como la edad, la ocupación, los estilos de vida y, en especial, el sexo.”³⁷

32. Nótese como la compañía de seguros puede establecer limitaciones a la suscripción de seguros, esto es, negarse a contratar con determinados sujetos (underwriting classification). A este respecto, cabe traer a colación la noción de selección de riesgos, por la cual se entiende a la fase de contratación *“mediante la cual se procura la aceptación de sólo aquellos que por sus características propias se presume que no van a originar necesariamente resultados desequilibrados por no ser peores que el promedio de su categoría”³⁸*.
33. En este punto, cabe resaltar que la selección de riesgos no implica discriminación alguna, sino que su propósito es determinar el nivel de riesgo que representa cada persona asegurada para la compañía. Existe un grupo de individuos que no tienen mayor exposición al riesgo, pero también otro grupo que está expuesto a uno mayor y en consecuencia serán considerados con recargos tarifarios o tarifas superiores, e incluso algunos no podrán ser aceptados.
34. A modo de ejemplo, por lo general las compañías de seguros no suscriben seguros de vida con personas de avanzada edad. Ello se sustenta en que estas últimas tendencialmente se encuentran expuestas a un mayor riesgo en cuanto a su salud y, por tanto, incrementarían los costos que deben asumir las compañías de seguros para cubrir los respectivos siniestros. Lo anterior no constituye discriminación alguna, sino que más bien se trata de un trato diferenciado que obedece a causas objetivas y justificadas.
35. Un razonamiento contrario, obligaría a las compañías de seguros a contratar con absolutamente todos los sujetos que soliciten sus servicios, vulnerando su libertad de empresa y libertad de contratar, y desnaturalizándolas, convirtiéndolas en la práctica en una suerte de seguridad social que como ya señalamos persigue objetivos distintos y es responsabilidad del Estado.

³⁷ FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Seguros de vida y discriminación sexual” http://www.indret.com/pdf/254_es.pdf (p. 11-13). Es importante señalar que la Sala ya ha utilizado anteriormente este marco teórico. Cfr. la Res. 521-2012/SC2-INDECOPI.

³⁸ <http://www.mapfre.com/wdicionario/general/diccionario-mapfre-seguros.shtml>

36. En suma, teniendo en cuenta la legislación de la materia y la naturaleza del respectivo mercado, las compañías de seguros pueden determinar sus condiciones de asegurabilidad y por tanto son libres de elegir con quienes contratan, evitando asumir riesgos que consideren excesivos. Por ello, considero que si una compañía de seguros acusada de discriminación por negarse a contratar con determinada persona demuestra que la misma pertenece a un grupo que se encuentra expuesto a un mayor riesgo que el promedio de las personas, ello bastará para desvirtuar la discriminación y configurará mas bien un trato diferenciado lícito que obedece a causas objetivas y justificadas.
37. En el presente caso, la causa objetiva y justificada alegada por la denunciada ha sido, precisamente, que las personas con Síndrome de Down, a diferencia de quienes no poseen dicha condición, tienen mayor probabilidad de desarrollar determinadas enfermedades.
38. Al respecto, Rímac ha presentado artículos médicos e informes que confirman que las personas con Síndrome de Down tienen mayores probabilidades de desarrollar determinadas enfermedades, por ejemplo las cardíacas³⁹, en comparación con sujetos que no tienen dicha condición. Ello es confirmado por informes de médicos genetistas presentados por la Defensoría del Pueblo⁴⁰, siendo que dicha circunstancia no es materia controvertida en el presente procedimiento. Para el Vocal que suscribe el presente voto, ello acredita que la salud de las personas con Síndrome de Down se encuentra expuesta a un mayor riesgo que la de las personas que no tienen dicha condición.
39. En virtud de las consideraciones señaladas, en el presente caso evidentemente existió un trato diferenciado. Sin embargo, dicho trato diferenciado obedeció a causas objetivas y justificadas. Lo anterior, en términos similares al caso de las personas de avanzada edad en el ejemplo propuesto en párrafos anteriores.

³⁹ En las fojas 213 – 218 del expediente.

⁴⁰ En las fojas 151 y 158 del expediente.

40. Adicionalmente, es importante señalar que en la actualidad no existe una norma legal que obligue a las compañías de seguros a otorgar un seguro general aplicable a las personas que no tienen Síndrome de Down en favor de una persona que sí tiene dicha condición.
41. Toda prohibición legal conlleva una sanción en caso de incumplimiento, sin embargo debe tenerse presente que con arreglo a la Constitución solamente se pueden sancionar casos expresamente tipificados en la ley, lo que no ocurre en la presente denuncia que pretende crearse una obligación en vía de interpretación.
42. Podemos concluir entonces que no hay discriminación por parte de Rímac al negarse a otorgar una póliza de carácter general a una persona con Síndrome de Down.
43. Por último, debe precisarse que el hecho de que se haya constatado que Rímac afilia al seguro de asistencia médica "Red Salud" a personas con Síndrome de Down en determinados casos, esto es, cuando sus padres están asegurados y soliciten su inclusión a la póliza dentro de los 30 días siguientes a su nacimiento⁴¹, constituye simplemente una discrecionalidad de la compañía de seguros para casos puntuales en el marco de su libertad de empresa, y no la obliga a adoptar como política general la inclusión dentro de dicho seguro al resto de personas con Síndrome de Down que no cumplen dicha condición, como la señorita Céliz.
44. Piénsese en el caso de las compañías de seguros que generalmente no contratan seguros de vida con personas de avanzada edad, también en ejercicio de su libertad empresarial. Puede darse el caso que una de estas personas (de avanzada edad) previamente haya estado afiliada al seguro de vida solicitado, por lo que a través de una renovación se le asegura nuevamente. Estas excepciones a la regla se justifican en políticas de fidelización a los clientes que ingresaron al seguro en un momento de bajo riesgo debido a su corta edad. El hecho de que en ese caso puntual la compañía de seguros contrate con una persona de avanzada edad, no significa que esté obligada a adoptar como política general la contratación con todos los sujetos de dicho grupo.

