

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Discriminación en el consumo de seguros: una mirada a la
resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Franco Ricardo Vasquez Lara

ASESOR:

Wendy Rocío Ledesma Orbegozo

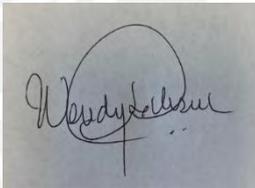
Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, LEDESMA ORBEGOZO, WENDY ROCIO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Discriminación en el consumo de seguros: una mirada a la resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI", del autor VASQUEZ LARA, Franco Ricardo, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 19%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/7/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 14 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> LEDESMA ORBEGOZO, WENDY ROCIO	
DNI: 10803344	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5290-8868	

RESUMEN

El informe sobre la Resolución N.º 2135-2012/SC2-INDECOPI recopila y analiza diferentes fuentes del derecho a la luz del caso Céliz contra la empresa de seguros Rímac, donde se le sanciona por incurrir en actos de discriminación en contra de la señorita Sandra Paloma Céliz Rossi debido a su condición de tener el síndrome de Down. La presente investigación se consigna bajo el criterio del modelo económico vigente y los derechos fundamentales de los consumidores reconocido en la Constitución Política. Se considera que Rímac incurrió en actos de discriminación de acuerdo al primero criterio adoptado por el Indecopi sobre la figura de la discriminación. Asimismo, se analiza las distintas posturas que se argumentó en la resolución en mención, siendo que se considera que el Indecopi hizo correcto en optar por la figura de la discriminación y no por la figura del tipo base de selección injustificada de cliente o trato diferenciado ilícito. El objetivo principal se determina en que si la empresa Rímac incurrió en un acto discriminatorio. Por medio de identificar si es que su accionar se encontró dentro de los límites del modelo económico y determinar si se encuentra en la figura agravada de la discriminación o el trato diferenciado ilícito, se conseguirá responder a la interrogante. Se concluye que Rímac incurrió en un acto de discriminación en su figura agravada.

Palabras clave

Discriminación en el consumo, régimen económico, seguros, síndrome de Down, discapacidad

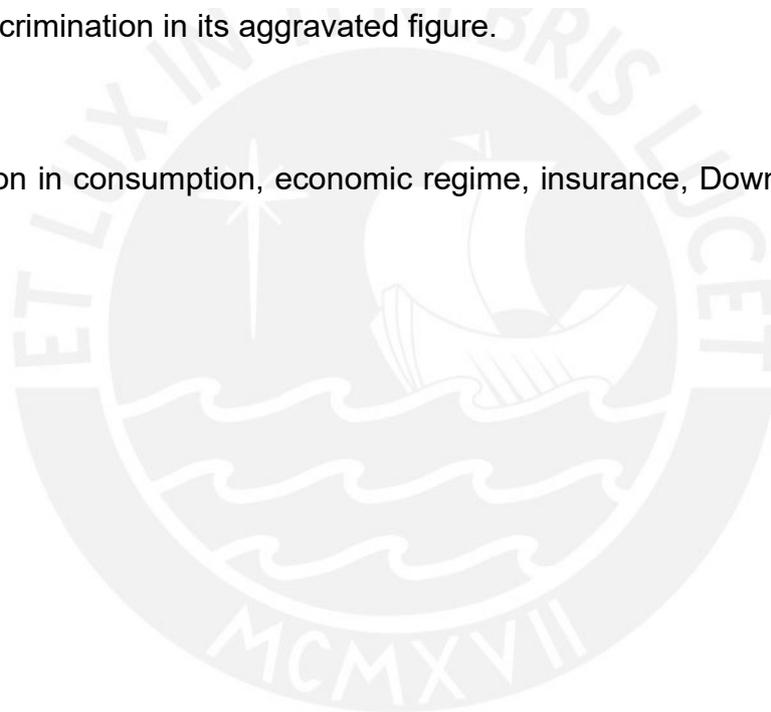
ABSTRACT

The report on Resolution No. 2135-2012/SC2-INDECOPI compiles and analyzes different sources of law in light of the Céliz case against the insurance company Rímac, where it is sanctioned for committing acts of discrimination against Ms. Sandra Paloma Céliz Rossi due to her condition of having Down syndrome. The present investigation is consigned under the criteria of the current economic model and the fundamental rights of consumers recognized in the Political

Constitution. It is considered that Rimac incurred in acts of discrimination according to the first criterion adopted by Indecopi on the figure of discrimination. Likewise, the different positions that were argued in the mentioned resolution are analyzed, and it is considered that Indecopi was correct in opting for the figure of discrimination and not for the figure of the base type of unjustified customer selection or unlawful differential treatment. The main objective is to determine whether the company Rímac incurred in a discriminatory act. By means of identifying if its actions were within the limits of the economic model and determining if it is in the aggravated figure of discrimination or unlawful differential treatment, the question will be answered. It is concluded that Rimac incurred in an act of discrimination in its aggravated figure.

Keywords

Discrimination in consumption, economic regime, insurance, Down's syndrome, disability



ÍNDICE

I.	PRINCIPALES DATOS DEL CASO	0
II.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.1.	Justificación de la elección de la resolución.....	1
II.2.	Presentación del caso y análisis.....	3
III.	IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	4
III.1.	Hechos relevantes del caso.....	4
IV.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	8
IV.1.	Problema principal	8
IV.2.	Problemas secundarios.....	8
V.	POSICIÓN DEL CANDIDATO/A.....	9
V.1.	Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	9
V.2.	Posición individual sobre el fallo de la resolución	10
VI.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	12
VI.1.	Discriminación en el consumo.....	12
VI.2.	Del régimen económico vigente	21
VI.3.	Criterio del Indecopi: acto diferenciado ilícito o acto discriminación.....	27
VII.	CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	32
VIII.	BIBLIOGRAFÍA.....	34

I. PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución 2135-2012/SC2- INDECOPI
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho de Protección al Consumidor
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Miguel Angel Céliz Ocampo
DEMANDADO/DENUNCIADO	Rímac Internacional Compañía De Seguros Y Reaseguros
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Instancia administrativa: Sala de Defensa de la Competencia N° 2
TERCEROS	
OTROS	<i>Dentro de la resolución hay 3 líneas de argumentación diferente, siendo que se adopta la primera por el voto del Presidente de la Sala</i>

II. INTRODUCCIÓN

II.1. Justificación de la elección de la resolución

La elección de la Resolución N.º 2135-2012/SC2-INDECOPI, referente al caso Miguel Angel Céliz Ocampo (en adelante, el Sr. Céliz) contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros (en adelante, Rímac), se fundamenta en la particularidad de su relevancia del tema de investigación dentro del campo de estudio del Derecho de la Protección al Consumidor. Sin entrar en el fondo del tema, uno de los elementos más importantes al analizar una relación de consumo es la valoración de las condiciones en las que se desenvuelve en relación al respeto de los derechos consagrados constitucionalmente y, específicamente, los derechos de los consumidores dentro del marco jurídico peruano.

Al respecto, existe amplia doctrina que desarrolla el reconocimiento constitucional del Derecho de la Protección al Consumidor, siendo que, dentro del contexto peruano, la Constitución Política del año 1993 reconoce la defensa del interés de los consumidores y usuarios en el artículo 65º. En palabras del autor Donayre Montesinos (2019): “el constituyente ha escogido una visión de la relación de consumo en la que el proveedor es la parte más fuerte y el consumidor, la más débil” (p. 37). Con esto se tiene la idea que la protección al consumidor en el marco jurídico no solamente es una obligación para el Estado peruano, sino que juega un rol importante dentro del marco de los deberes y actuaciones que adopta el Estado en relación al régimen económico, social y político optado por la Carta Constituyente.

En el marco jurídico peruano, el derecho a no ser discriminado forma parte de los derechos del consumidor, lo que determina que, en forma simple, no debe ni puede existir una diferenciación en la relación de consumo que responda a causas injustificadas. Sobre el caso en concreto, se encuentra que la discriminación es un tipo agravado para la normativa del consumidor; no obstante, en este caso en particular, por ser una persona con discapacidad, se genera una mayor vulnerabilidad. Esta situación conlleva, a su vez, una mayor gravedad que tiene que tenerse en cuenta para la graduación de la sanción.

En concreto, el contenido de la discriminación de los consumidores y, más en general, el contenido de sus derechos no solo involucra la afectación a alguna disposición de un marco normativo determinado, de hecho, circunscribe el contenido de los derechos fundamentales, el régimen económico adoptado en el país e incluso disposiciones internacionales de Derechos Humanos (DD. HH.). Así, se observa que el caso referente a la resolución en mención tiene rasgos de complejidad que conciben una mayor gama de amplitud que permitiría el desarrollo jurídico y análisis más enriquecido.

Otro aspecto de complejidad que se tiene sobre la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI es que la Sala de Defensa de la Competencia N.º 2 (en adelante, la Sala) que emitió dicha resolución tuvo líneas argumentativas con distintas perspectivas de resolución del caso:

Muy brevemente, en un primer análisis de dos de los vocales de la Sala, se consideró que el caso se trataba en realidad del supuesto de discriminación en el consumo. En este sentido se confirmó que la empresa de seguros Rímac incurrió en un trato diferenciado injustificado contra de la hija del Sr. Céliz, denunciante en el presente caso, al no permitir que este suscriba a su hija en el seguro Red Salud por tener síndrome de Down. Con esto se estimó la denuncia interpuesta y se sancionaría a Rímac por actos de discriminación en el consumo.

