

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada

Informe sobre Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI

Autor

Angobaldo Rondón, Alessandra

Revisor

Raúl Roy Solórzano Solórzano

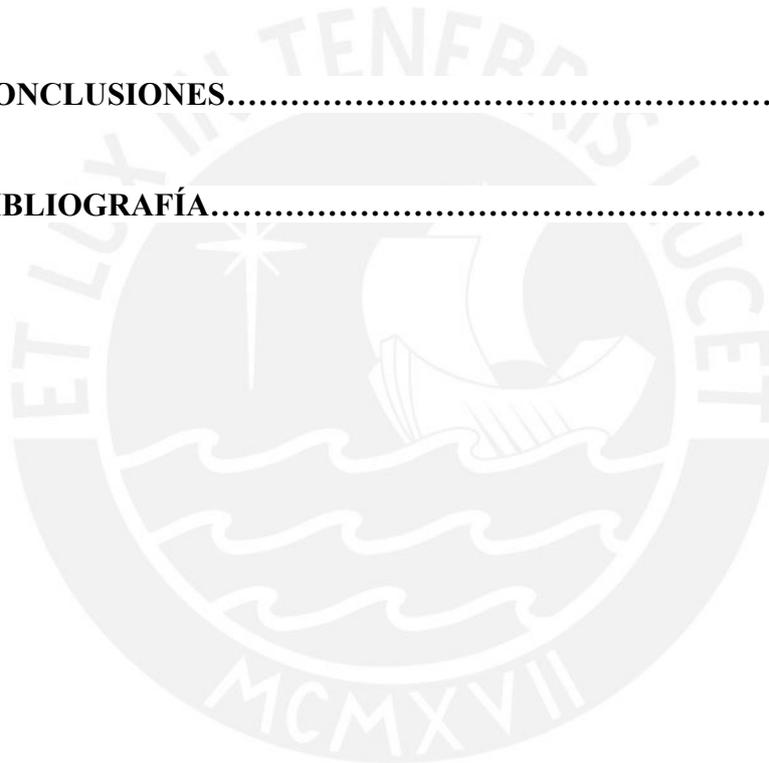
Lima, 2021

Resumen del caso

El presente informe aborda la Resolución **2135-2012/SC2-INDECOPI** mediante la cual se confirma la Resolución 3329-2011/CPC de primera instancia y se sanciona a Rímac por discriminación en el consumo al haber impedido la suscripción de la hija del denunciante al seguro “Red Salud” debido a que ella tenía Síndrome de Down. Consideramos que Rímac actuó bajo el Principio de Legalidad pues, en el momento de la denuncia, ninguna norma le exigía que asegure a personas con discapacidad, muy aparte de aquello que solidariamente y de buena fe podría haber hecho. Asimismo, el obligar a Rímac a otorgar el mismo seguro de salud para una persona con necesidades especiales, que debe tener una mayor protección, no resulta en un servicio idóneo para dicha persona y para cubrir sus requerimientos de salud. La seguridad social es un derecho humano, pero también exigible a los Estados y obligar a las empresas privadas a brindar esos servicios no es la solución. El objetivo del presente informe es probar dichas hipótesis. En conclusión, Rímac tiene un derecho a la libertad de empresa protegido constitucionalmente y los informes de genetistas que indican que las personas con discapacidad representan un mayor riesgo debieron atenderse como causa objetiva para el trato diferenciado.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	JUSTIFICACIÓN.....	3
III.	HECHOS RELEVANTES.....	5
IV.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	11
V.	CONCLUSIONES.....	31
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	34



I. INTRODUCCIÓN

Resolución	2135-2012/SC2-INDECOPI (Expediente 272-2011/CPC)
Área del Derecho	Protección al Consumidor
Instancia	Sala de Defensa de la Competencia N° 2
Denunciante	Miguel Ángel Céliz Ocampo
Denunciada	Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros
Asesor	Raúl Solórzano
Fecha	12 de setiembre de 2021

El presente informe abordará la Resolución **2135-2012/SC2-INDECOPI** mediante la cual se confirma la Resolución 3329-2011/CPC de primera instancia y se sanciona a Rímac Internacional Compañía de Seguros por infringir el Código de Protección y Defensa del Consumidor; específicamente por discriminación en el consumo. Según la Resolución, el proveedor denunciado incurrió en un acto de discriminación al haber impedido injustificadamente la suscripción de la hija del denunciante al seguro de asistencia médica “Red Salud” debido a que ella tenía Síndrome de Down. Se le ordenó a Rímac que atienda la solicitud de afiliación a favor de la señorita Sandra Paloma Céliz Rossi y se redujo la multa de 50 Unidades Impositivas Tributarias a 45 UIT.

Este es un caso muy importante porque sentó las bases de los criterios de discriminación efectuada por compañías de seguros. Luego de esta resolución, otras siguen la misma línea y argumentación cuando se trata de discriminación en el consumo por discapacidad en temas de seguros y salud.

De los hechos relevantes de la resolución, se debe resaltar que existieron votos en desacuerdo con la decisión final, lo que supone realizar un mayor análisis de lo definido por la Sala. El Presidente de la Sala hizo uso de su voto dirimente para confirmar la resolución. A nuestro parecer, ésta carece de sustento suficiente para sancionar a la compañía de seguros por discriminación en el consumo. Asimismo, existen tres opiniones e interpretaciones distintas respecto de lo fallado en primera instancia. En el presente informe, analizaremos los problemas jurídicos que nos llevan a hacer tal afirmación.

Es claro que la discriminación debe ser sancionada siempre que no exista una justificación objetiva para ella, pero es difícil marcar un límite entre aquello que como Estado se debe garantizar; la protección de grupos con características especiales, y aquello que se obliga a las empresas a realizar en pos de dicha protección. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define al término discapacidad como *“una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”* En este sentido, es distinto diferenciar a un consumidor por su raza que, por su discapacidad, pues esta última implicará, en algunos casos, la creación de un bien o servicio con características especiales, por ejemplo en el mercado de seguros de salud.

Tal vez aumentar las primas o las exclusiones generales de un producto específico no sea lo más eficiente y apropiado para atender el requerimiento del consumidor y al mismo tiempo respetar su libertad empresarial. Tal vez lo mejor es crear un seguro nuevo. Surge la duda de si se debe obligar a las empresas de seguros a incurrir en los gastos para adaptar todos los seguros a los distintos grupos protegidos o si están en su derecho de no asegurar a aquellas personas que presenten mayores riesgos. Hasta qué punto debe la empresa privada subsidiar este tipo de casos. Ello es lo que analizaremos en el presente informe.

II. JUSTIFICACIÓN

El presente caso pone en evidencia la falta de protección con la que cuentan las personas discapacitadas en un tema tan relevante como el acceso a la salud. La denunciante podía acceder a un seguro privado, pero ese no es el caso de muchos discapacitados a nivel nacional que son atendidos por la salud pública. Nadie quiere negar un servicio de salud a una persona que merece una protección especial y creemos que por eso la Sala falla de la manera que lo hace. Luego de dicha resolución, por más que existen otros casos de discriminación por discapacidad, la sanción cumple con que las compañías de seguros lo piensen dos veces antes de negarle un seguro a alguien discapacitado.

La discriminación es un tema delicado que debe abordarse en un país tan heterogéneo como el Perú. Todos nos hemos sentido discriminados alguna vez y ello afecta nuestra dignidad como personas. En el Perú, siempre habrá alguien más blanco y rico que uno y ese es un pensamiento que se debe erradicar de nuestra mente y de nuestra sociedad.

Nuestros familiares con discapacidad deben tener una tutela especial de sus derechos, pero ello no implica transgredir los derechos de los demás. Las empresas privadas tienen derecho a producir los bienes y servicios que les permitan generar ganancias y seguir participando en una libre economía de mercado. Deben, sin duda, cumplir con un principio de solidaridad hacia la sociedad, pero es excesivo pedirles que atiendan casos que el Estado no está en capacidad de resolver como lo es el acceso a la salud de todos los ciudadanos.