⁴¹ En las fojas 89-90 del expediente. Ello es confirmado, además, en la foja 201 del expediente.

45. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en el marco del seguro de asistencia médica "Red Salud", que no es lo mismo asegurar dentro de un plan familiar a una persona con Síndrome de Down que permitir que absolutamente todas las personas con dicha condición puedan asegurarse de forma directa, en tanto el referido producto está diseñado para personas con riesgos promedios. Si se obligara a Rímac a esto último, nos encontraríamos frente a un grave problema de selección adversa pues se ahuyentaría a los sujetos de bajo riesgo que no desean asumir los sobrecostos (por ejemplo, un eventual incremento de la prima) ocasionados por el aseguramiento de sujetos de alto riesgo como las personas con Síndrome de Down (subsidio cruzado).
46. Un razonamiento contrario a lo señalado en los párrafos previos, que deduzca una obligación de asegurar a todas las personas con Síndrome de Down por el hecho de que discrecionalmente se ha asegurado a un grupo de ellas, lesionaría la libertad de empresa y la libertad de contratar de las compañías de seguros conforme a lo expuesto.
47. Por las consideraciones expuestas, el Vocal que suscribe el presente voto considera que debe declararse fundada la apelación interpuesta por Rímac y, en consecuencia, revocarse la resolución venida en grado, declarando infundada la denuncia.
48. Sin perjuicio de lo anterior, reitero que no desconozco que lo ocurrido con la hija del señor Céliz es lamentable y penoso, siendo comprensible y legítima la preocupación que estos temas despiertan en la sociedad civil, preocupación que es compartida por el Vocal que suscribe el presente voto. No obstante, considero que corresponde al Estado expedir un dispositivo legal que evite que este hecho se repita en el futuro.

OSCAR DARÍO ARRÚS OLIVERA
Vocal

El voto de los señores Vocales Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle y Hernando Montoya Alberti es el siguiente:

1. El artículo 10º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece como causales de nulidad del acto administrativo, la contravención a la ley, así como la omisión o defecto de sus requisitos de validez, entre los cuales se encuentra el procedimiento regular que debe preceder la emisión del acto⁴².
2. En ese orden de ideas, el artículo 234º.3 de dicho cuerpo normativo establece que para el ejercicio de la potestad sancionadora se debe cumplir con notificar a los administrados los hechos que se les imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos constituirían, la expresión de las sanciones que, de ser el caso, se podrían imponer, la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia⁴³.

⁴² **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 10º.- Causales de nulidad.** Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos. Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

5. **Procedimiento regular.-** Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

⁴³ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL Artículo 234º.- Caracteres del procedimiento sancionador.** Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

(...)

3. La notificación de los cargos permite que el presunto infractor esté informado de los hechos imputados, y su calificación como ilícitos administrativos, a efectos de poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa en el marco de un debido procedimiento⁴⁴.
4. El artículo 38º del Código establece que los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen, y de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas⁴⁵.
5. Tal como ha señalado la Sala en anteriores pronunciamientos⁴⁶, la norma en cuestión contempla dos tipos infractores: (i) el tipo básico de selección injustificada de clientela, contemplado en su segundo párrafo; y (ii) el tipo agravado de discriminación, contenido en el primer párrafo, que prohíbe de manera absoluta los actos de discriminación que afectan la dignidad del ser humano.
6. Aunque coloquialmente los consumidores puedan calificar como discriminación a cualquier trato diferenciado, la discriminación reviste una gravedad mayor dentro de este tipo de limitaciones pues aquí la restricción

⁴⁴ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

⁴⁵ **LEY Nº 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 38º.- Prohibición de discriminación de consumidores.** 38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

⁴⁶ A modo de ejemplo, véase la Res. 876-2012/SC2.

no sólo afecta el derecho a acceder o disfrutar los productos y servicios ofertados dentro de la dinámica regular de una economía social de mercado, sino que adicionalmente afecta la dignidad de las personas y socava las condiciones básicas para el desarrollo de una vida en sociedad.