Contrariamente, otros dos de los vocales de la Sala no concordaron con la línea de la argumentación anterior: consideraron en realidad que el caso versaba sobre el tipo básico de selección injustificada de clientela, la cual constituía una figura jurídica distinta a la de la discriminación en el consumo. De esta manera, consideraron declararse fundada la denuncia por el tipo básico sobre el cual se hace mención.

Por otro lado, uno de los vocales de la Sala argumentó a favor de que el accionar de la empresa de seguros Rímac se encontraba dentro de los límites de la autonomía privada y respondió a los límites que se fundan en el modelo económico vigente. A su apreciación, Rímac sí probó idóneamente que su negativa a contratar respondió a razones objetivas. Siendo así, debió declararse fundada la apelación y revocarse la resolución apelada.

II.2. Presentación del caso y análisis

El caso en específico se desarrolla en torno a la temática del mercado de seguros. La empresa Rímac participa en este mercado ofreciendo distintos tipos de seguros a sus clientes, donde uno de ellos es el seguro de asistencia médica llamado “Red Salud” (en adelante, el seguro Red Salud). El caso trata concretamente en que el Sr. Céliz solicita a Rímac, con la cual contrataba el seguro Red Salud en mención, inscribir en el mismo a su hija Sandra Paloma Céliz Rossi (en adelante, la Srta. Céliz) informado que su hija tiene síndrome de Down. Ante dicha solicitud, la empresa Rímac responde con una negativa debido a que la Srta. Céliz tenía síndrome de Down. Para esto, Rímac fundamentó su negativa en que las personas que padecen de síndrome de Down son más propensas a contraer enfermedades y con el paso del tiempo la condición de su salud tiene una alta probabilidad de verse afectada negativamente, más que el promedio de personas en general. De este modo, hacen mención y ejercen su derecho de libertad de contratar amparado por la Constitución Política vigente y el modelo económico adoptado por este, lo que les permitiría decidir sobre con qué personas contratan y decidir sobre los riesgos que asumen y cuáles no. Ante dicha situación, el Sr. Céliz presenta una denuncia en contra de Rímac por discriminación ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi).

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

III.1. Hechos relevantes del caso

Presentación de la denuncia. -

En octubre del año 2010, el Sr. Céliz solicita a la empresa Rímac la inscripción de sus dos hijos e hija al seguro Red Salud que contrataba con la misma, comunicando a su vez que su hija tenía Síndrome de Down.

La compañía de seguros Rímac le comunicó por correo electrónico que no emitiría la cobertura de seguro para la Srta. Céliz, bajo el argumento que, en el ejercicio de su autonomía privada, preferían los riesgos de baja siniestralidad. A este respecto, dado que las personas con síndrome de Down tienen un mayor riesgo de desarrollar patologías colaterales, dicho riesgo no sería asegurable en este supuesto concreto.

Por su parte, el Sr. Céliz consideró que la negativa de Rímac era un claro caso de discriminación. Esto llevó a que el 27 de enero de 2011 denunciara a Rímac por infracción a la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código).

Resolución N.º 3329-2011/CPC – Comisión de Protección al Consumidor (Primera Instancia Administrativa). -

El 13 de diciembre de 2011, mediante Resolución N.º 3329-2011/CPC, la Comisión de Protección al Consumidor resolvió declarar fundada la denuncia en contra de Rímac por infracciones a los artículos 1º.1 literal d) y 38º del Código por acto de discriminación al haber negado sin justificación la inscripción de la Srta. Céliz al seguro Red Salud y se sancionó a Rímac con una multa ascendente a 50 UIT.

Apelación resolución de primera instancia. -

Rímac, el 22 de diciembre de 2011, apeló la decisión de la Comisión basándose en las siguientes razones:

- No se contaba con un seguro de asistencia médica para personas con Síndrome de Down. En tal sentido, tienen la capacidad de elegir cuáles son los riesgos que se van a asegurar y qué productos se van a ofrecer.
- El hecho de que las personas con síndrome de Down tengan una mayor exposición a enfermedades no se encuentra en discusión. Esto determina que Rímac incurrió en una distinción justificable al evitar los riesgos que no puede definir ni calcular.
- La adaptación del seguro Red Salud a las personas con síndrome de Down, por medio de exclusiones o elevaciones de primas, implica necesariamente que se realicen estudios actuariales para identificar los riesgos futuros para su salud. Sin embargo, no se disponía de dichos estudios cuando se presentó la solicitud del denunciante, pues no había necesidad de contar con los mismos. Dado el caso, el “reajuste” del seguro Red Salud involucraría que Rímac incumpla el deber de tener sustento técnico para sus primas.
- La distinción en cuestión no responde a criterios subjetivos, arbitrarios o basados en prejuicios o atribuciones negativas culturales. Siendo así, el trato diferenciado es de carácter legal y acorde a las disposiciones legales vigentes, lo que no está sujeto a una sanción.

Pronunciamiento sobre los argumentos de apelación. -

El Sr. Céliz absolvió, en febrero de 2012, el traslado de la apelación bajo lo siguiente:

- El marco constitucional y legal sobre la materia, así como lo tratados internacionales, obliga al Estado a remover las barreras que limitan el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.
- El actuar de Rímac no supera el “test de razonabilidad” debido a que no cumple con el requisito de la necesidad.
- Que Rímac sostenga que no hay obligación de ofrecer un seguro para personas con discapacidad no resulta ser válido. El mandato de no

discriminación, en especial contra las personas con discapacidad, es un límite a la libertad de contratación.

Resolución N.º 2135-2012/SC2 – Sala de Defensa de la Competencia (Segunda Instancia Administrativa). -

En julio de 2012, la Sala emite la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, teniendo 3 posiciones argumentativas de resolver el caso:

- **Voto de los Vocales Carrillo Gómez y Quirós García**

Sobre la responsabilidad de Rímac: Los vocales que suscriben este voto consideran que la negativa de Rímac se debe a la condición particular de la Srta. Céliz. Debido a que las personas con discapacidad son un grupo protegido constitucionalmente contra la discriminación, se tiene pruebas suficientes que respaldan la configuración del tipo infractor de discriminación agravada establecido en el artículo 38º del Código en este caso. De esta forma, los vocales confirman la resolución de primer grado. Se sanciona a Rímac imponiendo una multa de 45 UIT.

- **Voto del vocal Arrús Olivera**

Sobre la responsabilidad de Rímac: El vocal considera que se ha acreditado que las personas con síndrome de Down tienen más probabilidad de desarrollar enfermedades. Esto acredita su exposición a un mayor riesgo que las personas sin dicha condición. En consecuencia, el trato diferenciado fue justificado y por razones objetivas. Por lo tanto, Rímac no discrimina al negar una póliza general a una persona con síndrome de Down. Siendo así, el vocal Arrús Olivera sostiene que la apelación interpuesta por Rímac es fundada y se debe desestimar la denuncia.

- **Voto de los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti**

Sobre la responsabilidad de Rímac: Los vocales mantienen la posición de que la negativa de Rímac califica como una selección injustificada de

consumidor y no como un supuesto de discriminación. Sostienen que ha sido probado que Rímac asegura a personas con síndrome de Down. De esta forma, los vocales desestiman la presunta discriminación y optan por declarar fundada la denuncia bajo la configuración del tipo básico de selección injustificada de clientela. Imponen una multa de 20 UIT.

Ante el empate entre la posición de los vocales Carrillo Gómez y Quirós García y la posición de los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti, se adopta por medio del voto dirimente del Presidente de la Sala el sentido de la resolución de los vocales Carrillo Gómez y Quirós García.



IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

IV.1. Problema principal

Como problema principal identificado se tiene lo siguiente:

¿El accionar de la empresa Rímac incurre en un acto de discriminación en contra de la Srta. Céliz al no permitir su inscripción solicitada en el seguro de asistencia médica Red Salud por su condición de tener síndrome de Down?

IV.2. Problemas secundarios

Como problemas secundarios identificados se tiene lo siguiente:

1. Primer problema secundario: ¿El accionar de Rímac se encuentra bajo los alcances y límites dentro del marco del modelo económico vigente?
2. Segundo problema secundario: ¿El accionar de Rímac se puede calificar como trato diferenciado ilícito de acuerdo con el primer criterio del Indecopi sobre la tipificación de la discriminación?

V. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

V.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Sobre el problema principal: De manera concisa, se identifica que el accionar de la empresa de seguros Rímac constituye un acto discriminatorio hacia la Srta. Céliz. Este trato diferenciado no respondería a razones justificadas ni lícitas, lo que conllevaría a un acto de discriminación: el hecho de que la empresa Rímac no otorgue la suscripción de la Srta. Céliz al seguro Red Salud por la condición de tener Síndrome de Down, constituye un acto discriminatorio en su contra y no se fundamenta en razones objetivas y legales. Brevemente, ello se considera así debido a que la razón que motiva Rímac sobre su negativa a contratar, que está relacionado con el hecho de que las personas con Síndrome de Down tienen más probabilidad de sufrir enfermedades que afecten la condición de salud sobre el promedio de las personas, no es compatible con su accionar: está probado que Rímac sí ha contratado con otras personas con síndrome de Down, lo que conlleva a que el argumento de que se genera un riesgo que no están dispuestos a tomar se ve contradicho por sí mismos. Por otra parte, la condición de vulnerabilidad del sector de la población que padecen de este síndrome juega un rol importante en donde se debe tener una especial atención y fiscalización en relación a sus derechos fundamentales. Específicamente, existe una mayor rigurosidad que deben adoptar los proveedores para que los derechos de las personas vulnerables no se vean afectadas. Relacionando esto al caso, Rímac optó por simplemente negar la contratación de la señorita Céliz, siendo que en realidad pertenece a un régimen jurídico de protección especial en donde existe una especial protección hacia sus derechos por su condición de vulnerabilidad, establecido por disposiciones de carácter internacional y nacional.