El particular irá y reclamará donde pueda para conseguir para su familiar una tutela y el mejor servicio que pueda conseguir, pero ello porque el Estado falla en proporcionar algo que debería estar garantizado para todos. Sabemos que no podemos idealizar el rol del Estado, pero deben existir otros mecanismos más eficientes y menos lesivos como imponer a las empresas privadas actuar, a nuestro parecer, en contra de su legítimo interés y visión estratégica. En un mundo ideal, Estado y privados trabajan juntos para lograr sinergia, cooperan y crean convenios para que la economía social de mercado se consolide y los derechos de los ciudadanos más vulnerables, y de los ciudadanos en general, jamás se vean afectados. ¿Es esto acaso posible? ¿Por qué imponer cuando se pueden crear alianzas? ¿Por qué castigar cuando se pudo lograr un producto mucho más eficiente e

inclusivo si tan solo las instituciones estatales, grupos de la sociedad civil y empresas privadas hubieran trabajado juntos y previsto oportunidades de crecimiento y desarrollo en beneficio de todos?



III. HECHOS RELEVANTES

1. En octubre de 2010, Miguel Ángel Céliz pidió la inscripción de su hija con Síndrome de Down, Sandra Paloma Céliz Rossi, al seguro de asistencia médica Red Salud de Rímac. La empresa de seguros rechazó la inscripción indicando que, en ejercicio de su autonomía privada, podía definir cuáles riesgos eran asegurables y cuáles no.
2. En enero de 2011, Miguel Ángel Céliz denunció a Rímac por infracciones a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, ante Indecopi y dicha denuncia se admitió a trámite en abril de dicho año.
3. Mediante Resolución 3329-2011/CPC de diciembre de 2011, la Comisión de Protección al Consumidor declaró fundada la denuncia por infracción a los artículos 1.1° literal d) y 38° del Código en cuestión. Ordenó que Rímac atienda la solicitud de afiliación, sancionó a Rímac con una multa de 50 UIT y solicitó el inicio de una investigación de oficio para confirmar si en el mercado de seguros las compañías realizaban estas prácticas discriminatorias.

Entre los fundamentos más importantes de la primera resolución se mencionaron los siguientes:

- Que la legislación supranacional y nacional en materia de igualdad y de no discriminación debía inspirar las decisiones administrativas y judiciales.
- Que Rímac no acreditó una causa objetiva y razonable que sustentara su negativa a la suscripción al seguro Red Salud y que el rechazo se argumentó únicamente en el hecho de que la denunciante tenía una condición genética.
- Que Rímac sí aseguraba a personas con Síndrome de Down siempre y cuando hubieran nacido durante la cobertura de una póliza emitida con anterioridad a dicho nacimiento.
- Que el propio contrato de seguros preveía la posibilidad de atender a personas con determinadas condiciones congénitas con la restricción de excluir de la cobertura del seguro las enfermedades derivadas de tal condición. Por ello,

resultaba evidente que la negativa de Rímac, de aceptar la afiliación de la señorita Céliz al seguro era injustificada y discriminatoria.

4. Rímac apeló la decisión de la Comisión alegando lo siguiente:

- Que las personas con Síndrome de Down tenían un mayor riesgo de contraer enfermedades por lo que el riesgo no era asegurable.
- Que el oficio 11612-2012-SBS de la Superintendencia de Banca y Seguros garantizaba la libertad de Rímac de gestionar sus riesgos y elegir con quien contratar.
- Que como proveedor no tenían la obligación de ofrecer productos o servicios que no se sentían capaces de ofrecer y de subsidiar ciertos servicios. Dichos costos podrían ser trasladados a otros asegurados afectando gravemente el mercado.
- Que para ajustar el seguro Red Salud a una persona con Síndrome de Down se requerían estudios actuariales con los cuales no contaba en ese momento.
- Que no existía una medida menos lesiva que el rechazo a la solicitud del denunciante y su actuar calificaba como un trato diferenciado lícito sustentado en razones objetivas y justificadas.

5. En febrero de 2012, el señor Céliz añadió los siguientes argumentos:

- Que el Estado debía remover las barreras que impiden que las personas con discapacidad accedan a sus derechos, según se podía concluir de los tratados internacionales, la Constitución y el marco legal peruano.
- Que la decisión de Rímac no cumplía con el Test de Razonabilidad que debe ser utilizado para resolver casos de discriminación.
- Que la seguridad social como derecho humano y el mandato de no discriminación constituían un límite a la libertad de contratación de las empresas.
- Que Rímac sí afiliaba a otras personas con Síndrome de Down, por lo que no resultaba comprensible que no tenga los estudios estadísticos respectivos.

6. Mediante Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI se confirmó el pronunciamiento inicial indicando que Rímac incurrió en un acto de discriminación al haber impedido la suscripción de la hija del denunciante injustificadamente. En este sentido; Rímac debía asegurar a la Red Salud a la hija del denunciante y pagar una multa de 45 UIT, menor a la inicialmente impuesta.
7. Cabe resaltar que el Presidente de la Sala, hizo ejercicio de su voto dirimente pues existió un empate en la votación de la resolución. El Presidente Camilo Nicanor Carrillo y el Vocal Miguel Antonio Quirós sustentaron su voto de la siguiente manera:
- Que al momento de rechazar la solicitud de inscripción al seguro, Rímac no presentó justificación alguna para acreditar la alta siniestralidad de las personas con Síndrome de Down. Asimismo, no realizó un examen médico de la denunciante. Rímac presentó informes de médicos genetistas de la Defensoría del Pueblo recién durante el procedimiento administrativo.
 - Que la libertad de empresa debía respetar el derecho del consumidor a no ser discriminado.
 - Que en determinados casos – cuando los padres asegurados de quien adolece dicha enfermedad solicitan la inclusión de su hijo/a dentro de los treinta días siguientes de su nacimiento – Rímac sí aseguraba el supuesto riesgo no asegurable.
 - Que de ello se desprendía que no le era imposible hacer el ajuste de primas para asegurar a la denunciante. Por lo tanto, no existía una causa objetiva para negarse pues Sandra Céliz cumplía con las características exigidas en el seguro de asistencia médica.
 - Que la negativa de Rímac no cumplía con el test de razonabilidad utilizado por el Tribunal Constitucional para evaluar casos de discriminación pues fallaba en el criterio de necesidad. Rímac, con la finalidad de no asumir pérdidas económicas por asegurar riesgos de este tipo, podría haber hecho valer exclusiones de póliza o elevar el monto de la prima.
 - Que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala que los Estados Partes deben tomar las medidas para modificar o

derogar costumbres y prácticas que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

- Que la graduación de la sanción se sustentaba en el daño causado a la denunciante y los efectos generados en el mercado. Asimismo, la salud de la denunciante pudo perjudicarse por lo que la discriminación resultaba aún más grave.
8. Por otro lado, el voto del Vocal Oscar Darío Arrús, que consideraba debía declararse fundada la apelación de Rímac, se esbozó de la siguiente manera:
- Que 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 se aprobó luego de los hechos que dieran inicio a la denuncia y que la Convención no establecía obligaciones concretas a los particulares, pero sí a los Estados Parte. En este sentido, no debía invocarse la Convención para sustentar una obligación legal de Rímac de incluir en sus seguros de salud a personas con discapacidad.
 - Que los seguros privados eran ofrecidos en el mercado en el marco de la libertad de empresa de las compañías de seguros. La seguridad social, en cambio, se desarrolla en el marco de la equidad y la facilidad de acceso a los servicios de salud y debía ser resguardada por el Estado o en todo caso a través de reformas legislativas, no pudiéndose obligar a un particular a asumir dicha labor.
 - Que en el marco de la libertad de empresa, las compañías de seguros eran libres de determinar los riesgos que asumen y de elegir a las personas con las cuales contratan. La selección de riesgos no implica discriminación y la SBS lo tiene establecido en su normativa.
 - Que la causa objetiva y justificada fue que las personas con Síndrome de Down tenían mayor probabilidad de desarrollar determinadas enfermedades.
 - Que el hecho de que Rímac afiliara a personas con Síndrome de Down en determinados casos constituía una elección de la compañía y de fidelización de sus clientes ya afiliados.