7. En efecto, a diferencia del simple trato desigual que implica una selección arbitraria, en materia de discriminación la limitación de acceso a un servicio estaría dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos⁴⁷, siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes sólo una evidencia de tal desvaloración.
8. Por ello, los Vocales que suscriben el presente voto consideran que las denuncias por infracción del artículo 38º deben ser analizadas cuidadosamente por la Comisión en ejercicio de labor de encauzamiento⁴⁸ para determinar si, al margen de que se mencione el término “discriminación”, propiamente se trata de un caso de prácticas discriminatorias, o mas bien de selección injustificada de clientela.
9. En tal sentido, consideramos que cuando se impute inicialmente uno de los tipos infractores mencionados, y luego en el marco del procedimiento surjan indicios respecto del otro, la Comisión debe realizar una imputación adicional para incluir este último. Ello, en cumplimiento de su deber de encauzamiento previamente señalado. Cabe recordar que es perfectamente posible que la resolución final declare fundada una imputación y se desestime la otra, a la luz de lo que obre en el expediente.
10. En el presente caso, de una lectura de la denuncia queda claro que el señor Céliz denunció a Rímac por presuntamente haber discriminado a su hija, la señorita Céliz, al negarse a otorgarle el seguro de asistencia médica “Red

⁴⁷ La raíz de las prácticas discriminatorias se encuentra en la atribución, bajo paradigmas socio culturales – lamentablemente vigentes– de características o comportamientos no deseables a tales grupos humanos, impidiendo que los individuos sean juzgados por sus propios méritos y acciones, ocasionando que sufran los prejuicios de cierto segmento de la sociedad de manera injustificada y contraria al ordenamiento constitucional.

⁴⁸ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 75º.- Deberes de las autoridades en los procedimientos.** Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

(...)

3. Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.

Salud” debido a que tenía Síndrome de Down. Por ello, mediante Resolución 1 del 28 de abril de 2011 la Comisión únicamente imputó dicho tipo infractor.

11. Sin embargo, en sus descargos Rímac reconoció que afiliaba al seguro de asistencia médica “Red Salud” a menores de edad con Síndrome de Down cuando sus padres estaban asegurados y solicitaban su inclusión a la póliza dentro de los 30 días siguientes a su nacimiento⁴⁹.
12. Consideramos que en este escenario, la Comisión debió ampliar la imputación de cargos realizada en virtud de la Resolución 1 e incluir como presunta infracción la selección injustificada de clientela. Sin embargo, no lo hizo, y mediante Resolución 3329-2011/CPC se pronunció exclusivamente sobre la presunta discriminación en el consumo.
13. Por ello, corresponde anular tanto la Resolución 1 como la Resolución 3329-2011/CPC debido a que omitieron imputar y pronunciarse, respectivamente, sobre la presunta selección injustificada de clientela en que habría incurrido Rímac, lo cual vulneraría el artículo 38° del Código.
14. No obstante, debe tenerse en cuenta que el artículo 217° de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁵⁰ permite la integración en casos de nulidad cuando existan elementos suficientes para ello. Por tal motivo, y dado que en el presente procedimiento la propia Rímac reconoció que en algunos casos otorgaba el seguro “Red Salud” a personas con Síndrome de Down, sin explicar por qué pese a ello negó dicho seguro a la señorita Céliz, corresponde pronunciarse sobre dicha negativa, a efectos de determinar si se ha configurado discriminación o selección injustificada de clientela en agravio del artículo 38° del Código. Es importante resaltar que a lo largo del procedimiento la denunciada ha podido ejercer su derecho de defensa al respecto, es decir, explicar por qué en un caso aseguraba a personas con Síndrome de Down y por qué en otros no. Sin embargo, no lo ha hecho.

⁴⁹ En las fojas 89-90 del expediente. Ello es confirmado, además, en la foja 201 del expediente.

⁵⁰ **LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 217.- Resolución (...)** 217.2. Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la supuesta obligación de Rímac de asegurar a la señorita Céliz

15. A lo largo del procedimiento, el denunciante ha invocado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante, la Convención), alegando que en virtud de esta, Rímac estaría obligada a contratar el seguro de asistencia médica “Red Salud” a favor de la señorita Céliz, quien tiene Síndrome de Down y por ende es una persona con discapacidad. Debido a ello, consideramos necesario hacer algunas precisiones al respecto.
16. La referida Convención, en efecto, ha sido aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa 29127 del 31 de octubre de 2007 y por tanto forma parte del derecho nacional⁵¹. En su artículo 4º establece la siguiente obligación de los Estados Parte del Tratado:

**“CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS
Artículo 4º.- Obligaciones Generales**

2. **Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:**

(...)

b) *Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;*

(...)

[resaltado añadido]

⁵¹ Cabe recordar que este convenio internacional forma parte del derecho nacional conforme al artículo 55º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución por lo que resulta vinculante para el Estado peruano.

17. En aras de impedir la discriminación de las personas con discapacidad, la Convención añade en el mismo artículo 4º que:

**“CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS**

Artículo 4º.- Obligaciones Generales

1. (...) **los Estados Partes se comprometen a:**

(...)

e) *Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad; (...)*”

[resaltado añadido]

18. Respecto del caso puntual del derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad en la contratación de seguros de salud, la Convención ha previsto en su artículo 25º lo siguiente:

**“CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS**

Artículo 25º.- Salud

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. (...) En particular, los Estados Partes:

(...)

e) *Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable”.*

[resaltado añadido]

19. Como puede apreciarse, el Convenio establece obligaciones a cargo de los Estados miembros de velar por el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y adoptar medidas, por ejemplo legislativas, para prohibir cualquier tipo de discriminación contra ellos. De allí que los Vocales

que suscriben el presente voto consideren que no es vinculante el Convenio para sustentar una supuesta obligación de Rímac de incluir en sus seguros de salud convencionales a personas con discapacidad.