Sobre el primer problema secundario: Dentro de las regulaciones constitucionales del país, la Constitución opta por el modelo de la economía social de mercado (en adelante, ESM). Esto implica esencialmente que el Estado se ve regido por una economía de carácter social que garantice el bienestar social de la población al mismo tiempo que se promueve la iniciativa privada dentro del marco de la libre competencia. Ello conlleva no solamente al

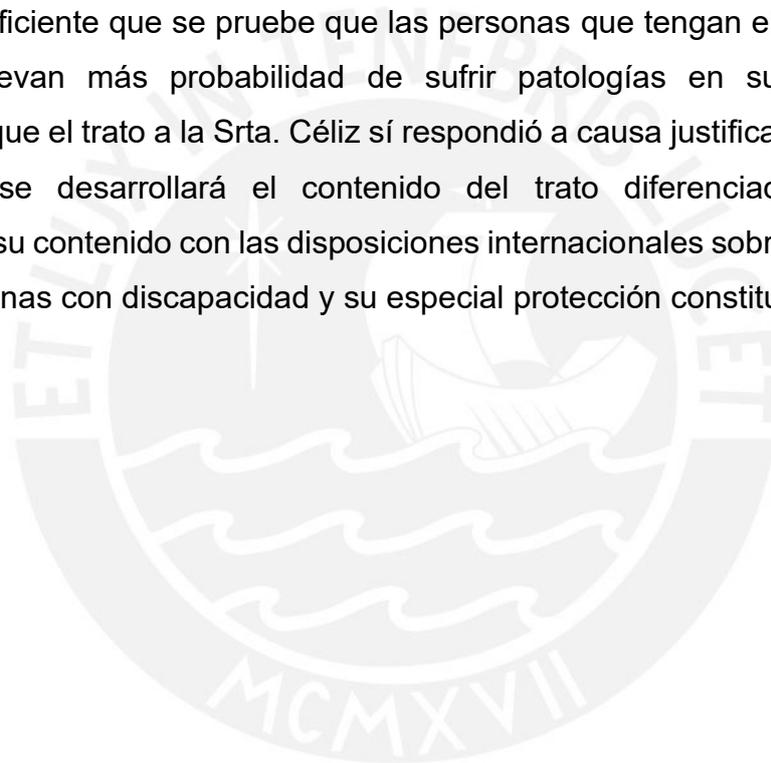
reconocimiento de determinados derechos fundamentales, sino que también involucra el ejercicio de estos dentro de los límites jurídicos impuestos. En efecto, los derechos fundamentales son un límite para las dinámicas del mercado, en donde se ejercer la iniciativa privada en armonía de otros derechos consagrados por la Constitución sin perjudicarlos. Teniendo en cuenta ello, se afirma que el régimen económico vigente engloba como límite del accionar de los agentes económicos a los derechos fundamentales y su contenido explícito. Siendo así, la iniciativa privada y la libertad de contratación no puede ser fundamento para un trato diferenciado a una persona a la que, por su condición de tener síndrome de Down, se le denegó la posibilidad de acceder a un seguro de salud cuando a otros en las mismas condiciones sí han sido aceptadas por Rímac.

Sobre el segundo problema secundario: Se encuentra que la decisión de la empresa Rímac de no contratar con la señorita Céliz por su condición de sí constituye un trato diferenciado. Ahora bien, en relación a la justificación de dicho trato diferenciado, se identifica que los argumentos esgrimidos por Rímac no consiguen probar que se basaron en razones de carácter objetivas ni justificadas. Cada argumento de Rímac será analizado a la luz de lo desarrollado por la Sala. Respecto del acto básico de selección injustificada de cliente, se sostiene que es una figura jurídica que no puede se puede subsumir de acuerdo a los hechos del caso y a las disposiciones normativas. Ello es así, porque estamos ante el caso de una persona que al, tener el Síndrome de Down, le aplica un régimen de protección constitucional específico de acuerdo con marco normativo nacional e internacional.

V.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Uno de los fines esenciales de la sociedad es el desarrollo de la persona humana y su dignidad, presupuesto de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. En relación al régimen económico vigente, la ESM establece un escenario en donde se promueve la iniciativa privada, teniendo en cuenta que el Estado protege a su vez el bienestar social de la población. De acuerdo a estas ideas, concuerdo con el fallo de la Sala en el extremo en que la empresa Rímac

sí cometió un acto discriminatorio en contra de la Srta. Céliz al haber negado la contratación del seguro Red Salud por su condición de tener síndrome de Down. Considero un atino de la Sala el desvirtuar los argumentos de defensa de Rímac en donde afirman que su trato diferenciado hacia la señorita Céliz respondía a causas justificadas y de carácter objetivo. Por su parte, considero que los votos de los vocales Arrús Olivera, Mujica Serelle y Montoya Alberti no contienen una argumentación idónea que incluya las aristas de especial atención en el caso. Sobre esto, se analizará los argumentos utilizados por el vocal Arrús Olivera respecto a los límites que establece el régimen económico vigente y se evaluará si resulta suficiente que se pruebe que las personas que tengan el síndrome de Down conllevan más probabilidad de sufrir patologías en su salud para determinar que el trato a la Srta. Céliz sí respondió a causa justificada y objetiva. Asimismo, se desarrollará el contenido del trato diferenciado ilícito, se relacionará su contenido con las disposiciones internacionales sobre los DD. HH. de las personas con discapacidad y su especial protección constitucional.



VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

VI.1. Discriminación en el consumo

VI.1.1. Definición en relación con el Derecho de protección del consumidor

Como se evidencia en lo regulado por el artículo IV.1 del Código, el consumidor goza de un lineamiento de protección, por parte del Estado y su regulación, frente a los proveedores y las condiciones de mercado. Es cierto que existe un marco de protección al consumidor, siendo que el Código fija la regulación normativa que protege a los consumidores dentro de la legislación peruana. Así, se tiene que este marco normativo tiene como fin, por tanto, el proteger a los consumidores respecto a las condiciones en las que adquieren, usan o disfrutan de bienes o servicios y velar por los derechos de los mismos.

Es necesario dar una mirada al artículo 65° de la Constitución peruana, ya que se dispone la protección de los intereses de los consumidores y usuarios por parte del Estado, para lo cual les garantiza su derecho a la información sobre los bienes y servicios que utilizan, y vela por la salud y seguridad de la población. En lo que respecta, el mandato constitucional erige un principio de protección al consumidor y, a su vez, regula un derecho subjetivo de los consumidores.

Siendo así, Donayre Montesinos (2019) mantiene la idea de que la asimetría se volvió tan importante que el estado se ve en la obligación de asumir un papel protector en beneficio de los desfavorecidos, es decir, los consumidores (p. 38). Con esto, la característica de la asimetría informativa es una en la cual se construye una relación de consumo, en donde el proveedor estará en una posición ventajosa de acceso a la información respecto de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado. Siendo que esto representa una desigualdad entre el proveedor y el consumidor, el Estado asume un rol protector como mandato constitucional, pues la protección al consumidor tiene incidencias de carácter crucial en la ESM. Para garantizar el bienestar del consumidor y que las operaciones de consumo se den de forma justa, el Estado debe asumir un rol activo y protector, tal y como se dispone en el citado artículo de la Constitución.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se establece en el artículo 1º.1. de la CADH la Obligación de respetar los derechos: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Por su parte, el Perú establece en su artículo 2º.2. de la Constitución Política que toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Según lo normado por el artículo 2º.2. de la Constitución del Perú, se regula la no discriminación de las personas por razones de sexo, origen, idioma, raza y otros motivos. De esta forma es concebible que el Estado reconoce a todas las personas por iguales y sancione todo tipo de segregación, distinción o discriminación que no responda a razones objetivas y razonablemente proporcionadas. Si bien existen características que hacen a cada persona única y las diferencia de las demás, todas las personas como ser humano gozan de una dignidad inherente a sí mismas, la cual las hace igual frente a todos.

