

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Resolución N.º 2135-2012/SC2-
INDECOPI

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogada que
presenta:

Ruth Kelly Ibazeta Marino

Asesor:

Raúl Roy Solórzano Solórzano

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, RAÚL ROY SOLÓRZANO SOLÓRZANO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**Informe Jurídico sobre la Resolución N.º 2135-2012/SC2-INDECOPI**”, de la autora RUTH KELLY IBAZETA MARINO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 01/02/2024.
- 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, 02 de febrero del 2024

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: SOLÓRZANO SOLÓRZANO, RAUL ROY	
DNI: 09998199	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3580-7109	

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo abordar el razonamiento utilizado por la Sala de Protección al Consumidor cuando resolvió el caso visto en la Resolución N.º 2135-2012/SC2-INDECOPI, la misma que marcó un antes y un después en el tratamiento de los casos inherentes a la discriminación por discapacidad; estableciendo así, bajo el análisis de conceptos como los de libertad de empresa y contratación, selección de riesgo y discapacidad, si el pronunciamiento de la Sala fue el más idóneo, o si por el contrario el Tribunal emitió un pronunciamiento sesgado al afirmar que se había configurado un acto de discriminación contra la hija del denunciante, al no haber accedido Rímac Seguros a afiliarla al seguro Red Salud por tener esta Síndrome de Down, el mismo que según la empresa aseguradora no era un riesgo asegurable dada su alta siniestralidad.

Palabras clave

Igualdad y no discriminación, trato diferenciado, libertad de empresa, libertad de contratación, obligaciones internacionales, derecho a la salud, selección de riesgo, seguros, síndrome de down.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the reasoning used by the Tribunal of INDECOPI when it resolved the case seen by the Resolution N.º 2135-2012/SC2-INDECOPI, the one that marked a breaking point in how the cases inherent to disability discrimination were solved. With that purpose we will approach to concepts such as freedom of enterprise and contracting, risk selection and disability, so we can be able to determine if the reasoning of the Tribunal was the most appropriate, or if, on the other side, the Tribunal, emitted a resolution based on preconceived ideas, leading them to affirm that the insurer, Rímac Seguros, discriminated the daughter of the denouncing, as she has down's syndrome, because the Enterprise considered that one was an uninsurable risk for its high accidente rate.

Keywords

Equality and non-discrimination, differential treatment, enterprise freedom, contracting freedom, international obligations, right to health, risk selection, down's syndrome.

DATOS PRINCIPALES DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución N.° 2135-2012/SC2- INDECOPI
ÁREA(S) PRINCIPALES SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	<ul style="list-style-type: none">• Derecho Administrativo• Derecho del Consumidor• Derecho Constitucional• Derecho Contractual• Derecho de los Seguros• Derechos Humanos• Derecho Internacional Público
DENUNCIANTE	Miguel Ángel Céliz Ocampo
DENUNCIADO	Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros
INSTANCIA ADMINISTRATIVA	Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala de Defensa de la Competencia N.° 2
TERCEROS	Sandra Paloma Céliz Rossi (hija del denunciante)

ÍNDICE

I.	Introducción.....	1
	1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	3
	1.2. Presentación del caso y análisis.....	5
II.	Identificación de los hechos relevantes	8
	2.1. Antecedentes.....	8
	2.2. Hechos relevantes del caso.....	11
III.	Identificación de los principales problemas jurídicos	16
	3.1. Problema principal.....	17
	3.2. Problemas secundarios.....	17
	3.3. Problemas complementarios.....	18
IV.	Posición de la candidata.....	18
	4.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios.....	18
	4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	19
V.	Cuestiones teóricas preliminares.....	21
	5.1. Regulación internacional sobre el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad.....	21
	5.2. Regulación nacional sobre el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad.....	24
	5.3. Regulación nacional sobre libertad de empresa y libertad de contratación.....	27
	5.4. Regulación nacional sobre seguros.....	29
	5.5. Regulación nacional sobre el derecho a la salud.....	31
VI.	Análisis de los problemas jurídicos.....	33
	6.1. Problema Principal.....	33
	6.1.1. ¿Se configuró un acto de discriminación contra la hija del denunciante al negarle Rímac Seguros la afiliación a su seguro Red Salud?.....	33
	6.2. Problemas secundarios.....	42
	6.2.1. ¿Fue justificable el uso que hizo Rímac Seguros de su libertad de contratar, así como de su derecho a la selección de riesgos, al denegar la afiliación de la señorita Céliz al seguro Red Salud?.....	42