20. En efecto, no existe disposición alguna que obligue expresamente a las compañías de seguros (privadas) a asegurar a las personas con discapacidad. Es importante destacar que los seguros ofrecidos en el mercado por estas compañías, como el que es materia del presente procedimiento, responden a principios y lógicas totalmente distintas a la seguridad social.
21. Así, los seguros privados son ofrecidos en el mercado por las compañías de seguros en el marco de su libertad de empresa y persiguen indiscutiblemente fines de lucro legítimos, encontrándose regulados por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Ley 26702. La seguridad social, en cambio, se desarrolla en el marco de la equidad, la solidaridad y la facilidad de acceso a los servicios de salud conforme al artículo 1° de la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que regula dicha materia.
22. Así, respecto de la salud de las personas con discapacidad consideramos que en virtud del Convenio antes citado, los Estados miembros tienen la obligación indubitable de promover el ingreso de dichas personas dentro de sus planes de seguridad social. Sin embargo, como ya se señaló, de dicho Convenio no se desprende obligación alguna para una compañía de seguros respecto de los seguros privados que ofrece en el mercado.
23. En términos similares, los demás instrumentos de Derecho Internacional Público invocados por el denunciante, como la Observación General N° 19 sobre “El Derecho a la seguridad social”, así como la actual Ley General de la Persona con Discapacidad – vigente durante los hechos materia de denuncia –, no establecen expresamente la obligación de las compañías de seguros de contratar con las personas con discapacidad en el marco de los seguros privados que ofrecen en el mercado. Cabe reiterar que los seguros antes mencionados no están relacionados con la seguridad social, conforme a lo señalado previamente.
24. A la fecha de interponerse la denuncia regía en el Perú la Ley 27050 publicada el 6 de enero de 1999, denominada “Ley General de la persona

con discapacidad”, que buscaba promover los derechos de las personas con discapacidad en el Perú así como su integración social. La citada ley regula las obligaciones del Estado en materia de certificación, registro, salud, rehabilitación, educación, deporte, empleo y accesibilidad, estableciendo diversas acciones afirmativas a favor de las personas con discapacidad con el objeto de alcanzar su igualdad de oportunidades. Dicha norma no contiene ningún mandato a las empresas aseguradoras respecto a las pólizas de salud para personas discapacitadas.

25. Es importante señalar que el 14 de junio de 2012, con posterioridad a los hechos materia de la denuncia, ha sido aprobado por el Congreso de la República el proyecto de la “Ley General de las Personas con Discapacidad y de Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, el mismo que aun no ha sido promulgado por el Poder Ejecutivo. Dicho proyecto tiene por finalidad reemplazar a la actual Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 27050, y, como su nombre lo indica, implementar el Convenio adoptando, obligando al Estado a adoptar medidas, sobre todo legislativas, para promover los derechos de las personas con discapacidad.
26. De otro lado la ley aprobada en el Congreso, pero aún no promulgada señala en su artículo 27 (seguros de salud y de vida), “las aseguradoras están prohibidas de negarse a prestar cobertura de seguros de salud y de vida por motivos de discapacidad presente, pasada o futura. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP garantiza el acceso de las personas con discapacidad a los productos y servicios ofertados por las aseguradoras, y supervisa que las primas de los seguros se fijen de manera justa y razonable, sobre la base de cálculos actuariales y estadísticas valoradas individualmente.
27. El texto mencionado, a nuestro criterio, nos lleva a las siguientes conclusiones: En primer lugar, se establece la obligación de las aseguradoras a prestar coberturas de seguros de salud por motivos de discapacidad pero no a otorgar a determinado grupo de discapacitados pólizas estructuradas para no discapacitados. Esta conclusión se confirma con la segunda parte del artículo que señala que las primas de los seguros, se refiere a los seguros otorgados a los discapacitados, se fijen de manera justa y razonable sobre la base de cálculos actuariales y estadísticas valoradas individualmente. Es decir, el propio Congreso dispone que la prima de los seguros a personas discapacitadas, y por lo tanto las pólizas, se estructuren en base a cálculos actuariales y estadísticas para las coberturas

de cada tipo de asegurado. Esta disposición concuerda con la que reseñamos en el párrafo siguiente. En conclusión, aun en el supuesto negado que se pudiera aplicar retroactivamente la ley aprobada por el Congreso, estimamos que esta no obliga a otorgar coberturas de salud estructuradas en función de determinadas situaciones objetivas a personas que no se enmarcan dentro de dichas situaciones. A lo que obligará la ley, es a que las compañías de seguros, en función de las características de cada grupo y de los riesgos a la salud implícitos en dichas características, otorguen coberturas y que las primas de las mismas sean fiscalizadas por la SBS.