Muchas veces la discriminación puede ser un obstáculo para el plan de vida de las personas y se considera que la discriminación no es un mal solitario de la sociedad, sino que este mal implica un impedimento del desarrollo de las personas e involucra el impedimento de ejercicio de otros derechos fundamentales. Tal y como se verá más adelante, en el caso Céliz versus Rímac se involucra un tema de discriminación en donde no solamente se afecta la igualdad y no discriminación, sino también se atenta contra el ejercicio del derecho a la salud de forma indirecta.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta también el régimen económico vigente que se establece según la normativa constitucional. Desde la Constitución, al dar una mirada al artículo 58º y subsiguientes, se entiende que el sistema económico vigente es la ESM: brevemente, el Estado está regido por una economía social

orientada hacia el bienestar de la población y promueve la libre iniciativa privada en el ámbito de la libre competencia. Esto implica reconocer ciertos derechos fundamentales y ejercerlos dentro de los límites legales establecidos. En otras palabras, los derechos fundamentales son un límite para las distintas actuaciones de los agentes de mercado, lo que significa que la libre iniciativa privada no puede ejercerse en detrimento de otros derechos consagrados constitucionalmente. Cabe resaltar que el tema de la ESM va a ser profundizado en el capítulo siguiente. Por ahora, lo descrito contribuye a tener claridad respecto del panorama general del régimen económico en el que se rige el Estado peruano.

Para seguir con la línea de desarrollo, se encuentra necesario definir a la luz de lo regulado por el Código el concepto de relación de consumo. Siendo que el artículo IV.5. se regula su definición, se debe tener en cuenta que se desenvuelve en el contexto de marco normativo constitucional, es decir, que no solamente está envuelto dentro del régimen económico vigente, sino que también encuentra una estrecha correlación con los derechos fundamentales y su desenvolvimiento en sociedad.

Tal y como se vio en líneas anteriores, la repartición de recursos, en el desarrollo de la ESM, se da en el contexto de las dinámicas del mercado junto con la libre competencia. En efecto, Thorne León (2010) agrega la idea de que las necesidades individuales se satisfacen como consecuencia de diversas transacciones realizadas, dentro de las limitaciones de la libertad, entre quienes demandan bienes y servicios para cubrir sus necesidades y quienes ofertan dichos bienes y servicios (p. 62). Respecto al mandato constitucional de no discriminación, este mismo no queda en la esfera constitucional solamente, sino que abarca todas las esferas jurídicas indistintamente, siendo que se convierte en un principio rector de la sociedad. En este sentido, la discriminación se ve envuelta tanto en las relaciones de consumo como fuera de estas. Un ejemplo de esto es cuando, a pesar de no configurarse una relación de consumo, no está permitido el denegar el ingreso a un local público o impedir acceder a un bien o a un servicio por razones de índole subjetivas o reprochables socialmente.

Entonces, el régimen de protección de los consumidores es aplicable tanto dentro como fuera de la relación de consumo.

VI.1.2. Discriminación en el consumo: desarrollo y jurisprudencia

En el contexto de diversas denuncias presentadas contra discotecas por restringir el acceso a personas en base a criterios racistas en 1998, el Congreso de la República aprobó la Ley N.º 27049. Esta ley prohibió de manera explícita y por primera vez la discriminación hacia los consumidores en el Perú y fue incorporada al Decreto Legislativo N.º 716, Ley de Protección al Consumidor en vigor en aquella época. Hoy en día, se tiene la regulación de la discriminación dentro del Código, que prohíbe la discriminación de todo tipo, la cual califica como una infracción administrativa y establece que el Indecopi puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador tanto a pedido de parte como de oficio.

Con el nuevo Código en vigencia del año 2010, el Indecopi interpretó que el presente artículo sancionaba dos conductas: en primer lugar, la discriminación en el consumo y, en segundo lugar, el trato diferenciado ilícito. De acuerdo con Delgado Capcha (2020), respecto al primer tipo, se confirmaba cuando no se aplicaban a los consumidores las mismas condiciones comerciales por pertenecer a un grupo históricamente discriminado; mientras que, respecto al segundo tipo, se hacía referencia a la selección de clientes, exclusión de los mismos u otras acciones equivalentes sin razón objetiva ni justificada (p. 27). En el año 2019, la Sala cambió de criterio sobre la prohibición de la discriminación. A partir de esto, la nueva conformación de la Sala consideró que el artículo 38º, sobre la prohibición de discriminación, debe entenderse como un único tipo infractor en donde se considera como un acto discriminatorio cualquier conducta que afecte el principio de igualdad. En efecto, el nuevo criterio consiste en que la discriminación engloba tanto al antiguo parámetro de trato diferenciado ilícito como al de discriminación. En el siguiente apartado se verá con mayor detenimiento.

Acerca de la jurisprudencia administrativa sobre la materia, la SDC, mediante la Resolución N.º 1415-2006/TDC-INDECOPI (caso Café del Mar), señaló que, en relación a los artículos 2º.2. y 62º de la Constitución, estas normas

constitucionales no se contradicen entre sí, ya que el derecho a la libertad de contratación no puede servir de base para vulnerar el principio de no discriminación, principio esencial en una sociedad democrática (p. 3). Respecto a esto, se tiene que la Sala toma en cuenta que para el desarrollo de una sociedad democrática y justa se debe respetar los derechos fundamentales, siendo que la no discriminación debe ser armonizada con el derecho a la libertad de contratación. En este sentido, se evidencia un equilibrio de ambos derechos en donde los privados no pueden incurrir en actos de segregación ni discriminar a un consumidor, pues no estaría en un balance dentro de la base de un estado de derecho democrático. Como reconoce la Sala, ambos derechos no son contradictorios entre sí: la no discriminación establece un principio que no solamente debe ser respetado por el Estado, sino que los privados también están sujetos al mismo.

Sobre la Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI, en este caso la SDC opta por un desarrollo del tipo infractor de la discriminación relacionado al desarrollo constitucional del mismo. De esta forma, se señala en el fundamento jurídico N.º 18. de la misma resolución que el trato lícito se da con lo siguiente: (i) que los consumidores que reciben un trato diferente se encuentren en diferentes situaciones de hecho, (ii) que el trato diferenciado responda a una propósito, (iii) que el propósito sea razonable, (iv) que exista congruencia entre el trato desigual y el propósito, y (v) que exista proporción entre el trato desigual y el propósito perseguido.

En lo sucesivo, la SDC introdujo un criterio más para identificar la discriminación en el consumo en el fundamento jurídico 12. de la Resolución N.º 421-2008/SC2-INDECOPI: se acreditará una conducta discriminatoria en el consumo cuando se considere que los consumidores pertenecen a un grupo específico determinado por su raza, género, idioma, orientación sexual y demás en lo referido al artículo 2º.2 de la Constitución y que por una de estas razones se le niega el acceso a un bien o servicio (como se citó en Lee Kay Pen Risso, 2019, pp. 27-28). Con esto, se tiene que la Sala fija como criterio para identificar la figura de discriminación en el consumo: el pertenecer a un grupo determinado que, por sus características, sean discriminadas social e históricamente.

De lo señalado, la distinción entre la figura de la discriminación frente a la del trato diferenciado ilícito engloba que el primero se da cuando el trato diferenciado se basa en una de las razones prohibidas, tales como la raza, el género, la cultura, la religión, postura política, discapacidad, entre otros más.

VI.1.3. Caso Céliz versus Rímac: acto de discriminación

El caso en específico se desarrolla en torno a la temática del mercado de seguros donde se ve involucrado la empresa de seguros Rímac. El mismo ofrece distintos tipos de seguros a sus clientes, donde uno de ellos es el seguro Red Salud. Siendo así, el caso aborda concretamente en que el Sr. Céliz solicita a Rímac, con la cual contrataba el seguro Red Salud en mención, inscribir en el mismo a sus dos hijos e hija. Ante dicha solicitud, la empresa Rímac atiende el pedido e inscribe a los dos hijos del Sr. Céliz y ante la solicitud de inscripción de la hija responde con una negativa debido a que la Srta. Céliz tenía Síndrome de Down. Ante esto, fundamentó su negativa en que las personas con el Síndrome de Down son más propensas a contraer enfermedades y con el paso del tiempo la condición de su salud tiene una alta probabilidad de verse afectada negativamente, más que el promedio de personas en general. De este modo, hacen mención y ejercen el derecho a la libertad contractual consagrado por la Constitución Política vigente y el modelo económico adoptado por este, lo que les permitiría elegir con qué personas relacionarse contractualmente, qué riesgos asumen y con quienes no lo harían. Ante dicha situación, el Sr. Céliz denuncia los hechos ante el Indecopi en contra de la empresa de seguros Rímac por discriminación.

Como problema jurídico principal, se encuentra que el accionar de Rímac tiene altas sospechas de incurrir en un acto de discriminación. Esto es que dentro del caso se debe tener en cuenta una variable importante que juega un rol específico para el análisis del problema a identificar: en este caso se está frente a una situación donde una persona pertenece a un grupo que, por condiciones estructurales de la sociedad, se encuentra en situación de vulnerabilidad. En este sentido, se apunta a que el problema jurídico principal es si el accionar por parte de la empresa de seguros Rímac incurre en un acto de discriminación en contra

de Sandra Paloma Céliz Rossi, hija del denunciante Miguel Angel Céliz Ocampo, al no permitir su inscripción solicitada en el seguro de Red Salud por el hecho de tener el síndrome de Down. Siendo así, se puede formular una pregunta respecto al problema jurídico principal identificado, que quedaría de la siguiente forma: ¿El accionar de la empresa Rímac incurre en un acto de discriminación en contra de la Srta. Céliz al no permitir su inscripción solicitada en el seguro de asistencia médica Red Salud por su condición de tener síndrome de Down?