- Que obligar a Rímac a asegurar a personas con más riesgo ahuyentaría a los sujetos de bajo riesgo que no desean asumir los sobrecostos por ejemplo de un eventual incremento de prima.
9. Finalmente, los Vocales Francisco Pedro Ernesto Mujica y Hernando Montoya votaron de la siguiente manera:
- Que el Código de Protección y Defensa del Consumidor contemplaba dos tipos de infracciones; (i) el tipo básico de selección injustificada de clientela y (ii) el tipo agravado de discriminación que prohíbe de manera absoluta los actos de discriminación que afectan la dignidad del ser humano.
 - Que se debió ampliar la imputación de cargos e incluir como presunta infracción la selección injustificada de clientela.
 - Que a lo largo del procedimiento, Rímac pudo ejercer su derecho de defensa y explicar por qué en un caso aseguraba a personas con Síndrome de Down y en otros no, pero no lo hizo.
 - Que no es vinculante el Convenio sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de las Naciones Unidas para sustentar una supuesta obligación de Rímac. 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.
 - Que los Estados miembros tienen la obligación de promover el ingreso de las personas con discapacidad dentro de sus planes de seguridad social.
 - Que la negativa de Rímac correspondía a una causa objetiva y razonable pues no se podía otorgar una póliza de consumo general y aplicarla a personas con características diferentes. Sin embargo, el hecho que Rímac aseguraba en algunos casos a personas con Síndrome de Down corresponde a una selección injustificada de consumidor. Se vulneró el derecho de la denunciante de gozar de seguros de salud en términos similares a las otras personas con Síndrome de Down que Rímac aseguraba.
 - Que correspondía sancionar a Rímac con una multa de 20 UIT.

10. A pesar de los votos en contra de los tres Vocales que consideraban que no se había configurado el tipo infractor denominado discriminación, finalmente se confirma la resolución apelada y se sanciona a Rímac por discriminación con una multa de 45UIT.



IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1 ¿La negativa de afiliación de Rímac constituye una infracción al deber de no discriminación descrita en el Código de Protección y Defensa del Consumidor?

Consideramos que el principal problema a analizarse es si existió discriminación según lo indicado en el Código. A nuestro parecer, Rímac no realizó discriminación al negarse a suscribir a la persona con Síndrome de Down al seguro Red Salud. Encontraremos la respuesta al problema principal resolviendo los problemas secundarios que desarrollamos a continuación.

4.1.1. ¿Qué es la libertad de empresa? ¿Quiénes son sujetos asegurables al seguro Red Salud según Rímac? ¿Existen supuestos de excepción a dichos sujetos?

La Constitución Política del Perú reconoce que la iniciativa privada es libre¹ y promueve la libertad de empresa². Como lo indica César Landa, el Tribunal Constitucional define la libertad de empresa como “*la posibilidad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios*”³. De esta forma, se configura el derecho de las empresas de producir los bienes y/o servicios que desean producir/ofrecer al mercado y a los consumidores. El mercado funciona de esa manera; existen consumidores que desean adquirir un producto y proveedores que desean ofertarlos. Bajo

¹ **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.

² **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.

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.

³ **LANDA ARROYO, CÉSAR.**

2010. Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra Editores. pp. 255.

esta premisa, ninguna empresa debe verse obligada a producir un bien o dar un servicio que no se encuentra en su plan de mercado ni le genera aquellas ganancias por las cuales todas las personas inician un negocio.

Consideramos sería ilógico exigirle a una empresa privada que ofrezca un producto o servicio distinto a aquel que tiene en su cartera de productos dado que estos han sido creados con la finalidad de obtener un beneficio económico y con el análisis de respaldo que introducir un producto en el mercado conlleva. Una empresa de zapatillas produce zapatillas para corredores; pero ¿podríamos obligarla a que produzca zapatos ortopédicos? ¿O es que acaso los proveedores son libres de elegir aquellos productos que ofrecen y el mercado guiará sus decisiones en la medida que evalúen si sus consumidores comprarán esos productos o no? *“En términos económicos, el mercado, como concurrencia entre productores y consumidores, asigna los recursos respondiendo a las preguntas qué producir, cuánto producir y a qué precio”*⁴.

Dicho esto, la empresa Rímac cuenta con una gama de seguros distintos para satisfacer a sus consumidores, pero sobretodo para garantizar un beneficio económico que finalmente es el motor que impulsa la creación de empresas y su operatividad. Los fines de lucro de las empresas son legítimos y están amparados por el sistema jurídico peruano. En este sentido, no se puede obligar a Rímac a ofrecer un tipo de seguro que no está contemplado en su cartera. En la Resolución se hace énfasis en que el seguro a ofrecer a la hija del denunciante debe ser el “Red Salud” y no un seguro especial creado específicamente para personas con Síndrome de Down. El seguro Red Salud está creado para una generalidad de clientes que no tienen características especiales que pueden tener las personas con Síndrome de Down, por lo que creemos que esta disposición del Tribunal fue equivocada. Debe buscarse también un producto idóneo y pagar altísimas primas con varias exclusiones no satisface la necesidad del consumidor que es a quien supuestamente deben beneficiar estas medidas.

⁴ REJANOVINSCHI TALLEDO, MOISÉS.

2016. La elección del consumidor a un ambiente adecuado. Consumer choice of a suitable environment. Lima: Revista de Actualidad Mercantil N°4. pp. 220.

Por otro lado, Landa hace referencia a la definición del derecho a la libre contratación⁵, como la “*autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante y la materia objeto de regulación contractual*”⁶. No podemos exigirle a un privado que celebre un contrato de servicio que no quiere o simplemente no le interesa celebrar. Si todos los co-celebrantes fueran iguales y se le negara el contrato a uno con las mismas características sin un sustento válido, ello no sería proporcional. Este no es el caso, pues la negativa se da por ser el co-celebrante una persona con características especiales. Y ello no es caer en discriminación, el mismo Estado protege a las personas con discapacidad e indica que deben tener un régimen especial de protección. Decir que son diferentes y merecen un producto diferente es, a nuestro entender, corregir las inequidades que pudieran darse al ofrecerles el mismo producto que a todos los demás. ¿Cómo reclamar a una agencia de viajes que ajuste un servicio de tour ya establecido a gestantes o adultos mayores o exigirle que lo cree? Porque ajustarlo es cambiar la medida de lo general y ello también implica un costo para la empresa privada y tal vez un mercado que no le interesa explotar.

De lo expuesto, Rímac estaría actuando conforme a derecho en su negativa de afiliar a la denunciante pues al tener Síndrome de Down no le puede otorgar una póliza de seguro de salud general y tendría que elaborar una nueva con parámetros especiales, es decir ofrecer un nuevo producto para personas con discapacidad. No se trata de ajustar las primas y ampliar las exclusiones, sino de crear un producto ad hoc sustentado en estudios actuariales para todas las personas con la discapacidad en cuestión. Y es que todas las discapacidades son distintas e implican riesgos distintos que no necesariamente las compañías de seguros tienen el expertise sobre el tema. ¿Hasta qué punto es exigible que lo tengan? ¿No sería mejor trabajar mano a mano para que la empresa privada encuentre

⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 62°.- Libertad de Contratar.** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

⁶ **LANDA ARROYO, CÉSAR.**

2010. Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra Editores. pp. 256.

también una motivación y beneficio al incluir nuevos tipos de seguros y productos en su cartera?

Los sujetos asegurables al seguro Red Salud para Rímac son aquellas personas de baja siniestralidad con menor riesgo de contraer enfermedades. Un punto bastante discutido en la resolución es el de la afiliación de ciertas personas con Síndrome de Down que Rímac aprueba. Existen supuestos de excepción en los cuales la compañía de seguros afilia a personas con alta siniestralidad. Como ellos mismos indicaron en sus descargos, la 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...En tal sentido, la cobertura de una enfermedad congénita 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”*⁷.