28. Asimismo lo dispuesto en el artículo 13 y siguientes del Reglamento de Póliza de Seguros y Notas Técnicas aprobadas por resolución N° 1420-2005 de fecha 16 de setiembre del 2005, de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras privadas de fondo de pensiones señala que, “las empresas (de seguros), deben sustentar las “primas puras de riesgo” sobre bases actuariales y estadísticas, de manera tal que se garantice el equilibrio técnico y financiero de sistema de beneficios, y el cumplimiento de las obligaciones con los asegurados derivadas a las coberturas de la pólizas de seguros que se emitan”.
29. Los Vocales que suscriben convienen en afirmar que todas las personas con discapacidad tiene los mismos derechos que el resto de la población para tomar un seguro de salud. Sin embargo, la condición de algunos grupos de discapacitados, lleva implícita un mayor riesgo a ser susceptible de enfermedades una vez contratada la póliza; por lo tanto no se puede pretender contratar una póliza general de salud, que ha sido creada para asegurados sin discapacidad.
30. Es importante resaltar que la Constitución reconoce que la iniciativa privada es libre⁵², que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria⁵³ y tutela la libertad contractual⁵⁴.

⁵² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 58°.- Economía Social de Mercado.** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁵³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 59°.- Libertad de Trabajo, Empresa, Comercio e Industria.** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

31. Por las consideraciones expuestas las Compañías de Seguro, como Rímac no se encuentran obligadas legalmente a otorgar una póliza general de salud a una persona con discapacidad, como la señorita Céliz. Un razonamiento contrario desconocería la ausencia de una regulación expresa y vulneraría la libertad personal, libertad de empresa y libre iniciativa privada constitucionalmente protegidas.
32. Finalmente, es importante destacar que los Vocales que suscriben el presente voto son conscientes del derecho fundamental de las personas con discapacidad a acceder a servicios de salud de calidad, dentro de los parámetros previstos en la Constitución y leyes reglamentarias.
33. No obstante, es importante señalar que, si una compañía de seguros, en el marco de su libertad de contratación decide voluntariamente otorgar un seguro de salud a personas con Síndrome de Down, deberá justificar por qué deniega a otras personas con el Síndrome de Down dicho seguro. Es decir, cual es la razón para brindar un trato diferenciado. De no ser así, la conducta debería recaer en un trato diferenciado injustificado.

Los actos tipificados en el artículo 38 del Código

34. El artículo 38° del Código citado precedentemente establece que los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen y de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y razonables.
35. Como ya se señaló líneas arriba, la norma en cuestión contempla dos tipos infractores: (i) el tipo básico de selección injustificada de clientela, contemplado en su segundo párrafo; y (ii) el tipo agravado de discriminación, contenido en el primer párrafo, que prohíbe de manera absoluta los actos de discriminación que afectan la dignidad del ser humano.

El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

⁵⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2º.- Derechos de la Persona. Toda persona tiene derecho:**

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

36. Por su parte, el artículo 39º establece las respectivas reglas probatorias. Así, la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la Administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Asimismo, corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada⁵⁵.

La selección de riesgos en el mercado de seguros

37. Los Vocales que suscriben el presente voto consideran pertinente, a modo de premisa, dar algunos alcances sobre la selección de riesgos realizada por las compañías de seguro.
38. En el marco de la libertad de empresa y la libertad contractual protegidas por la Constitución Política del Perú citada previamente, las compañías de seguros son libres de determinar los riesgos que asumen y, por ende, de elegir a las personas con las cuales contratan. Ello ha sido ratificado por la SBS a través del Oficio 11612-2012-SBS de fecha 28 de marzo de 2012:

*“Como se ha señalado precedentemente, **las empresas de seguros tienen libertad de realizar la medición y selección de los riesgos que desean asumir**, considerando en la estructuración de sus productos las condiciones limitadoras y delimitadoras de los riesgos así como las exclusiones aplicables a las coberturas que contratan (...) Como consecuencia de ello, **las empresas de seguros, en ejercicio de su libertad de contratación pueden elegir a sus co-celebrantes, en función de los riesgos que consideran administrar, sin perjuicio de cumplir con el marco legal vigente.**”*

⁵⁵ LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Artículo 39.- Carga de la prueba. La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

Las empresas de seguros sí podrían negar la cobertura de las materias asegurables que consideren riesgosas según los criterios establecidos en la estructuración de los productos que ofrecen. Sin embargo, no podrán negar la posibilidad de contratar un seguro a quien, teniendo un régimen jurídico de protección especial, cumple con las características exigidas en el producto, como contratante, titular del objeto asegurable, y en suma a **quien cumple las condiciones de asegurabilidad; lo contrario implicaría incurrir en un acto de discriminación⁵⁶.**

[resaltado añadido]