6.2.2. ¿Configuró un trato diferenciado ilícito el hecho de que Rímac Seguros sí aseguraba a los hijos de sus afiliados en determinados casos, pese a que estos también tuvieran Síndrome de Down?.....	52
6.3. Problemas complementarios.....	55
6.3.1. ¿Es justificable obligar a un particular a aplicar un tratado internacional cuando el Estado parte no ha cumplido con realizar las adecuaciones normativas necesarias?.....	55
6.3.2. ¿La exclusión aplicada por Rímac Seguros afectó el derecho a la salud de la señorita Céliz?.....	60
6.3.3. ¿Se puede exigir a las aseguradoras privadas asumir responsabilidades que atañen a un seguro social?,.....	64
6.3.4. ¿La mejor forma de garantizar el derecho de las personas con discapacidad a un seguro de salud es obligar a las aseguradoras privadas a afiliarlos sin restricción alguna?.....	67
VII. Conclusiones	73
VIII. Bibliografía	77
IX. Páginas web adicionales	82
X. Anexos.....	I
10.1. Anexo 1 - Cuadro de posiciones de los vocales	I
10.2. Anexo 2 - Cuadro del Test de proporcionalidad	III
10.3. Anexo 3 - Cuadro comparativo de legislación sobre discapacidad y acceso a los seguros de salud en América Latina	IV
10.4. Anexo 4 Resolución N.º 2135-2012/SC2-INDECOPI	V

I. INTRODUCCIÓN

En el presente informe se realiza un análisis de la Resolución N.º 2135-2012/SC2-INDECOPI, la misma que confirma la Resolución N.º 3329-2011/CPC de primera instancia, sancionando a Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, en adelante Rímac Seguros, en tanto determinó que dicha compañía había incurrido en un acto discriminatorio, por negar la suscripción de la hija del denunciante, Miguel Céliz, al seguro Red Salud, toda vez que el Síndrome de Down se encontraba dentro de sus causales de exclusión fijadas durante la elaboración del mismo, por significar un alto riesgo para la empresa, de conformidad con los estudios actuariales realizados. No obstante, dicho extremo no fue recogido por la Sala, en tanto dicha instancia consideró que Rímac Seguros no había cumplido con acreditar que lo señalado fuera una causa objetiva ni razonable. Siendo que, pese a existir dos (2) posiciones adicionales emitidas por los vocales del caso, que consideraban que no se había configurado discriminación, el presidente de la Sala, ejerciendo su derecho al voto dirimente se decantó por la posición que señalaba que se había cometido discriminación contra la señorita Sandra Céliz. Es así que se sancionó a Rímac Seguros por haber incurrido en discriminación contra la señorita Céliz, ordenándoles que permitieran la suscripción de la hija del denunciante al seguro Red Salud, siempre que el denunciante aún estuviera interesado, imponiéndoles además una multa de cuarenta y cinco (45) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Sobre el particular, soy de la opinión que el pronunciamiento del Tribunal no fue el más adecuado, en la medida que Rímac Seguros actuó conforme al derecho que le asistía, en su calidad de empresa privada, amparada además por el principio de legalidad, siendo que al momento en el que se interpuso la denuncia no existía ninguna normativa sectorial que obligara a las compañías de seguro a asegurar a las personas con Síndrome de Down ni a crear un seguro afín. De ahí que considero que no resultaba justificable que se exigiera a la compañía de seguros la implementación de una medida sobre la base de una obligación internacional, cuando el propio Estado no había cumplido con llevar a cabo las reformas ni implementaciones normativas pertinentes, con miras a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Más aún cuando la medida

adoptada, en mi opinión, no resultó ser la más efectiva para proteger el derecho de la señorita Céliz a acceder a tratamientos de salud conforme a sus necesidades.

Consecuentemente, el objetivo del presente informe es evaluar la pertinencia y razonabilidad de los argumentos esgrimidos por las diversas posiciones planteadas por los vocales que resolvieron el caso, a fin de determinar si la decisión adoptada por el presidente de la Sala fue la que se ajustaba mejor a los hechos, y si, de manera objetiva, y más allá de lo polémico y sensible que puede resultar un caso como este, la decisión tomada protegía realmente los derechos de la señorita Céliz, o si por el contrario solo se configuró una inclusión aparente.