Es aquí donde consideramos no se ahondó de manera suficiente al resolver el caso. Se alega que Rímac, al asegurar a personas con la discapacidad en cuestión está contradiciéndose pues indicó que no era viable económicamente y subiría los valores de los aseguramientos en general. Asimismo, afirmó que no contaba con los estudios actuariales necesarios para elaborar una póliza especial y una prima justa en estos casos. ¿Se sabe con certeza que el seguro brindado a los recién nacidos con Síndrome de Down es el seguro Red Salud, un seguro ad hoc para personas con síndrome de Down o es un seguro que funciona como un adicional de los padres asegurados? Si la respuesta es que es un seguro ad hoc, se desestimaría cualquier argumento de Rímac que indicara que no contaban con el producto en su cartera para ofrecer a las personas con Síndrome de Down pues claramente lo estaban haciendo en el caso de los recién nacidos. Por el contrario, si la respuesta es que los recién nacidos adquieren automáticamente el mismo seguro que sus padres, dicha excepción de asegurar a personas con discapacidad representa netamente un gesto de buena fe para con sus clientes y de fidelización hacia aquellos que se encuentran asegurados y confían en la compañía. Es como un premio a los mejores clientes. Castigar a Rímac por beneficiar a algunos no es la solución pues desincentiva a las empresas de generar externalidades positivas que suman a la sociedad civil. Es debido a que Rímac asegura a algunas personas con discapacidad que debe asegurar a todas. A

⁷ RESOLUCIÓN FINAL N° 3329-2011/CPC. pp. 4

esa conclusión absurda se llega. Sí se da el caso de adultos mayores que son incluidos en los seguros, siempre y cuando hayan tenido el seguro por X cantidad de años previamente. Otorgarles el seguro solo a ellos es una discrecionalidad de las compañías de seguros y no por ello significa que todos los adultos mayores deben ser aceptados en la misma póliza si no cumplen con dicha condición.

Habría sido prudente de parte de Rímac presentar la cantidad de pólizas emitidas a recién nacidos con Síndrome de Down, bajo el supuesto de que no serían muchos los casos, y que realmente se trata de una excepción incluida en la póliza de los padres contratantes y no de un seguro diferente creado únicamente para ellos. En este caso, Rímac asume ese riesgo como una excepción, pero no por ello se le debe sancionar.

Si el producto nuevo y diferente ya existe, obviamente tendrían que haberlo ofrecido a las personas que cumplían con el mismo perfil. Cabe mencionar que la denunciante, al solicitar la afiliación al seguro, tenía 24 años, y ello significa que su solicitud de afiliación no puede ser evaluada de la misma manera que la de un recién nacido. Incluso para las pólizas generales de salud, la prima siempre es más alta a medida que el asegurado va envejeciendo. Nuevamente, Rímac aquí tendría que haber presentado estas estadísticas y datos para demostrar la excepcionalidad del aseguramiento de personas con Síndrome de Down. Sin embargo, queda la sensación de que bien habría podido la Sala de la Competencia solicitar dichos documentos, encauzar mejor el caso y no sancionar de una forma tan drástica a la empresa.

De lo expuesto, alegamos que Rímac actuó dentro de su libertad de empresa y en cumplimiento de lo dispuesto por la 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”*⁸.

Modificar los productos que ofrece una empresa o las condiciones de los mismos va en contra de la libertad de empresa constitucionalmente protegida. Como lo menciona, Gustavo Rodríguez *“los controles de abusividad de los términos contenidos en contratos*

⁸ **Oficio 11612-2012-SBS** citado en la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI

de consumo son solo una forma de reconfigurar un producto libremente configurado por el proveedor. Son, en suma, atentados directos a la libertad de las empresas de delinear sus productos o servicios en la forma que estimen pertinente y conspiran contra el bienestar de los consumidores... ”⁹. No solamente se afecta el derecho a libertad de empresa, sino que el afectado final es el consumidor quien tiene que pagar primas más altas para subsidiar aquellos productos que no estaban siendo ofrecidos antes. Finalmente, un seguro funciona como un fondo mutuo y lo que pagan unos beneficia a los que se enferman y lo que dejan de pagar otros afecta a todos. No se trata de beneficiar a un grupo que merece una protección especial y punto, se debe analizar todas las consecuencias en el mercado de fallar de la manera en que lo hicieron en esta Resolución.

Por lo expuesto, creemos que es esencial que en una economía social de mercado se respete la libertad de empresa. La libre iniciativa privada tiene carácter de derecho fundamental¹⁰, según Kresalja y Ochoa. Como lo expone Kresalja, *“se trata de una relación cohesionada entre la sociedad y el Estado en virtud de lo cual de este último solo se recibe lo necesario, pues hay muchas conductas y actividades que requieren un espacio de libertad suficiente en el que el Estado no debe de interferir”*¹¹. La libertad de empresa tiene como límite la igualdad ante la ley y el derecho a las personas a no ser discriminadas, cuestión que analizaremos más a fondo a continuación.

4.1.2 ¿Qué es la discriminación? ¿Existe una causa objetiva y justificada para el trato diferenciado que recibió la denunciante? ¿Qué es la selección injustificada de clientela?

La Constitución Política del Perú afirma que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley¹². Wilfredo Ardito define que el principio de igualdad *“implica tratar de manera*

⁹ **RODRÍGUEZ GARCÍA, GUSTAVO M.**

2016. ¿Es el sistema de protección al consumidor peruano pro consumidor?: Dañando al consumidor con proteccionismo regresivo. Lima: Revista de Actualidad Mercantil N°4. pp. 235.

¹⁰ **KRESALJA, BALDO y OCHOA, CÉSAR.**

2016. Derecho Constitucional Económico. Lima: Colección del Derecho N°8. Fondo Editorial PUCP. pp. 64.

¹¹ **KRESALJA ROSELLÓ, BALDO.**

2010. El Principio de Subsidiariedad en Materia Económica. Análisis de las Constituciones Peruanas de 1979 y 1993. Lima: Palestra Editores. pp. 26.

¹² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2º.- Derechos Fundamentales de la Persona**

diferente a quienes se encuentran en una condición diferente, lógica según la cual las personas que se encuentran en una situación más vulnerable requieren más atención”¹³. Por otro lado, la Real Academia Española define la discriminación como un “seleccionar excluyendo” o “dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, etc”¹⁴.

Asimismo, existe la discriminación en el consumo y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en adelante, el Código, establece el derecho del consumidor a no ser discriminado¹⁵ y la obligación del proveedor de acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada que convierta en lícito dicho trato diferenciado.

En cuanto a jurisprudencia de INDECOPI referente al tema, la igualdad ha sido descrita como derecho fundamental, que “*impone la obligación a todas las personas—incluyendo al Estado a través de sus autoridades— a tratar bajo las mismas condiciones a todos quienes se encuentren en la misma situación de hecho*”¹⁶.

Toda persona tiene derecho a:

2. 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.

¹³ **ARDITO VEGA, WILFREDO.**

2010 Responsabilidad Social Empresarial y Discriminación. Lima: Derecho PUCP N° 64. pp. 249.

¹⁴ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.** <https://www.rae.es/>

¹⁵ **LEY N° 29751, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

ARTÍCULO 1°.- Derecho de los consumidores

(...)

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.

¹⁶ **AMAYA AYALA, LEONI RAÚL y otros**

2015 Discriminación en el Consumo y Trato Diferenciado Ilícito: Jurisprudencia del INDECOPI. Pp. 16

De aquí partiremos con nuestro análisis pues consideramos que una persona con Síndrome de Down no se encuentra en la misma situación de hecho que una persona que no tiene dicha condición genética. Es por eso mismo que, como dice Ardito, las personas con esta discapacidad merecen una atención especial, y de ello podemos asumir un seguro de salud también adaptado a sus necesidades especiales. Rímac no contaba con un producto idóneo para la denunciante en el momento de la solicitud de afiliación. Como se indicó anteriormente, consideramos que otorgar el seguro “Red Salud” con elevaciones de primas y múltiples exclusiones genera más daño y vulnera el derecho al acceso a la salud que tienen las personas discapacitadas, que si se hubiera fallado a favor de la creación de un seguro especial para personas especiales, que merecen, valga la redundancia, una protección especial.