39. Es importante precisar que si bien el referido Oficio establece que no se puede negar la posibilidad de contratar un seguro a quien, teniendo un régimen jurídico de protección especial, cumple con las características exigidas en el producto, esto es, las condiciones de asegurabilidad, ello no se aplica a personas que se encuentran expuestas a un riesgo mayor al promedio, pues en principio estas no cumplen con las características exigidas por los seguros de salud convencionales, diseñados para personas expuestas a un riesgo ordinario.
40. Tal como señala Fernandez Crende, la existencia de individuos con una probabilidad de sufrir siniestros inferior a la media – individuos de bajo riesgo- y de individuos con una probabilidad de sufrir un siniestro por encima de la media –individuos de alto riesgo- implica, debido a la información asimétrica, problemas de selección adversa y de exclusión del mercado de los de bajo riesgo. Para evitar esta ineficiencia las compañías utilizan métodos de clasificación de riesgos –*risk classification*-, que pueden incidir en la oferta de suscripción del seguro –*underwriting classification*-, en la cobertura del seguro –*coverage classification*- o en la fijación del importe de la prima –*rating classification*-:
- a) *Limitaciones en la suscripción del seguro (underwriting classification): Las limitaciones en la suscripción del seguro excluyen de la oferta a determinadas personas por el hecho de considerarse malos riesgos, es decir, se trata de una situación de falta de oferta. En este sentido,*

⁵⁶ En las fojas 443-446 del expediente.

comúnmente se limita la posibilidad de suscribir seguros de vida a personas de una cierta edad.

- b) *Limitaciones en la cobertura del seguro contratado (coverage classification): En segundo lugar, las limitaciones en la cobertura del seguro no operan ex ante, como las limitaciones en la suscripción, sino ex post, una vez hemos suscrito el contrato. En este caso, la limitación radica en el alcance de la cobertura del seguro, pues la aseguradora no se hará cargo de los daños producidos por determinados riesgos. Son muchas las limitaciones de este tipo que las compañías aseguradoras predisponen mediante Condiciones Generales de la Contratación. Aquí me limitaré a sistematizarlas en función de la finalidad a la que obedecen: en primer lugar, excluir comportamientos afectados por riesgo moral; en segundo lugar, excluir comportamientos afectados por selección adversa; y, finalmente, excluir determinados riesgos que resulten inasegurables debido a su impredecibilidad. (...)*
- c) *Fijación del importe de la prima según factores actuariales (rating classification) Finalmente, en lo que aquí más nos interesa, las compañías aseguradoras suelen cobrar un importe diferente a cada grupo de riesgo delimitado previamente mediante factores actuariales. Así, las aseguradoras tarifican el importe de las primas atendiendo a características definitorias del riesgo que el asegurado soporta, tales como la edad, la ocupación, los estilos de vida y, en especial, el sexo.”⁵⁷*

41. *Nótese como la compañía de seguros puede establecer limitaciones a la suscripción de seguros, esto es, negarse a contratar con determinados sujetos (underwriting classification). A este respecto, cabe traer a colación la noción de selección de riesgos, por la cual se entiende a la fase de contratación “mediante la cual se procura la aceptación de sólo aquellos que por sus características propias se presume que no van a originar necesariamente resultados desequilibrados por no ser peores que el promedio de su categoría”⁵⁸.*

⁵⁷ FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Seguros de vida y discriminación sexual” http://www.indret.com/pdf/254_es.pdf (p. 11-13). Es importante señalar que la Sala ya ha utilizado anteriormente este marco teórico. Cfr. la Res. 521-2012/SC2-INDECOPI.

⁵⁸ <http://www.mapfre.com/wdicionario/general/diccionario-mapfre-seguros.shtml>

42. En este punto, cabe resaltar que la selección de riesgos no implica discriminación alguna, sino que su propósito es determinar el nivel de riesgo que representa cada persona asegurada para la compañía. Existe un grupo de individuos que no tienen mayor exposición al riesgo, pero también otro grupo que está expuesto a una mayor, y en consecuencia serán considerados limitaciones o exclusiones en la suscripción de un seguro, limitaciones en la cobertura del mismo, y eventualmente primas mayores.
43. Un razonamiento contrario obligaría a las compañías de seguros a otorgar pólizas de seguros de salud general a las personas con Síndrome de Down, no obstante que estas pólizas han sido elaboradas con los parámetros de personas que no sufren de esta discapacidad, con lo cual se vulneraría la libertad de empresa y de contratación, desnaturalizando las pólizas y poniendo en riesgo los objetivos de los seguros privados.
44. En consecuencia, la negativa a otorgar un seguro general a una persona discapacitada con el Síndrome de Down corresponde en este caso a una causa objetiva y razonable, no habiendo probado la denunciante que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Trato diferenciado injustificado de Rimac.

45. Se encuentra acreditado que el 8 de noviembre de 2010 Rímac se negó a contratar el seguro de asistencia médica "Red Salud", solicitado por el denunciante a favor de su hija, la señorita Céliz, de 24 años durante los hechos materia de denuncia, alegando que en ejercicio de su autonomía privada podía determinar libremente sus políticas de suscripción, siendo que las personas con Síndrome de Down representaban un riesgo no asegurable pues tienen una probabilidad superior a la población, que no tiene esa condición, de desarrollar enfermedades colaterales.
46. Sin embargo, en el presente caso existe otra circunstancia que descarta de plano la discriminación denunciada, conforme se explicará a continuación.
47. En sus descargos de primera instancia Rímac reconoció que aseguraba personas con Síndrome de Down en determinados supuestos:

“...nuestra compañía sí asegura a personas con dicho síndrome, siempre y cuando éstas nazcan durante la cobertura de una póliza emitida con anterioridad a tal nacimiento. Así se desprende de nuestro Condicionado General, cuyo literal a) del artículo 11° establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 11 – ENFERMEDADES, TRATAMIENTOS Y OTROS GASTOS NO CUBIERTOS”

La presente Póliza no cubre causas, consecuencias ni complicaciones de un tratamiento médico y/o quirúrgico no cubierto por este plan, así como los asuntos relacionados con lo siguiente:

a) Enfermedades y/o defectos congénitos y gastos derivados de causas derivadas de causas relacionadas (de acuerdo al CIE-10) salvo en el caso de dependientes cuyo nacimiento fuera amparado por la Póliza y que fueran incluidos en la Póliza dentro de un periodo máximo de treinta (30) días calendario hasta el límite especificado en el Plan de Beneficios (...)

La misma premisa se desprende de las Políticas de Suscripción de Pólizas Modulares aprobadas por nuestra compañía, las cuales establecen que “la inclusión de recién nacidos, cuyo nacimiento haya sido amparado por la póliza, deberá de realizarse dentro de los 30 primeros días al nacimiento a fin de adquirir cobertura de enfermedades congénitas, si el producto la tuviera. Puede realizarse automáticamente, con carta simple del cliente indicando los datos básicos del recién nacido. Toda inclusión posterior a los 30 días de nacido, deberá considerarse como endoso de inclusión y deberá completar la Solicitud de Seguro y Declaración Jurada de Salud para la evaluación correspondiente”

En tal sentido, la cobertura de una enfermedad congénita (como el Síndrome de Down) es posible en la medida que los padres de quien

adolece dicha enfermedad, soliciten su inclusión a la Póliza dentro de los 30 días siguientes a su nacimiento. Si se pretendiese una inclusión con posterioridad a dicho plazo, nuestra compañía evaluaría la solicitud⁵⁹.

[resaltado añadido]

48. En opinión de los Vocales que suscriben el presente voto, el hecho que Rímac haya venido asegurando en algunos casos a personas con Síndrome de Down, hecho que ha sido resaltado por el abogado de la denunciante en el informe oral demuestra que no hay un trato discriminatorio a las personas discapacitadas que tienen el síndrome indicado. Al respecto nos permitimos señalar que en el expediente 578-2011/CPC seguido ante la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 se ha emitido la resolución N° 3031-2011/CPC en la cual se concluyó que no existía discriminación en tanto, en el mismo año de estudios se encontraban matriculados dos niños discapacitados.
49. Al respecto, el 21 de octubre de 1998 con ocasión de una resolución de la Sala de Derecho Público de la Corte Suprema de Lima, INDECOPI publicó un comunicado afirmando “tampoco estamos de acuerdo con lo afirmado por la Sala en el sentido que no habría discriminación si solo se afectan a algunos consumidores y no a todo un grupo social sin excepciones”.
50. El caso resuelto por el Poder Judicial tenía por objeto declarar la nulidad de una resolución del Tribunal del INDECOPI en una denuncia de discriminación por cuestiones raciales con ocasión del ingreso a locales abiertos al público.
51. A nuestro criterio esta apreciación es válida en función al acto de consumo y a las personas involucradas ya que la discriminación se produjo sin ninguna causa objetiva razonable y solo por la raza de las personas.
52. En el caso materia de este expediente, el pretendido acto de consumo fue negado como lo hemos señalado por razones objetivas y razonables ya que reiteramos no era congruente otorgar una póliza de consumo general de

⁵⁹ En las fojas 89-90 del expediente. Ello es confirmado, además, en la foja 201 del expediente.

salud, creada y calculada en función a un universo de consumidores y aplicarla a personas con características diferentes.

53. A este respecto, es importante reiterar que a diferencia de la selección injustificada de clientela, en materia de discriminación la limitación de acceso a un servicio está dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos. Si en algunos casos Rímac asegura a personas con Síndrome de Down, ello desvirtúa cualquier desvaloración del grupo humano conformado por sujetos con dicha condición.
54. Sin perjuicio de lo anterior, surge la pregunta ¿por qué Rímac Seguros asegura en algunos casos a personas con Síndrome de Down y en otros no?
55. Al respecto, Rímac no dio explicación alguna sobre este trato diferenciado al momento de negarse a asegurar a la señorita Céliz. Asimismo, tampoco justificó dicho trato diferenciado en el marco del procedimiento. Lo anterior, pese a que a la denunciada le correspondía la carga de defenderse y probar conforme al marco legal previamente expuesto que tenía una justificación para negar el seguro.
56. Por ello, en opinión de los Vocales que suscriben el presente voto, la negativa injustificada de otorgar a la señorita Céliz el seguro de asistencia médica "Red Salud, a diferencia de las personas con Síndrome de Down que sí pueden acceder a los seguros de salud de la denunciada, configura un supuesto de selección injustificada de consumidor, y no un trato diferenciado discriminatorio dado que se ha probado en el expediente que RIMAC sí asegura a personas con Síndrome de Down.
57. Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar infundada la denuncia por infracción del artículo 38° del Código, respecto de la presunta discriminación que habría sufrido la hija del denunciante, y, de otro lado, se declara fundada la misma por infracción de los referidos artículos en tanto se configuró el tipo básico de selección injustificada de clientela.