Sobre esto, de acuerdo a la variable mencionada anteriormente, la Srta. Céliz pertenece a un grupo que, por condiciones adversas de la sociedad, se encuentra en situación determinada que genera un grado de vulnerabilidad, esto es, pertenece al grupo social de la discapacidad. Ante ello, se encuentra que en el caso es identificable claramente un motivo prohibido, lo cual es sancionado al alcance del artículo 2º.2. de la Constitución sobre discriminación. Siguiendo el criterio adoptado por el Indecopi anteriormente, sí estamos ante un caso de discriminación, ya que la persona sobre la cual se ejerce un trato diferenciado tiene síndrome de Down, característica que es inherente a la persona. Por lo tanto, se sostiene correcta y válidamente que el trato diferenciado en el que Rímac incurrió respecto de la Srta. Céliz no clasifica como un trato diferenciado ilícito y constituiría un supuesto grave de discriminación en el consumo.

Sobre esto, Lee Kay Pen Risso (2019) plantea lo siguiente: la distinción entre lo que es la discriminación y el trato diferenciado ilícito es que el primero tendría por razón un motivo prohibido; el segundo, en cambio, se basaría en una razón subjetiva sin calificar como motivo prohibido (p. 21). En relación al caso en concreto, se encuentra que el tipo infractor que se identifica, de acuerdo a lo señalado por el criterio de Indecopi al momento de resolver el caso, es el de discriminación en específico. En virtud de ello, el evidenciar que el motivo por el cual se excluye a la señorita Céliz de poder ser inscrita en el seguro Red Salud corresponde a uno de los motivos que se encuentra inmerso dentro de las llamadas categorías prohibidas, tal y como lo es la discapacidad. Siendo que una categoría, por lo general, son razones de reproche social con alguna característica de la persona, la cual no puede dejar de lado esta característica, pues es parte de su persona y su identidad.

De acuerdo con los hechos del caso, Rímac argumenta que aquellos con síndrome de Down pueden presentar más altas probabilidades de contraer enfermedades en comparación de aquellos que no tienen síndrome de Down. En este sentido, decide no otorgar a la Srta. Céliz la póliza del seguro en mención. No obstante, no tiene en cuenta que este trato diferenciado está en contacto directo con la característica propia de la persona, por lo cual podría levantar altas sospechas de discriminación. En consecuencia de ello, Rímac sostiene como parte de defensa que no incurren en acto de discriminación debido a que anteriormente ya han otorgado la póliza de seguro a otras personas en la misma situación. En este sentido, resulta la duda respecto a que si una empresa ha contratado con anterioridad con personas con síndrome de Down es fundamento suficiente como para descartar una infracción muy grave como lo es la discriminación. Asimismo, de esto uno se puede preguntar si es que ya han contratado con personas con las mismas características anteriormente, por qué ahora lo niegan.

Respecto a las interrogantes, se debe tener presente que se apoya la idea de que esta “defensa” de Rímac jugó en contra de sí misma y, más bien, contribuyó con identificar una clara contradicción con lo alegado por la empresa de seguros: ¿si ya han contratado antes con personas que tienen síndrome de Down, por qué ahora sostienen que contratar con una persona con la misma característica implica un riesgo alto que, por su libertad de contratación, no están dispuestos a asumir? Al respecto, se considera que el simple hecho de sostener que no se está ante un acto de discriminación debido a que anteriormente se ha contratado con personas con las mismas características no resulta un medio de defensa ni medio de prueba para descartar un acto discriminatorio. En efecto, cada caso resulta ser único y complejo en su materia. La discriminación es un tema de complejidad y no resulta preciso sostener que por determinada conducta anterior de la persona infractora no se le pueda acusar de incurrir en un acto de discriminación. El afirmar esto dejaría abierta la posibilidad de establecer un requisito perverso de la discriminación: el requisito del que se habla es el necesario reincidir en la conducta infractora en cuestión. Ello sería así, porque ante un caso en donde se acuse a un agente económico de incurrir en actos de

discriminación en el consumo, fácilmente podría defenderse con el argumento erróneo de que antes no ha incurrido en la conducta discriminatoria o, como es el caso, ha contratado con anterioridad con personas de las mismas características sobre la cual se acusa de discriminar. En consecuencia, se haría necesario para poder determinar un acto discriminatorio que el agente sobre el cual se sostiene que incurrió en actos de discriminación sea reincidente sobre el mismo hecho. Resulta ilógico y desproporcional establecer un criterio de este tipo e, incluso, dejar abierto la puerta para que este requisito se abra paso sobre los casos de discriminación.

Por su parte, dentro del modelo de la ESM, no se puede sostener el ejercicio de un derecho fundamental en detrimento de la esfera del ejercicio de otro derecho consagrado constitucionalmente. Esto implica que los derechos fundamentales encuentran como límite establecido el ejercicio pleno de otros derechos del mismo rango. Se considera tajantemente que el ejercer las libertades económicas de una empresa no significa que como resultado se vulneren otros principios rectores que rigen el modelo económico vigente. Según lo analizado hasta este punto, parte de la defensa de Rímac radica en la esfera jurídica del ejercicio de sus libertades económicas que reconoce la Constitución Política. Sin embargo, se evidencia que esta defensa no toma en cuenta los límites que existen y están regulados por la legislación.

Sobre el referido artículo 38° del Código, el tipo infractor en el cual se subsume la actuación de Rímac responde a características personales. Sobre esto, Amaya Ayala (2015) enfatiza que algunos grupos raciales, históricamente, se han encontrado frente a frente a la discriminación en todas las culturas, siendo en particular los que tienen tono de piel más oscuro, las mujeres, los inmigrantes, personas con escasos recursos económicos y muchos más (p. 20). El autor sostiene que aquellos que poseen estas características han sido y hasta ahora son consideradas inferiores o no merecedoras de determinados derechos, bienes o servicios; en consecuencia, es de esperar que estemos frente a la discriminación en el caso de un trato diferenciado hacia uno de estos grupos (Amaya Ayala, 2015, p. 20). En virtud de lo expuesto, la discapacidad no es ajena a esta realidad: aquellos individuos con discapacidad pertenecen a un grupo

históricamente discriminado dentro de la sociedad peruana, siendo que esta situación y las adversidades de la sociedad generan una situación de vulnerabilidad contra este grupo de personas. Por lo tanto, se considera que Rímac sí incurre en un acto de discriminación en contra de Sandra Paloma Céliz Rossi, hija del denunciante, al no permitir su inscripción solicitada en el seguro Red Salud por la característica de tener síndrome de Down. En los siguientes apartados se abarcará a profundidad sobre los distintos votos de los vocales de la resolución sujeto de análisis.

VI.2. Del régimen económico vigente

VI.2.1. Régimen económico, social y político

Dentro el modelo económico de la Constitución, el artículo 58° establece los pilares del régimen económico: la ESM y la libertad de la iniciativa privada. En esta línea de ideas, el régimen económico peruano se rige por la ESM dentro del contexto de promoción de las libertades económicas. Dicho con palabras del autor Álvarez Miranda (2014), la lógica de la ESM se basa en el mayor tamaño del mercado posible y la mayor intervención necesaria por parte del Estado, lo que significa darle un papel central en la promoción del crecimiento económico equitativo y, en consecuencia, construir espacios sociales igualmente vitales (p. 263). Respecto a ello, se tiene que la regulación económica del Estado se erige bajo la garantía de las libertades económicas y bajo conceptos sociales, los cuales son los principios sobre los que se basa la regulación por parte del Estado en los escenarios económicos. A manera de complemento, el TC ha precisado que la ESM abraza los principios constitucionales de libertad y justicia, lo que la hace adherirse a los fundamentos que motivan al Estado social y democrático de derecho. A su vez, la libertad y el desarrollo de la igualdad material predominan en este sistema (Sentencia del Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 16.).

Siendo un principio rector del modelo económico adoptado, la libertad de iniciativa privada se relaciona llanamente con la libertad que poseen las personas de participar de las dinámicas económicas de la sociedad. De esta forma, todas las personas tienen la libertad y autonomía plena de participar de la actividad

económica y elegir la forma en que lo harán. Como parte del régimen económico, tanto la garantía de las libertades económicas como la ESM son los principios que sustentan el modelo económico.

En dicho contexto, el artículo 59° dispone que el Estado debe estimular la riqueza, garantizar la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, siendo que el disfrute de estas libertades no debe ir en detrimento de la moral, la salud, o la seguridad pública. Esto es importante debido a que establece un marco de ejercicio de estas libertades en donde se garantiza dichas libertades con una limitación fijada específicamente. En efecto, Velarde Koechlin (2021) agrega que la ESM prevé una amplia aplicación del libre mercado con la salvedad de que el Estado regirá ciertas áreas que, por su trascendencia, deben ser reguladas o controladas como, por ejemplo, los servicios públicos (p.155).

El derecho fundamental a la libertad de empresa es esencialmente un derecho de carácter económico que goza toda persona el cual consiste en la protección de la libre determinación para desarrollar actividad empresarial en múltiples formas (Landa Arroyo, 2017, pág. 127). Dicho de otro modo, la libertad de empresa es un derecho que permite la libre autodeterminación de manera que uno podrá ejercer una actividad empresarial en la sociedad. El modelo económico vigente garantiza que las personas tengan la posibilidad de la libre autodeterminación de la actividad y la forma empresarial que se optará dentro de las dinámicas económicas. Como se observa la libertad de empresa constituye parte esencial del modelo económico, pues de no estar garantizado esta libertad económica, el modelo vigente no podría concretizarse o, mejor dicho, no podría sostenerse bajo los principios que lo erigen. Como limitación, se encuentra lo señalado en el último párrafo de la sección anterior.