Como lo indica la norma, si se cumple con plantear una causa objetiva y justificada el trato diferenciado se vuelve lícito. Esta causa es que, según los informes de la Defensoría del Pueblo que Rímac presentó, el riesgo asegurable de las personas con Síndrome de Down es mayor que el de las demás personas. De la resolución se desprende que Rímac presentó, durante el procedimiento, “artículos médicos e informes donde se sostiene que las personas con Síndrome de Down tienen mayores posibilidades de desarrollar ciertas enfermedades”. Los informes eran de genetistas. Los Vocales critican que dicha presentación de informes se dio durante el procedimiento administrativo y no al momento de rechazar la solicitud de la denunciante. Sobre esto, podemos recurrir al Artículo 39° del Código que indica que la carga de la prueba se da “*cuando el procedimiento se inicia...*¹⁷” y no encontramos obligación legal de presentar los informes al momento de rechazar la solicitud, pues en la comunicación indicó que no era un riesgo asegurable. Por ello, nos da la impresión de que existió mucha subjetividad en la definición del fallo. Entendemos que los informes de la Defensoría son suficientes para probar que, en efecto,

**17 LEY N° 29751, 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 personas discapacitadas, merecen una atención especial y no cumplen con la generalidad que exige el seguro “Red Salud”. Sin embargo, el Tribunal no lo considera así. Debemos preguntarnos hasta qué punto puede exigírsele a un privado realizar estudios, análisis o exámenes médicos a una persona para poder rechazar “objetivamente” asegurarla. ¿Acaso cada análisis no implica un costo que la empresa de seguros asume? Es justamente por ello que los seguros, como fondo mutuo que son, funcionan en base a las generalidades de cada grupo de personas y consideramos que es suficiente alegar que las personas con Síndrome de Down sufren más del corazón como se dijo en este caso.

Por otro lado, en la Resolución se menciona la diferencia entre el trato diferenciado y la discriminación, pues uno de los votos se fundamenta en dicha diferencia. Así lo ha resuelto INDECOPI al definir que el trato diferenciado es otro tipo infractor “*que se configura bajo las modalidades de selección de clientela, exclusión de personas u otras prácticas similares, sin que medien causas de la seguridad del establecimiento, de la tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas. En efecto, podían existir prácticas de trato diferenciado que afectan el derecho a la igualdad sin que se trate de actos de discriminación, en tanto que con ellas no se afecta la dignidad del consumidor, como sí sucede con la discriminación sancionada constitucional y administrativamente*”¹⁸. Claramente, el supuesto de trato diferenciado es menos lesivo que la discriminación y habría implicado una sanción menor a la establecida en la Resolución. Sin embargo, la Sala bajo una conformación distinta, ha cambiado de criterio estableciendo que la referida prohibición legal “*debe ser entendida como un único tipo infractor que engloba cualquier conducta que afecte el derecho a la igualdad a través de un trato discriminatorio. En otras palabras, para la actual Sala dicha norma prohíbe una sola conducta, la discriminación en el consumo*”¹⁹. Aún así, para dos Vocales de la Resolución analizada, sí existe una diferencia fundamental y es que la discriminación “*afecta la dignidad de las personas y socava las condiciones básicas para el desarrollo de una vida en sociedad*”. Los dos Vocales mencionados no consideraron un acto discriminatorio, pero sí selección injustificada de clientela, pues Rímac no explicó por

¹⁸ **AMAYA AYALA, LEONI RAÚL y otros**

2015 Discriminación en el Consumo y Trato Diferenciado Ilícito: Jurisprudencia del INDECOPI. Pp. 149

¹⁹ **DELGADO CAPCHA, RODRIGO.**

2020 Una Mirada Global a la Discriminación en el Consumo. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. pp. 28.

qué aseguraba a unos y no a otros con las mismas condiciones. A nuestro entender, creemos que en el caso no existió ni discriminación ni selección injustificada, pues como se explicó previamente, el aseguramiento de algunas personas con síndrome de Down se dio como discrecionalidad de la empresa en beneficio de sus clientes ya asegurados. Más aún, se menciona la Teoría de los Actos Propios, para indicar que el consumidor, de buena fe, pensó que de todas maneras su hija sería asegurada por el actuar de Rímac en previos casos. Sobre ello, debemos decir que la única razón por la cual se supo del aseguramiento de personas con Síndrome de Down fue porque la compañía lo mencionó en sus alegatos. Es claro que nadie sabía que ello sucedía, por lo que no es válido alegar que la negativa de Rímac implicó una decepción para el demandante en base a la teoría en mención.

En Jurisprudencia de INDECOPI encontraremos muchos casos de discriminación entre los cuales encontramos la denuncia de un consumidor a un banco que le negó una tarjeta de crédito sin brindarle ninguna explicación. El Banco alegó libertad de contratar pero no pudo explicar las razones objetivas por las que denegó la solicitud el consumidor. *“Se señaló que si bien los consumidores pueden calificar como discriminación a cualquier trato diferenciado, la discriminación no sólo afecta el derecho a acceder o disfrutar los productos y servicios ofertados en el mercado, sino que, adicionalmente, afecta la dignidad de las personas y socava las condiciones básicas para el desarrollo de la vida en sociedad.”* Sobre ello, INDECOPI hace referencia a los servicios ofertados en el mercado y como hemos mencionado, el seguro de salud para personas con Síndrome de Down no era un producto existente en el momento de la solicitud. Es distinto no brindarle una tarjeta de crédito a una persona, cerrarle la puerta a un restaurante o a una discoteca pues en estos 3 casos, el producto o servicio está materializado, existe y otros lo están disfrutando, que negarle a una persona especial un seguro especial diseñado para ella y que no existe en el portafolio.

El hecho de que Rímac brindara un seguro de salud a recién nacidos con Síndrome de Down no significa que todas las personas con Síndrome de Down califican automáticamente a dicho seguro. Ello nuevamente se condice con que todos los hombres pueden afiliarse, pero los mayores de 70 años ya no pueden hacerlo porque representan más riesgo. No hay situación de igualdad entre los recién nacidos con Síndrome de Down y la denunciante de 24 años de edad. La discriminación debe analizarse en cada caso en concreto. Al respecto de la materialización del derecho a la no discriminación en forma

colectiva o individual, la Sala de Defensa de la Competencia menciona que: "...*El derecho a no ser discriminado es un derecho individual, que no está supeditado a que anteriormente otros no lo hayan sido*"²⁰. Es inexacto el análisis de la Sala respecto a que debido a que Rímac sí brindaba el seguro de salud a personas con Síndrome de Down, debía entonces también brindarlo a la denunciante. El análisis nos deja la sensación de que cuando le conviene a la Sala la discriminación debe evaluarse como algo individual, pero cuando no va de la mano con su argumento, se toma en cuenta cómo se actúa frente a todo el grupo de personas con la discapacidad.

Incluso, el Tribunal menciona que se podría haber ajustado el seguro de asistencia médica "Red Salud" a las personas con Síndrome de Down, a través de exclusiones o elevaciones de prima²¹. A nuestro parecer, las compañías de seguro son las más aptas para reconocer si algún producto o servicio puede ser aplicable a ciertos sujetos o no. En este sentido, si Rímac, con su conocimiento del mercado de seguros indicaba que se necesitarían estudios actuariales a efectos de delimitar los mayores riesgos futuros a la salud de las personas con Síndrome de Down, ello debía ser entendido así.

De por sí, estamos ante una legislación que persigue eliminar la asimetría informativa entre proveedor y consumidor, pero ¿es esto realmente necesario? ¿Acaso no contratamos los servicios a un determinado especialista porque el consumidor no puede saber toda la información respecto de todos los temas? ¿Acaso no es la compañía de seguros la que ha definido productos que satisfacen al consumidor en base a estudios específicos? ¿Sería lógico brindar un seguro con una prima altísima y demasiadas exclusiones que finalmente no garantice un producto idóneo para la persona? Por un lado, se exige a Rímac contar con un producto que no tiene y por otro lado se le presupone a ofrecer un producto que no cuenta con las características de calidad que, en general, todos sus productos contienen.

²⁰ **TREJO MAGUIÑA, ALEJANDRO.**

2006. Cuando el Derecho a la No Discriminación adquiere rasgos de Intolerancia. Lima: Consumo & Legal – Número 4. pp. 11.

²¹ **Res 521-2012/SC2-INDECOPI** citada en la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI

Consideramos pertinente lo esbozado por Alfredo Bullard cuando indica que *“la sanción para quienes no satisfacen las expectativas del consumidor es bastante grave: la salida del mercado. Quienes ofrecen las mejores condiciones a los mejores precios irán desplazando a quienes ofrecen peores condiciones a más altos precios”*²². Finalmente, Rímac es una empresa que asegura a miles de personas a nivel nacional brindando mejores posibilidades de salud que las que ofrece el mismo Estado y forzarlo a ofrecer un producto que no tiene es un mal incentivo que *“genera una afectación al bienestar general, pero más concretamente, del bienestar de los propios consumidores. Proteger consumidores individuales puede llevar a desproteger a los consumidores en su conjunto”*²³. Los costos de ofrecer el mismo seguro a una persona con riesgos más altos serán asumidos por los demás consumidores.