Graduación de la sanción

58. El artículo 110° del Código establece que el Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a dicho cuerpo legislativo con amonestación o

multas de hasta 450 UIT, dependiendo de la gravedad del caso particular⁶⁰. Por su parte, el artículo 112° regula los diversos criterios para graduar la respectiva sanción administrativa, entre los cuales se encuentra el daño resultante de la infracción. Asimismo, contempla entre las atenuantes especiales “la presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria que coincida con la medida correctiva ordenada por el Indecopi”⁶¹.

⁶⁰ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 110.- Sanciones administrativas.** El Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de

la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

(...)

⁶¹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.** Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
2. La probabilidad de detección de la infracción.
3. El daño resultante de la infracción.
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.

Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:

1. La reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.
2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.
3. Cuando la conducta infractora haya puesto en riesgo u ocasionado daño a la salud, la vida o la seguridad del consumidor.
4. Cuando el proveedor, teniendo conocimiento de la conducta infractora, deja de adoptar las medidas necesarias para evitar o mitigar sus consecuencias.
5. Cuando la conducta infractora haya afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.

59. En el presente caso, los Vocales que suscriben el presente voto consideran que la selección injustificada de clientela de la que fue víctima la señorita Céliz le ocasionó un daño pues vulneró su derecho a gozar de seguros de salud en términos similares a las otras personas con Síndrome de Down que Rímac aceptó haber asegurado.
60. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que no se configuró el tipo agravado de discriminación en el consumo, sino el tipo básico de selección injustificada de clientela.
61. Ahora bien, en el presente caso ha quedado acreditado que durante el procedimiento Rímac ofreció al señor Céliz el seguro materia de denuncia

6. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular.

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

1. La subsanación voluntaria por parte del proveedor del acto u omisión imputado como presunta infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.
2. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria que coincida con la medida correctiva ordenada por el Indecopi.
3. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.
4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:
 - a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.
 - b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.
 - c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.
 - d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.
 - e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
 - f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.

5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas dependiendo de cada caso particular.

para su hija, siendo que aquel rechazó tal oferta⁶² En tal sentido, apreciamos que la propuesta de Rímac es similar a la medida correctiva ordenada en los párrafos siguientes, configurándose el atenuante antes referido.

62. Por las consideraciones expuestas, corresponde sancionar a Rímac con una multa de 20 UIT.

Medida correctiva

63. El artículo 114^o del Código establece que, sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias. Por su parte, el artículo 115^o de dicho cuerpo legal señala que las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte⁶³.

⁶² En las fojas 157 – 159 y 184 – 185 del expediente.

⁶³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 114.- Medidas correctivas.** Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias.

Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

Artículo 115.- Medidas correctivas reparadoras

115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente:

- a. Reparar productos.
- b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.
- c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.
- d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.
- e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.

64. En el presente caso, y teniendo en cuenta la conducta infractora previamente detectada, corresponde ordenar como medida correctiva que en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados a partir de que el denunciante comunique a Rímac que aún se encuentra interesado, la referida empresa cumpla con otorgar a la señorita Céliz el seguro de salud que tienen las personas con Síndrome de Down que Rímac ha reconocido haber asegurado.

FRANCISCO PEDRO ERNESTO MUJICA SERELLE
Vicepresidente

HERNANDO MONTOYA ALBERTI
Vocal

f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.

g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.

h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.

i. Otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores.

(...)

Dado que se ha producido un empate en la votación de la presente resolución, el Presidente de la Sala hace ejercicio de su voto dirimente establecido en el artículo 14° de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1033, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 09-2009-PCM, siendo el sentido de la resolución el voto adoptado por los señores Vocales Camilo Nicanor Carrillo Gómez y Miguel Antonio Quirós García. Por ello, se resuelve lo siguiente:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 3329-2011/CPC del 13 de diciembre de 2011, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, que declaró fundada la denuncia del señor Miguel Angel Céliz Ocampo en contra de Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, debido a que la denunciada incurrió en un acto de discriminación al haber impedido injustificadamente la suscripción de la hija del denunciante al seguro de asistencia médica “Red Salud”.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 3329-2011/CPC en el extremo referido a la medida correctiva ordenada, precisando que consiste en lo siguiente “*que en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados a partir de que el señor Miguel Angel Céliz Ocampo comunique a Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros que aún se encuentra interesado en el seguro de asistencia médica “Red Salud” para su hija, la referida empresa cumpla con atender de forma favorable la solicitud de seguro presentada por el denunciante*”.

TERCERO: Revocar la Resolución 3329-2011/CPC en el extremo que sancionó a Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros con una multa de 50 UIT y, reformándolo, imponer a la denunciada una multa de 45 UIT.

CUARTO: Solicitar al Consejo Directivo del INDECOPI la publicación de la presente Resolución y, consecuentemente, de todos los votos que la conforman en el Diario Oficial “El Peruano” para su conocimiento y difusión.

CAMILO NICANOR CARRILLO GÓMEZ
Presidente