Por su parte, el derecho de la libertad de contratación viene regulado en el artículo 62° de la Carta Magna. A saber, Landa Arroyo (2017) explica que la libertad de contratación es el derecho subjetivo que protege la libre determinación para decidir celebrar o no un contrato, su contenido y con quién celebrarlo (p. 121). Dicho esto, es importante resaltar que la libertad de contratación forma parte de los pilares del régimen económico vigente, pues por

medio de esta se manifiesta la voluntad de las partes dentro de una contratación. Siendo así, está garantizada dicha libertad y el contenido que se puede pactar producto del ejercicio de la misma.

Por añadidura, se debe agregar que, al amparo de la Constitución y hablando del artículo 103° en específico, se proscribiera el abuso del derecho. En vista de ello, se tiene el principio sobre el cual el ejercer los derechos fundamentales no puede darse de tal forma que sea lesivo de otros derechos fundamentales. Es válido afirmar que la libertad del ejercicio de los derechos en mención se ve garantizado por el modelo económico adoptado por la Constitución. Aun así, como se aprecia, los derechos mencionados encuentran límites claros y establecidos que se enmarcan cuando el ejercicio de dichas libertades se da en detrimento de otros derechos fundamentales y demás disposiciones constitucionales. De esta forma, es perfectamente aceptable y correcto afirmar que el ejercicio de los derechos fundamentales no tiene un carácter absoluto y presenta limitaciones legales que circunscriben su ámbito de aplicación y ejercicio dentro de la ESM y del respeto de la libre autonomía privada.

VI.2.2. Deber de protección del consumidor

Es esencial dar un vistazo a lo regulado por la Constitución, en específico su artículo 65°, pues es el fundamento constitucional directo de la protección de los consumidores dentro del marco legal peruano. De lo regulado, se aprecia que se dispone un principio de actuación del Estado frente al régimen económico. En efecto, se establece un principio-deber de protección hacia los intereses del consumidor y el usuario, siendo que el mismo Estado debe actuar frente a las posibilidades de vulneración de los intereses de los mencionados.

Efectivamente, se tiene un asidero constitucional por el cual se establece el principio-deber de actuación del Estado, dentro del respeto los parámetros de las libertades económicas, encaminado a la protección de sus intereses y, es importante resaltar, de sus demás derechos reconocidos por el marco legal sobre la materia. En virtud de ello, la protección del consumidor no es un reconocimiento constitucional aislado, pues es necesario resaltar la unidad y complementariedad de, justamente, las disposiciones constitucionales: en

efecto, se desenvuelve dentro del marco de la promoción de la ESM y de la libre iniciativa privada.

Sobre esto, queda claro y es correcto afirmar que, según lo visto como límites, la protección del consumidor es un principio-deber que no es absoluto dentro del marco jurídico actual. Como se ha ido desarrollando, los límites se encuentran circunscritos dentro del marco del ejercicio de otros derechos fundamentales y la prohibición de ejercer un derecho de forma abusiva. En vista de ello, se observa que la protección del consumidor es analizada de una perspectiva subjetiva en donde el consumidor no solamente es quien cierra la cadena de consumo ni que su protección se justifica porque la Constitución lo dice. Esta idea se ve complementada por lo que expresa el autor Donayre Montesinos (2019), quien agrega que una concepción subjetiva de la protección al consumidor se centra en las circunstancias de cada individuo que participa en la relación de consumo, siendo que el desequilibrio entre las partes obliga al Estado a desempeñar un papel protector del que está en desventaja (p. 38).

En adición a esto, resulta necesario precisar que el deber de protección en mención también abarca lo que es la garantía del derecho a la salud y la seguridad, que abarca tanto a la relación de consumo como en la exposición a la relación de consumo. A saber, estos parámetros se mencionan dentro de los artículos 58º y 65º mencionados. De forma clara, se tiene que no se puede exponer al peligro o, incluso, ser lesivo de la salud y la seguridad dentro del uso normal y previsible de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado. A esto hay que agregar que las dinámicas del mercado, dentro de un contexto desarrollado hasta ahora, no pueden bajo ninguna circunstancia denegar el acceso a la salud ni a la seguridad que son garantía del deber de protección del consumidor dentro del modelo económico vigente. Asimismo, se resalta que muchas veces la promoción de la salud, en específico, se da por medio de los privados y no solamente las instituciones públicas.

Por otra parte, se considera de especial importancia para el desarrollo analítico del presente caso la visión que presenta el Código respecto a las condiciones de vulnerabilidad en referencia a la protección al consumidor. El artículo VI.4 del

Código cobra relevancia en la medida que se reconoce lo que es el concepto de la vulnerabilidad de cierto sector de los consumidores, quienes están dispuestos ciertas condiciones estructuradas por la sociedad que genera que este sector de los consumidores se encuentre en condiciones de vulnerabilidad frente a otros. Se considera de especial importancia, pues este reconocimiento no solamente implica una diferenciación dentro de los consumidores, sino que también exige una especial tutela por parte del Estado, siguiendo los lineamiento del modelo económico y político vigente. Dicho de otro modo, el Estado también tiene el deber de reconocer las condiciones en que la sociedad ha sido desarrollada a lo largo de la historia y de reconocer que dichas estructuras sociales pueden generar una situación de vulnerabilidad en cierto sector de los consumidores que puedan tener condiciones especiales.

El reconocimiento de la vulnerabilidad de los consumidores juega un rol importante dentro de la regulación referente a la protección de los consumidores, pues establece un criterio orientador de las políticas públicas que se adopte referente a la protección de los consumidores, el cual exige la visibilidad de las condiciones sociales que generan una situación de vulnerabilidad sobre los consumidores con condiciones especiales. Esto no solamente se encuentra en línea con los principios fundamentales del modelo social, económico y político, sino que también se alinea con el derecho-principio a la no discriminación e igualdad. Esto agarra terreno firme a manera de que se evidencia que el reconocimiento de los consumidores expuestos a la vulnerabilidad es un reconocimiento de la desigualdad existente generada por las condiciones estructurales de la sociedad y es una manifestación del mandato de no discriminación. Al respecto, la idea que se presenta se complementa con la idea de Carranza Álvarez (2017): reconocer la vulnerabilidad de un consumidor significa reconocer su inferioridad y su debilidad en el mercado frente a las grandes empresas y corporaciones de las que depende para satisfacer sus necesidades (párr. 52).

En relación al voto del vocal Arrús Olivera, adoptó la postura por la cual Rímac recurre a sus libertades económicas en un ejercicio correcto y válido principalmente por el hecho de probar que las personas con la condición de tener

síndrome de Down son más propensas a contraer enfermedades y se encuentran expuestas a un mayor riesgo que las personas sin síndrome de Down. En este sentido, se considera que la posición en mención no es válida en razón de que el trato diferenciado que se dio no cumple con los estándares de ser razonable y, asimismo, por entrar en conflicto con otros derechos fundamentales del consumidor.

Al respecto, se debe tener en cuenta que lo solicitado por el Sr. Céliz no implica en ningún extremo que se otorgue la póliza de seguro bajo las mismas condiciones que una personas en general. Esto es un parámetro importante al momento de analizar la razonabilidad de la negativa de Rímac, pues determina un esquema a seguir en donde se tendría como objetivo principal el asegurar a la Srta. Céliz respecto del seguro Red Salud, mas no determinaría el objetivo de asegurarla bajo las mismas condiciones que una persona en general. De acuerdo con esto, se considera que Rímac está en capacidad de determinar que riesgos implica asegurar a una persona con síndrome de Down debido a que sí ha contratado con anterioridad con personas de las mismas características. Asimismo, es necesario resaltar la posición desigual entre proveedor frente al consumidor: en este caso Rímac tiene una facilidad de acceso a los recursos, a la información y las condiciones que resultan necesarias para determinar los riesgos que implica el aseguramiento de una persona con síndrome de Down. Es un hecho que Rímac no tuvo en cuenta la situación en concreto sobre la Srta. Céliz: el régimen de protección especial que poseen las personas con discapacidad. En lo sucesivo, existen otras medidas menos gravosas a la negativa de contratación, las cuales están al alcance de Rímac, que determinan que su accionar no resultó ser razonable ni proporcionado. Si bien las condiciones de riesgos son diferentes, no toma en cuenta que la medida adoptada resultó ser lesivo no solamente del derecho a la no discriminación, sino que también negó el acceso a un seguro de salud a la Srta. Céliz, lo que afectó su derecho a la salud como consumidora de forma irrazonable.