Cabe resaltar que las compañías de seguros utilizan métodos válidos de clasificación de riesgos²⁴. Existen malos riesgos que se excluyen del seguro ex ante. Es decir, las empresas pueden decir que no a personas muy mayores si quisieran adquirir un seguro de vida. Existen también limitaciones post contratación que se dan en la cobertura del seguro como por ejemplo un seguro de vida rara vez cubrirá un suicidio. Finalmente, las aseguradoras cobrarán un monto diferente a grupos de riesgo definidos; es decir un deportista podría pagar una prima menor pues es más saludable que los demás, mientras que un fumador pagaría una prima mayor. En definitiva, las compañías de seguros pueden negarse a contratar con determinadas personas sin que ello implique discriminación. Entre los tratos diferenciados lícitos, el voto en discordia se pronunció respecto de la Resolución 2485-2010/SC2-INDECOPI la cual no le dio la razón a los consumidores que señalaban que la compañía de seguros cobraba más por vehículos con mayor índice de siniestralidad y que ello obedecía a causas objetivas y justificadas.

Rímac está en su derecho y tiene una causa justificada y objetiva para denegar la afiliación al seguro a la denunciante.

²² **BULLARD GONZALEZ, ALFREDO.**

2010 ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. Lima: En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10. pp. 43.

²³ **BULLARD GONZALEZ, ALFREDO.**

2010 ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario; Lima: En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10. pp. 57

²⁴ **Resolución 521-2012/SC2 – INDECOPI**

4.1.3 ¿La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas establece obligaciones concretas a los particulares? ¿Es la seguridad social una responsabilidad exigible a una empresa privada?

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada en 2007 dispone en su artículo 4° la obligación de los Estados Partes de “asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y el compromiso de dichos Estados de adoptar todas las medidas para modificar o derogar las costumbres y prácticas existentes que constituyan una discriminación contra las personas con discapacidad”²⁵. Como bien lo señala el Vocal Arrús en su voto en contra, “la Convención establece obligaciones a cargo de los Estados miembros”. Es recién luego de los hechos que resultan en la denuncia que se aprueba el proyecto para implementar la Convención en el país. En este sentido, ninguna norma obliga a una empresa privada a asegurar a las personas con discapacidad. Es el Estado quien debe asegurar la seguridad social universal. Obligar a los particulares a asumir dicha labor en el marco de la iniciativa privada del mercado no tiene sustento jurídico.

**25 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO
ARTÍCULO 4°.- 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;

(...)

ARTÍCULO 25°.- 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 cuanto éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán porque esos seguros se presten de manera justa y razonable.

Asimismo, los Vocales Francisco Pedro Ernesto Mujica y Hernando Montoya Alberti opinan que el Convenio no establece obligación para las aseguradoras de asegurar a personas discapacitadas. La Ley General de las Personas con Discapacidad y de Implementación de la Convención que se aprobara luego de los hechos materia de la denuncia, obliga a las compañías de seguros privadas a asegurar por motivos de discapacidad, pero como lo indica la Resolución “no a otorgar a determinado grupo de discapacitados pólizas estructuradas para no discapacitados”. Son dos cosas distintas y el Tribunal finalmente obliga a Rímac a hacer aquello que ni siquiera en la nueva ley que se publica con posterioridad se le exige.

El Tribunal menciona como jurisprudencia comparada la sentencia 2003-11018 en la cual “la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resolvió un recurso de amparo interpuesto contra el Instituto Nacional de Seguros por rechazar la afiliación de una niña con epilepsia. Como lo indica la Resolución, 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. Sin embargo, dicha entidad fue creada por ley²⁶ y como la misma sentencia lo indica el mercado “*está monopolizado por la autoridad recurrida, que como administración pública que es, debe velar por la protección de los derechos de los administrados*”²⁷. En este sentido, consideramos pertinente señalar que como administración pública, la entidad tenía el deber de asegurar a la persona con epilepsia y demás casos de la sociedad civil a la cual protege por sobre todas las cosas. No cabe comparación entre el Instituto Nacional de Seguros de Costa Rica y la empresa de derecho privado Rímac.

En la misma línea, el Estado peruano a través de sus entidades públicas debería ser el ente encargado de regular y garantizar el derecho de salud de todos los discapacitados y de la hija del denunciante. Sabemos que hay ocasiones en las que la empresa privada surge para suplir un vacío no cubierto por el Estado, pero ello siempre se hace en el interés legítimo empresarial de generar utilidades.

²⁶ <https://www.ins-cr.com/Historia/>

Consulta hecha: 18 de junio de 2021. Página oficial de la entidad.

²⁷ **Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI**

La Constitución Política del Perú asegura el derecho a la protección de la salud sobretodo del discapacitado²⁸. Asimismo, debe “facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”²⁹ y reconoce el derecho universal a la seguridad social. Queda claro que la responsabilidad de la seguridad social y salud de los menos favorecidos, y en realidad de toda la población, recae sobre el Estado. En tanto el Estado es ineficiente en garantizar dichos derechos se generan iniciativas privadas que contribuyen a estos objetivos, pero bajo ningún supuesto podría alegarse que los privados están obligados a hacerlo. El Tribunal Constitucional “*ha reiterado exhortaciones concretas respecto a la inclusión de la cobertura del Seguro Integral de Salud de las enfermedades y trastornos mentales como lo hizo en el caso de Ramón Medina Villafrute*”³⁰. Podríamos agregar que el Estado podría encargarse, no solo a través de sus instituciones como el SIS, sino co creando y cooperando con las empresas privadas que pueden brindar una mejor atención. Hacerles ver de los beneficios económicos y consecuencias positivas para la imagen de una aseguradora privada si ésta empieza a cargar con labores públicas que benefician a un sector olvidado de la población. Si el Estado no puede ofrecer un buen servicio de salud a los discapacitados y una empresa privada sí puede hacerlo, ¿se podría dar cierto subsidio a éstas para que realicen los estudios actuariales, incluyan en su cartera de productos pólizas para personas con características especiales?

**28 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 7º.- Derecho a la Salud
Protección al Discapacitado**

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.

29 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 9º.- Política Nacional de Salud

El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

Artículo 10º.- Derecho a la Seguridad Social

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

30 LEÓN FLORÍAN, FELIPE.

2019. El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Lima: Ensayos en Pensamiento Constitucional Vol. 24 Núm. 24. Ensayos publicados por la PUCP.

Añadimos que como expresa la Constitución, *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”* Legalmente, las compañías de seguros no se encontraban obligadas a contratar con personas con discapacidad. Se puede alegar que moralmente sí lo están con enfoque en una economía social de mercado y por la buena fe que como toda empresa debe promover la responsabilidad social, pero ello no es materia del presente informe jurídico ni de la resolución que motivó una sanción ejemplar, a nuestro parecer, sin sustento suficiente. La responsabilidad social empresarial supone hacer negocios no solo pensando en las ganancias económicas, sino también en el bienestar de la sociedad y el medio ambiente, pero no solo eso, sino que *“la primera responsabilidad social de una empresa es contribuir al bienestar del hombre, a través de productos y servicios de calidad, calidad de lo que se produce y se consume, calidad de los servicios y calidad de la atención en general”*³¹. Sobre ello, las compañías de seguros en general ofertan en el mercado un producto necesario para tener una mejor calidad en salud y miles de consumidores se benefician de dichos seguros.

Por lo expuesto, nuestra respuesta al problema jurídico secundario esbozado es que los particulares no estaban obligados en el momento de la denuncia a asegurar a personas con discapacidad. Y luego de la denuncia, tampoco están obligados de asegurar a una persona con discapacidad si no cumple con las características generales del seguro en particular. La seguridad social es una responsabilidad exigible al Estado y no a las empresas privadas.

4.1.2 ¿Es la multa impuesta proporcional y razonable?

El artículo 110° del Código establece que INDECOPI puede sancionar las infracciones administrativas con amonestación o multas de hasta 450 UIT, dependiendo de la gravedad

³¹ DURAND CARRIÓN, JULIO.

2016. El Código de Protección y Defensa del Consumidor, Retos y Desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú. Lima: En Revista de Actualidad Mercantil N°4. pp. 131.

del caso particular³². Además se regulan los criterios para graduar la sanción administrativa³³.

Al respecto, la Comisión impuso una multa de 50UIT sobre la base del beneficio ilícito percibido por Rímac, “consistente en el ahorro de costos de afiliar a la denunciante, el daño causado, los efectos en el mercado, la naturaleza del perjuicio” y el hecho de que pudo perjudicarse la salud de la denunciante mientras no accedía al seguro. El Tribunal bajó la multa a 45UIT basándose en que el ofrecimiento del seguro en cuestión a la hija del denunciante se había llevado a cabo y además Rímac estaba creando al momento un nuevo seguro para personas con Síndrome de Down.

Creemos pertinente señalar que la denunciante estuvo 24 años de su vida sin un seguro privado, razón por la cual no es preciso afirmar que entre la denuncia y la resolución pudo perjudicarse su salud. Más aún, si como indicaba la Sala, el seguro a otorgar tendría diversas exclusiones.

Por otro lado, los costos ahorrados por la empresa al no afiliar a la denunciante implican la investigación y realización de estudios actuariales. Bajo este supuesto, por cada persona

32 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

(...)

33 LEY 29571 CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas. Al graduar la sanción, el órgano resolutorio 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.

(...)

que desea afiliarse, se debe hacer un análisis extensivo y examen médico individual, auspiciado por la empresa privada, para negar la afiliación. Consideramos la exigencia desmedida en tanto se generan costos para el privado excesivos. Los diagnósticos y estudios generales respecto de las personas son suficientes para alegar que una persona mayor de 70 años tiene más riesgo de morir por un paro cardíaco. También debería ser aceptado un estudio general que indica que las personas con Síndrome de Down sufren diversas complicaciones cardíacas y otras que elevan la prima. César Ochoa establece que *“la regulación administrativa puede generar barreras que desincentiven a los agentes económicos a participar en los mercados o disminuir la competencia existente con efecto perjudicial para los consumidores en términos de precios, variedad o relación calidad-precio”*³⁴. A nuestro parecer, sí es una barrera que se obligue a una empresa privada a evaluar todos los posibles casos en específico. Como se explica anteriormente, no se analizan a todos los mayores de 70 años, no se analiza a todas las mujeres embarazadas, si no cuentas con seguro privado en ese momento pues te ves obligado a pagar primas altas o buscar un seguro especial en ese momento y eso no es restringido como discriminación.

Por otro lado, Rímac demostró haber ofrecido al denunciante el seguro materia de la denuncia y la decisión de crear un seguro de salud especial para personas con Síndrome de Down. Si dicha creación de un producto con el cual no contaban en su portafolio no cuenta como un atenuante importante, ¿qué otra medida podría haber implementado Rímac para reducir la multa? El Código considera como atenuante en la graduación de la sanción, una conducta reparadora por parte del proveedor que cometió una infracción o generó un daño al consumidor. Aldana comenta que *“la aplicación oportuna de remedio deberá ser tomada en cuenta como una circunstancia atenuante para la graduación de la sanción, pudiendo llegar incluso hasta una amonestación. La lista ... otorga a la Autoridad Administrativa un cierto margen de discrecionalidad para considerar otras que, a su juicio y en tanto busquen reparar o remediar un defecto, puedan resultar relevantes para disminuir la magnitud de la sanción a imponer”*³⁵. Nos da la impresión

³⁴ **OCHOA CARDICH, CÉSAR.**

2013. El Control de Barreras Burocráticas por INDECOPI y la Tutela de Derechos Fundamentales Económicos. Lima: En Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho. pp. 422.

³⁵ **ALDANA RAMOS, EDWIN.**

que al ser uno de los primeros casos de discriminación por motivo de discapacidad en temas de salud, el Tribunal quiso dar un fallo magistral que cumpliera con desincentivar futuras acciones similares, sin embargo no encontramos la multa proporcional con el daño realizado a la denunciante en tanto no se realizó discriminación ni trato diferenciado ilícito y además Rímac ofreció el seguro Red Salud a la hija de la denunciante siendo éste rechazado por el mismo.

Podemos alegar que las multas impuestas en materia de discriminación no cambian ni retroceden el tiempo al acto previo de vulneración de derechos. Bajo este supuesto, como indica Rodrigo Delgado, *“la atención del debate debe centrarse en la prevención más que en la sanción...Más de veinte años después, y luego de una abundante casuística acumulada sobre la materia, el INDECOPI sigue recibiendo y resolviendo casos de este tipo, así como realizando investigaciones sobre la materia.”*³⁶ Cabe analizar si es que las multas altas cumplen con su función coercitiva y en qué sentido benefician al consumidor afectado y a los demás consumidores. Como se ha expuesto anteriormente, la prevención podría lograr mucho más. El trabajo en equipo de diversas organizaciones de la sociedad civil, entidades estatales y privadas es necesario para lograr sinergia y mejores soluciones y opciones en un país tan segmentado como el Perú. La educación y capacitación transversal, creemos, es fundamental para que no se sigan realizando este tipo de acciones perjudiciales. En materia de salud y seguros pueden saltar estos temas, pero es en muchos ámbitos que las personas con discapacidad no encuentran beneficios que podrían hacer de sus vidas más sencillas y realmente más felices. Rímac sí tiene el deber de actuar con responsabilidad social para ser parte de un sistema y un mercado peruano, pero creemos que obligarlo no es la forma. Proponiendo que participen en diversos mercados, incentivando que tengan programas de inclusión, demostrándole a las compañías privadas los beneficios, no solo monetarios, sino marketeros o de reputación, que traerían dichas campañas inclusivas, pueden ser algunas de las formas alternas.

2016. La Responsabilidad del Proveedor por la Falta de Idoneidad en Bienes Producidos en Masa y su Contraposición con el Sistema de Garantías Contemplado en las Normas de Protección Al Consumidor. Lima: En Revista de Actualidad Mercantil N°4. pp. 26

³⁶ **DELGADO CAPCHA, RODRIGO.**

2020 Una Mirada Global a la Discriminación en el Consumo. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. pp. 19.

Un análisis interesante es aquel que se refiere a los costos políticos de no sancionar un caso como este. Nadie quiere ser el que falla en contra de la inclusión a un seguro de salud de una persona discapacitada, o incluso en contra de una persona discapacitada. Dichas personas, como ya se ha expuesto antes, requieren una mayor protección por parte del Estado y como seres humanos debemos ser solidarios. De más está decir que está mal discriminar, que está mal no luchar por los derechos de aquellas personas que sufren alguna deficiencia. Gustavo Rodríguez opina que *“es previsible, entonces, que éstos traten de reducir el riesgo de asumir costos políticos. Esta situación explica el por qué existe asimetría respecto de las consecuencias derivadas del error regulatorio. Si una agencia sanciona al proveedor inocente o exonera de responsabilidad al proveedor responsable, estamos ante errores en la decisión regulatoria (en ambos casos). No obstante, una agencia reguladora interesada en minimizar los costos políticos de su supervisión en el mercado tenderá a errar más del lado de la sanción al inocente”*³⁷. Ello significa que muchas veces, los jueces o vocales tienden a juzgar en el ámbito de lo correcto moralmente y no de lo correcto legalmente. En el mundo del derecho no podemos darnos ese lujo, la ley permite lo que permite y prohíbe lo que prohíbe. Por supuesto, la ley permite diversas interpretaciones y es ahí donde nacen fallos tan contrariados como el de la presente resolución en el que cinco vocales exponen tres opiniones completamente distintas. Consideramos la opinión del Vocal Oscar Darío Arrús la más acertada, pero fue la menos tomada en cuenta al momento del fallo.

³⁷ **RODRÍGUEZ GARCÍA, GUSTAVO M.** 2016. ¿Es el sistema de protección al consumidor peruano pro consumidor?: Dañando al consumidor con proteccionismo regresivo. Lima: En Revista de Actualidad Mercantil N°4. pp. 236.

V. CONCLUSIONES

1. La Constitución señala que la iniciativa privada es libre, estimula la libertad de empresa y tutela la libertad contractual. La finalidad de las empresas en general es generar utilidades. Si se obligara a las empresas a asegurar a personas de riesgo alto en un seguro planificado para la generalidad se podría llegar al supuesto de crear gastos para empresas privadas que no les permita seguir operando.
2. El Código de Protección y Defensa del Consumidor indica que los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma u otros y que el trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. Rímac acreditó con los informes de la Defensoría del Pueblo que las personas con Síndrome de Down tienen mayor posibilidad de enfermar y representan un riesgo mayor, esta es una causa objetiva. En ese sentido, no constituiría un supuesto de discriminación.

El artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que los proveedores se encuentran prohibidos de realizar selección de clientela. Existe una diferencia entre la selección injustificada de clientela y la discriminación prohibida de manera absoluta pues la última afecta la dignidad del ser humano. Para probar que no es discriminación, Rímac indicó que sí asegura a algunas personas con Síndrome de Down, por lo que se alega que se está realizando una selección de clientela. Rímac asegura a personas con Síndrome de Down siempre y cuando nazcan y se afilien a los 30 días y tengan como padres a asegurados con anterioridad al seguro. Ello puede entenderse como un beneficio o fidelización del cliente específico pero no es necesario que se tome como política general con todos los clientes con Síndrome de Down. La discriminación se analiza por sujeto individual y en el caso, la hija del denunciante tenía 24 años de edad, pudiendo alegarse que por su edad incluso representaba un riesgo aún mayor que aquellos recién nacidos sí asegurados por Rímac. Nuevamente, un supuesto de criterio objetivo.

3. La Convención establece obligaciones a cargo de los Estados miembros. La Ley que iba a implementar la Convención fue aprobada como proyecto luego de los

hechos materia de denuncia. En este sentido, no puede invocarse dicha Convención para obligar a Rímac a asegurar a personas con discapacidad. Los Estados deben asegurar que los discapacitados no sean discriminados, pero ello no implica obligar a las empresas privadas a asumir roles que no le competen. Finalmente, las empresas de seguro privado son necesarias, en tanto el Estado no cumple con satisfacer las necesidades de salud de la población.

Incluso, la Ley que se promulgó por el Congreso luego de este caso tampoco obliga a las empresas de seguro privadas a asegurar a personas con características especiales en seguros plasmados para la generalidad. A partir de dicha ley, las compañías de seguro deben asegurar a personas con discapacidad pero pueden hacerlo en seguros especiales, haciendo valer exclusiones y primas más altas. Lo ideal es que estos seguros cumplan con ser idóneos para las personas que tanto lo necesitan. El seguro privado de salud es un beneficio que no todos en el Perú pueden tener, el no esperar tres meses para una operación urgente o dos meses para una cita médica es un lujo aquí. La pandemia dejó muy claro lo frágil de nuestro sistema de salud, tanto público como privado, y hay mucho camino por recorrer para reconstruir un país que garantice un derecho tan básico como la salud a todos; discapacitados, gestantes, adultos mayores, niños, etc.

4. La multa impuesta a la denunciada fue alta en tanto no consideramos se haya dado discriminación. En todo caso, existieron atenuantes que debieron reducir la multa como por ejemplo el ofrecimiento del producto a la denunciante y la creación de un producto nuevo para otorgar a las personas con síndrome de Down. Consideramos que fue excesiva en razón de otros criterios subjetivos de los mismos Vocales al tratarse de uno de los primeros casos en el rubro salud. El sistema de protección al consumidor debe ser más técnico y no sobre la base de “corazonadas o buenas intenciones...Lo cierto es que técnicamente su regulación protectora le explotará en la cara a los consumidores. El drama social de un consumidor denunciante deba gatillar regulación que solamente exige que los demás consumidores subsidien a quien denunció”³⁸.

³⁸ **RODRÍGUEZ GARCÍA, GUSTAVO M.**

2016. ¿Es el sistema de protección al consumidor peruano pro consumidor?: Dañando al consumidor con proteccionismo regresivo. Lima: En Revista de Actualidad Mercantil N°4. pp. 237.

Como consumidores existen situaciones en las que tenemos que reclamar por lo que es justo; pero el aumento de la prima del seguro, por ejemplo, se encuentra incluido en el contrato como una potestad de la compañía privada. Todos los años, se realiza un aumento en la prima y todos los años desearíamos no tener que pagarlo, pero es algo que debemos hacer porque “la salud no tiene precio.” Como consumidora que no cuenta con preexistencias ni atenciones constantes, sé que Rímac es una empresa privada que no me obliga a contratar con ellos y que podría buscar otro producto que se acomode más a mis posibilidades económicas, pero no puedo dejar de pensar que mi prima se ve afectada por multas como las impuestas en este caso, por aseguramientos exigidos a la compañía de seguros y productos que se le imponen. Finalmente, quien se ve más perjudicado por este tipo de resoluciones son los demás consumidores.

Toca pensar fuera de la caja, si como Estado no puedo garantizar que las personas discapacitadas sean atendidas de mejor manera y que su dignidad no se vea afectada, pues deberé conversar con la empresa privada, crear alianzas y volvernos socios estratégicos para que a través de un subsidio y una cooperación logremos lo mejor para la sociedad que, como Estado, estamos obligados a atender y salvaguardar.

Por todo lo expuesto, considero que la Resolución analizada que confirma la resolución que declaró fundada la denuncia de Miguel Ángel Céliz carece de sustento suficiente para concluir que la negativa de afiliación de Rímac va en contra del ordenamiento jurídico peruano. Creo, al contrario, que la negativa de Rímac, se adapta a aquello que tiene permitido como empresa privada en su plena libertad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALDANA RAMOS, EDWIN.

2016. La Responsabilidad del Proveedor por la Falta de Idoneidad en Bienes Producidos en Masa y su Contraposición con el Sistema de Garantías Contemplado en las Normas de Protección Al Consumidor. Lima: En Revista de Actualidad Mercantil N°4.

AMAYA AYALA, LEONI RAÚL y otros

2015 Discriminación en el Consumo y Trato Diferenciado Ilícito: Jurisprudencia del INDECOPI.

ARDITO VEGA, WILFREDO.

2010 Responsabilidad Social Empresarial y Discriminación. Lima: Derecho PUCP N° 64.

BULLARD GONZALEZ, ALFREDO.

2010 ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. Lima: En Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10.

DELGADO CAPCHA, RODRIGO.

2020 Una Mirada Global a la Discriminación en el Consumo. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

DURAND CARRIÓN, JULIO.

2016. El Código de Protección y Defensa del Consumidor, Retos y Desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú. Lima: En Revista de Actualidad Mercantil N°4.

KRESALJA ROSELLÓ, BALDO.

2010. El Principio de Subsidiariedad en Materia Económica. Análisis de las Constituciones Peruanas de 1979 y 1993. Lima: Palestra Editores.

KRESALJA, BALDO y OCHOA, CÉSAR.

2016. Derecho Constitucional Económico. Lima: Colección del Derecho N°8. Fondo Editorial PUCP.

LANDA ARROYO, CÉSAR.

2010. Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra Editores.

LEÓN FLORÍAN, FELIPE.

2019. El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Lima: Ensayos en Pensamiento Constitucional Vol. 24 Núm. 24. Ensayos publicados por la PUCP.

Consulta hecha: 18/06/2021

<https://app.vlex.com/#vid/derecho-salud-jurisprudencia-tribunal-637391861>

OCHOA CARDICH, CÉSAR.

2013. El Control de Barreras Burocráticas por INDECOPI y la Tutela de Derechos Fundamentales Económicos. En Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

Consulta hecha: 17/06/2021

<https://www.rae.es/>

REJANOVINSCHI TALLEDO, MOISÉS.

2016. La elección del consumidor a un ambiente adecuado. Consumer choice of a suitable environment. Lima: Revista de Actualidad Mercantil N°4.

RODRÍGUEZ GARCÍA, GUSTAVO M.

2016. ¿Es el sistema de protección al consumidor peruano pro consumidor?: Dañando al consumidor con proteccionismo regresivo. Lima: Revista de Actualidad Mercantil N°4.

TREJO MAGUIÑA, ALEJANDRO.

2006. Cuando el Derecho a la No Discriminación adquiere rasgos de Intolerancia. Lima: Consumo & Legal – Número 4.

Consulta 18/06/2021

<https://app.vlex.com/#vid/discriminacion-rasgos-intolerancia-38233324>

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>
8/66

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 afiliarse 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/wdiccionario/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 38° 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 230°.- 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 N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. 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.

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-contratantes, 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 Rímac.

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