Respecto al ejercicio de las libertades económicas, se encuentra que resulta un peligro que estas sobrepasen el umbral social y constitucional de la ESM. Se considera que privilegiar las libertades económicas frente al derecho de la

discriminación no cumple con un ejercicio de los mismos en armonía de la esfera jurídica de los derechos fundamentales sin sobrepasar o incurrir en un ejercicio abusivo del mismo. Al respecto, se tiene lo dispuesto por la SDC en la Resolución N.º 1415-2006/TDC-INDECOPI, citada en los apartados anteriores, por el cual se ratificó que el derecho de la libertad de contratación no puede ser una razón que permita justificar la vulneración al principio de no discriminación. De esta forma, se tiene que este desarrollo de ambos derechos fundamentales viene siendo parte de las consideraciones del Indecopi. Se concuerda con esta última apreciación debido a que refleja lo desarrollado sobre el límite de las libertades económicas en el modelo de la ESM. Justificar un acto discriminatorio sobre la base del derecho de la libertad de contratación deja abierta la posibilidad de que exista un sobrepeso en el balance a favor de los derechos de carácter económico por encima de otros derechos fundamentales, lo que no es un concepto de una sociedad democrática.

Con esto, se considera que el voto del vocal Arrús Olivera es incorrecto y no analiza en su conjunto las implicancias que conllevaría privilegiar un ejercicio de libertades económicas por encima de la dignidad de las personas. La libertad de contratación, se reitera, no justifica actos discriminatorios en contra de las personas. Dentro de una ESM, no se debe permitir que las libertades económicas pesen más que la finalidad social del modelo económico. Es en este sentido que se considera que la Sala hizo una correcta elección al considerar de que se trató de un caso de discriminación agravada, dentro de lo que es el primer criterio adoptado por el Indecopi sobre el artículo 38º del Código. Por lo tanto, el accionar de Rímac se encuentra por fuera de los límites de sus libertades económicas dentro del marco del modelo económico vigente.

VI.3. Criterio del Indecopi: acto diferenciado ilícito o acto discriminación

VI.3.1. Trato diferenciado ilícito y discriminación.

Desde su entrada en vigencia hasta hace unos años en 2019, el Indecopi interpretó el artículo 38º del Código de manera que fijó dos tipos infractores. De lo desarrollado anteriormente, se encuentra que se tratará como acto de trato

diferenciado ilícito cuando las razones que responden al trato diferenciado son injustificadas, pero con la peculiaridad de que no son motivos prohibidos. Se puede afirmar que los motivos que configuran un trato diferenciado ilícito responden a la raza, el sexo, la religión, la orientación sexual, la edad, por discapacidad, condición económica y de otras índoles. Por su contraparte, la discriminación sí respondería por estos razones de impacto social y, por ende, presenta una situación de mayor gravedad.

Resulta necesario mencionar la importancia de la Resolución N.º 2025-2019/SPC-INDECOPI, pues dicha resolución estableció que el artículo 38º tipifica un mismo tipo infractor, siendo que ambas figuras constituyen la figura de la discriminación en el consumo, incluyendo todo acto que vulnere la igualdad e incurra en un trato discriminatorio (fundamento jurídico 27.). Este cambio de criterio de la Sala, se considera el correcto al momento de analizar la figura de la discriminación en el consumo a día de hoy.

La Sala no deja de reconocer que aquellos casos en donde medie un trato discriminatorio por razones prohibidas por el ordenamiento jurídico sea un caso de especial gravedad. En realidad, es necesario reconocerlo y tenerlo en cuenta como criterio fundamental respecto de la graduación de la sanción, pues de lo contrario se estaría dando un mensaje erróneo a la sociedad. En efecto, la graduación de la sanción debe tener en cuenta las aristas de especial gravedad que pueda tener un caso de este tipo, sobre todo en casos de discriminación en el consumo. De esta forma, se retribuye el carácter de la justicia social que se persigue en una ESM, pues dentro de este modelo económico no pueden pesar las libertades económicas de los proveedores por sobre encima de los derechos de los consumidores.

VI.3.2. Discapacidad y protección del consumidor

A la luz de lo visto líneas más arriba, el régimen normativo de la protección al consumidor reconoce el principio de vulnerabilidad de los consumidores. En relación a esto, la discapacidad toma relevancia en el desenvolvimiento social de las personas con condiciones especiales, pues la sociedad ha sido estructurada de tal forma que genera que dichas condiciones especiales de las

que se hace mención sean condiciones que les procuren dificultades para el desarrollo pleno de proyecto de vida. En vista de ello, la sociedad genera la vulnerabilidad de las personas con discapacidad, lo que conlleva a que se encuentren en desventaja en comparación de quienes no presentan dichas condiciones. Al respecto, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables determinó en su Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030 que la población con discapacidad se enfrenta a una discriminación estructural, lo que genera que estas personas se enfrenten a barreras actitudinales, comunicacionales, físicas y sociales que les impone la sociedad en la actualidad (2021, pág. 23).

Adicionalmente, la discapacidad pasa a ser un motivo prohibido dentro del instrumento internacional de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIDPCD) en conjunto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPCD), siendo que esta última define lo que es la discriminación por discapacidad dentro del artículo 2º. Siendo así, la discapacidad pasa a ser uno de los motivos prohibidos dentro del ordenamiento. Esto conlleva a que todo acto discriminatorio que lleve consigo el motivo de la discapacidad resulta ser lesivo de los derechos del consumidor: no solamente se está negando un acceso a la relación de consumo por razones discriminatorias, sino que dicha actuación resulta lesiva de sus demás derechos.

Efectivamente, al estar ante la razón de discapacidad, se ve vulnerado el derecho a no ser discriminado de la Srta. Céliz, pues se le deniega el acceso al seguro Red Salud por su condición. Asimismo, se identifica otra vulneración a las normativas de la protección del consumidor, esto es que se evidencia que por medio de esta conducta se le deniega el acceso a la salud. Queda claro que este es un derecho que todo consumidor posee. De lo visto en los artículos 58º y 65º de la Constitución antes mencionados, el Estado vela especialmente por la salud.

En definitiva, dentro de lo que es el régimen de la ESM, la discriminación es una conducta que no debe ser tolerada. La discriminación presenta una situación de

gravedad y reproche social cuando responde a razones injustificadas que son inherentes a las personas, como lo es la discapacidad. Como se observa en el caso, no solamente es lesivo del derecho a la igualdad y no discriminación, sino que también es lesivo del derecho a la salud de la Srta. Céliz al denegarle un acceso a un seguro de asistencia médica por razones discriminatorias.

Sobre el voto de los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti, se considera que no toman como real la relevancia de la condición de discapacidad de la Srta. Céliz en lo que respecta del caso. Asimismo, es evidente que la discapacidad es una característica inherente a la persona que no puede ser cambiada ni estar sujeto a modificación alguna. Como bien se vio en los apartados anteriores, el considerar que no se comete la infracción grave de discriminación, esto de acuerdo al primer criterio que adoptó el Indecopi, por el simple hecho de haber contratado con personas de las mismas características anteriormente es incorrecto.

Efectivamente, el criterio que adoptan los vocales en este sentido es incompleto, pues si bien reconoce que no existe una obligación de asegurar a las personas con síndrome de Down bajo las mismas condiciones que una persona en general, no valora que la simple negativa de contratación afecta otros derechos vinculados, como lo es el derecho a la salud. Dentro de los riesgos asegurables, Rímac tuvo oportunidad de ofrecer un plan de acuerdo a las condiciones distintas respecto de la Srta. Céliz; no obstante, opta por denegar otorgar la póliza de seguro. Los vocales, sobre las razones de Rímac, sostienen principalmente que responden a motivos de carácter razonable y objetivos, pero que Rímac no supo responder al motivo por el cual aseguró en algunos casos a personas con síndrome de Down y en otros casos no lo hizo. Siendo de esta forma, consideraron que se incurrió en una selección injustificada de clientela.

Evidentemente, la afirmación por la cual Rímac no desvalora las características inherentes de determinados grupos humanos, según lo desarrollado por los vocales, por el hecho de contratar con personas de las mismas características genera un peligro de establecer un criterio por el cual la figura de la discriminación requiera que no se haya contratado anteriormente con personas

de las mismas características de las que se denuncia un trato diferente discriminatorio. En efecto, este criterio no toma en cuenta que la discriminación puede darse incluso en casos donde haya existido una vinculación anterior a lo que se denuncia. En estricto, no es necesario establecer un patrón de conducta para determinar la existencia de discriminación: si bien establecer dicho patrón de conducta contribuye a generar convicción sobre la conducta discriminatoria del infractor, no puede ser considerada como requisito para la configuración de un acto discriminatorio. De ser así, se justifica la afirmación de que incrementaría la vulnerabilidad de las personas con discapacidad, pues se dificultaría la probanza sobre actos discriminatorios en su contra. Esto, a su vez, replicaría en los demás grupos sociales históricamente discriminados, lo que conllevaría a un criterio que genere efectos negativos en el mercado y en contra de los consumidores.

Por estos motivos, se considera que la Sala tuvo un atino al rechazar esta postura dentro de la resolución del caso de la Srta. Céliz, pues no tuvo en cuenta que la discapacidad es un motivo prohibido que agrava la situación y deja un peligro de que se incurra en políticas de segregación de consumidores bajo el pretexto de que no se incurre en discriminación debido a una vinculación o contratación previa con personas de las mismas características de la cual se denuncia el tipo infractor de discriminación. En definitiva, no puede calificarse la acción de Rímac como trato diferenciado ilícito, no cumple con las características de la figura en mención, claro está, bajo el primer criterio adoptado por el Indecopi sobre el artículo 38° del Código.

VII. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

En definitiva, a la luz de lo desarrollado en cada apartado y respondiendo al problema principal, se encuentra válido concluir que en el caso de la negativa de Rímac a otorgar la póliza de seguro a la Srta. Céliz es un acto de carácter discriminatorio evidente y grave. Se sostiene esto ya que la negativa de Rímac a la inscripción solicitada responde a la condición de síndrome de Down de la Srta. Céliz. Es claro la pertenencia de la Srta. Céliz a un determinado grupo social históricamente discriminado, siendo que la discapacidad no es ajena a esta realidad en la sociedad peruana. Asimismo, el afirmar que no es incurrir en un acto discriminatorio al vincularse previamente con personas de las mismas características constituye establecer un requisito perverso que dificultaría y expondría a una mayor vulnerabilidad a los consumidores.

El modelo de la ESM contribuye a establecer el escenario planteado en el presente trabajo en el que se desarrolla los alcances y límites que circunscriben los derechos en nuestro ordenamiento. En relación a la protección de los consumidores, la ESM plantea un principio-deber al Estado en donde se establecen los derechos a proteger de los consumidores. Siendo que el derecho a la no discriminación es transversal a todo el ordenamiento jurídico, se tiene como conclusión que las libertades económicas no pueden ser ejercidas en detrimento de los derechos que poseen los consumidores, en específico, el derecho a la no discriminación. En este sentido, el accionar de los privados se desenvuelve en un escenario en donde la libertad de contratación no puede ser razón para que se incurra en un acto de segregación en contra de un grupo social o en contra de una persona en concreto.

Resulta correcto concluir que el accionar de Rímac toma partida del ejercicio de sus libertades económica; no obstante, las ejerce en un sentido incompatible con la ESM. En efecto, el justificarse en la libertad de contratación para negarse a contratar con una persona perteneciente a uno de los motivos prohibidos respecto de la discriminación es inválido y resulta lesivo de los derechos del consumidor en específico. La condición de la Srta. Céliz tiene un rol importante

a la hora de evaluar el caso, pues genera de que se trate de una situación de mayor gravedad al negar una contratación relacionada al acceso a la salud.

La discriminación, se concluye, es un acto contrario a los derechos de los consumidores que no solamente afecta su dignidad, también llega a afectar a otros ámbitos que de desarrollo referente a los consumidores. Esto es que se afecta en simultáneo otros derechos del consumidor que le son reconocidos. En el caso en concreto, se niega la posibilidad de la Srta. Céliz de acceder a la salud, siendo que el ordenamiento protege el derecho a la salud de los consumidores. En particular, la discriminación es un mal social que no es solitario, pues repercute en distintos ámbitos de los consumidores.

El reconocimiento de la vulnerabilidad de los consumidores constituye un criterio orientador de las políticas públicas sobre la protección de los consumidores. De esta forma, se otorga una visibilidad a las condiciones sociales que generan que los consumidores con especiales condiciones se encuentren expuestos a una mayor vulnerabilidad, es decir, se reconoce que están en una posición desigual frente a los demás consumidores, lo que conlleva que el Estado tenga una labor más idónea respecto de las medidas y decisiones que adopta referente a los casos que involucre a los consumidores que se encuentran expuestos a una vulnerabilidad mayor.

De acuerdo con el primer criterio que adopta el Indecopi sobre la infracción del artículo 38° del Código, se concluye que Rímac incurrió en un trato diferenciado en contra de la Srta. Céliz basado en un motivo prohibido, lo que lo surte de gravedad especial y, por lo tanto, incurre en la figura agravada de la discriminación.

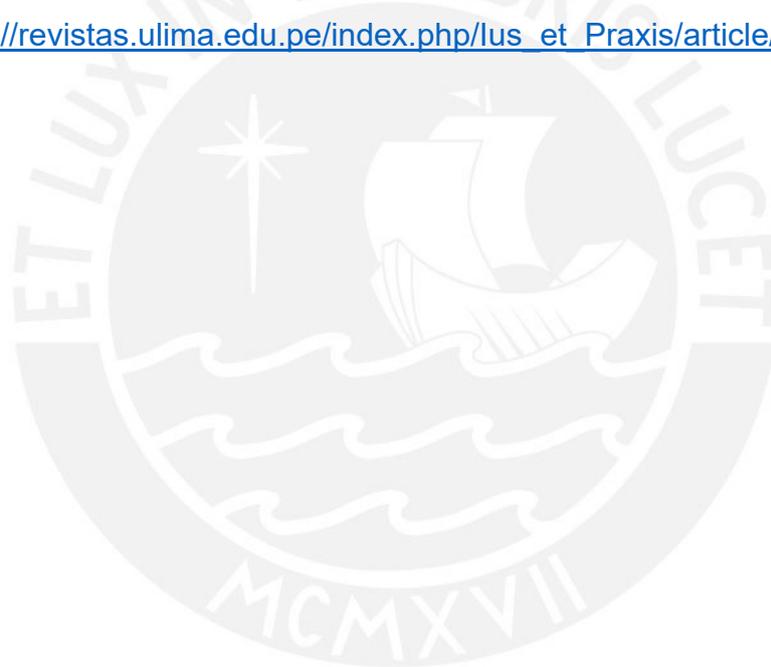
VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Miranda, E. (2014). El modelo económico de la Constitución Peruana. *Ius Et Veritas*, (48), 256-269.
- Amaya Ayala, L. R. (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi* (Primera ed.). Lima: Indecopi.
- Amaya Ayala, L. R. (2019). Del racismo a la discriminación en la actualidad. En *Tratado de protección y defensa del consumidor* (Primera ed., pp. 605-619). Lima: Instituto Pacífico.
- Carranza Álvarez, C. A. (2017). De la tutela constitucional del consumidor al reconocimiento de su vulnerabilidad, por el CPDC peruano: primera exploración jurisprudencial. *Revista de Direito do Consumidor*, (114). <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/37990>
- Delgado Capcha, R. (2020). *Una mirada global a la discriminación en el consumo. Jurisprudencia del Indecopi*. (Primera ed.). Lima: Indecopi. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7918>
- Donayre Montesinos, C. (2019). La protección del consumidor desde una perspectiva constitucional. Fundamentos y una aproximación a los derechos fundamentales del consumidor. En *Tratado de protección y defensa del consumidor* (Primera edición, pp. 33-68). Lima: Instituto Pacífico.
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales* (Primera ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP
- Lee Kay Pen Risso, A. (2019). *Discriminación en el consumo y trato ilícito diferenciado: Un intento de clarificación* [Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerable (2021). *Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030*. pp. 23.

Thorne León, J. (2010). Las relaciones de consumo y los principios esenciales en protección y defensa del consumidor. Reflexiones en torno al proyecto de código de consumo. *Derecho & Sociedad*, (34), 61-68.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13328>

Velarde Koechlin, L. F. (2021). Entendiendo los conceptos constitucionales de libre iniciativa privada y economía social de mercado. *Ius Et Praxis*, (52), 147-161.
https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lus_et_Praxis/article/view/4966



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

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

Lima, 11 de julio de 2012

ANTECEDENTES

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

¹ RUC 20100041953

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

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

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

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

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

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

CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

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

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

Nociones preliminares y marco legal nacional y supranacional

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

²

www.rae.es

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

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

(...) ”

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

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

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

³ Op. Cit.

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

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

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

“Artículo 25º.- Salud.

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

(...)

En particular, los Estados Partes:

(...)

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

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

“Artículo 4º.- Obligaciones Generales

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

(...)

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

(...)

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

(...)”

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

⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

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

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

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

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

La discriminación en el consumo

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

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

Artículo 1°.- Derecho de los consumidores

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

(...)

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

(...)

Artículo 38°.- Prohibición de discriminación de consumidores

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

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

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

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

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

Responsabilidad de Rímac

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

“Artículo 39.- Carga de la prueba.

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

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

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

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

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

“COBERTURA DE ENFERMEDADES CONGENITAS

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

(...)

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

[el subrayado es nuestro]

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

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

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

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

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

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

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

[resaltado añadido]

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

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

¹² En las fojas 443-446 del expediente.

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

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

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

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

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

¹³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 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.

¹⁴ **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.

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 indubitablemente 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 quiénes 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 contaran 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 110° del Código, citado precedentemente, los Vocales que suscriben el presente voto

³¹

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

Artículo 108°.- Infracciones administrativas

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

Artículo 110°.- Sanciones administrativas

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

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

En el caso de las microempresas, la multa no puede superar el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, 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 39° 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 Nº 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 2°.- 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 38º.3 del Código. Para tal efecto, el Vocal que suscribe el presente voto considera necesario aclarar cómo operan las compañías de seguros.
30. Sobre el particular, debo precisar que en el marco de la libertad de empresa y la libertad contractual protegidas por la Constitución Política del Perú citada previamente, las compañías de seguros son libres de determinar los riesgos que asumen y, por ende, de elegir a las personas con las cuales contratan. Ello ha sido ratificado por la SBS a través del Oficio 11612-2012-SBS de fecha 28 de marzo de 2012:

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

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

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

³⁶ En las fojas 443-446 del expediente.

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

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

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

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

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

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

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

³⁹ En las fojas 213 – 218 del expediente.

⁴⁰ En las fojas 151 y 158 del expediente.

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

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

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

OSCAR DARÍO ARRÚS OLIVERA
Vocal

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

1. El artículo 10° 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 234°.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 10°.- 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 3°.- 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 234°.- 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 2°.- 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 39° 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° 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° 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