En atención a lo dicho, y a fin de dilucidar las interrogantes planteadas, he acudido a diversos instrumentos normativos, tales como la Constitución Política del Perú, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, la Ley del Contrato de Seguro, tratados internacionales, informes estadísticos entre otros, partiendo de la premisa que, si bien las personas con Síndrome de Down, y toda persona con discapacidad, por pertenecer a un grupo vulnerable merecen la protección del Estado, es decir, un trato especial, esto no supone, *per se*, que deban tener un trato indiscriminadamente privilegiado, toda vez que, la finalidad de una protección especial es garantizar el ejercicio de un trato igualitario, de tal manera que exista una equidad. Equidad que considero no ha sido alcanzada con el pronunciamiento del Tribunal en el caso del señor Céliz, sobre todo cuando el acceso a un seguro privado, sea de vida, salud o contra accidentes, no deja de ser un privilegio de solo aquellos que pueden costear un servicio como ese.

De ahí que, y a diferencia de la posición final adoptada por el Tribunal, considero que es importante tener en cuenta que, la negativa de Rímac Seguros a inscribir a la hija del denunciante en el seguro Red Salud, devino del ejercicio legítimo de un derecho que también está amparado en la Constitución, siendo que en ningún momento se acreditó de manera fehaciente que la negativa de la compañía de seguros generara la degradación o menosprecio de la señorita Céliz por su discapacidad. Con mayor razón aun cuando el contrato de seguros privados es un contrato de adhesión, el mismo que es previamente revisado por la autoridad

competente especializada, en este caso la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, en adelante la SBS, la misma que da su aprobación a este tipo de contratos antes de ser implementados por las empresas aseguradoras, existiendo así una presunción de legalidad. Del mismo modo, soy de la opinión que la premisa de la que parte la Sala fue equivocada, en tanto, la exclusión que hizo Rímac Seguros respecto de la señorita Céliz fue por adolecer de una enfermedad congénita, y no por su condición de discapacidad, diferencia que considero es sutil pero extremadamente relevante para el caso. Argumentos sobre los que ahondaré con mayor detalle en las siguientes páginas.

1.1. Justificación de la elección de la resolución

No nos es ajeno que con el pasar de los años la defensa de los derechos fundamentales ha cobrado mayor relevancia. Esto a medida que se ha interiorizado y aceptado su estrecho vínculo con la dignidad humana, reconociendo que estos son inherentes a nuestra naturaleza como seres humanos, independientemente de nuestro origen, sexo, raza, idioma, religión, opinión, condición económica, u otro. Es así que, toda afectación a un derecho fundamental, supone una vulneración a nuestra identidad, significando así un agravio a nuestra integridad, la misma que pueda ser física, moral o psicológica, lo cual a su vez deviene en un detrimento de nuestro libre e idóneo desarrollo. De ahí que, resulta indispensable garantizar que todos podamos gozar de equidad en el tratamiento, entiéndase, en el acceso y ejercicio, de nuestros derechos, a fin de erradicar todas aquellas diferencias que afecten nuestra dignidad, y que supongan un agravio y vulneración de nuestra condición como seres humanos.

Es por esta razón que la protección al derecho a la igualdad y a la no discriminación, que son las dos (2) caras de una misma moneda, fungen como aquellos derechos destinados a garantizar un adecuado funcionamiento de los organismos estatales, en tanto exigen que estos salvaguarden el acceso y ejercicio, idóneo y en equidad, de los derechos de todos los sujetos titulares de un derecho. Exigencia que también alcanza a los particulares, aplicables en sus relaciones entre pares, en tanto la

finalidad última de esta protección es el individuo y su dignidad. Podemos decir entonces que, estamos frente a un derecho que hace posible la convivencia y respeto mutuo, dentro de un determinado escenario.

Tanta es la relevancia que han cobrado estos derechos con el pasar de los años, que incluso los organismos internacionales se han visto en la necesidad de pronunciarse al respecto, e intervenir, jugando así un rol importante en la protección de estos derechos a nivel internacional.

Es bajo este escenario que la Resolución N.º2135-2012/SC2-INDECOPI, materia del presente trabajo, once (11) años después de su emisión, aún se mantiene relevante, dado que contiene el pronunciamiento que marcó un punto de quiebre en la línea argumentativa del INDECOPI en los casos que llegaban a dicha instancia, en los que se invocaba la existencia de una discriminación en el consumo en materia de seguros. Es a partir de este pronunciamiento que se sientan las bases y directrices que utilizaría el acotado Instituto en los subsiguientes análisis que harían los órganos resolutivos de los casos en materia de discriminación en el consumo.

Del mismo modo, el análisis del presente caso resulta relevante para el estudio, en tanto fue emitido en ejercicio del voto dirimente del Presidente de la Sala, dado que, se configuraron tres (3) votos distintos, tres (3) posiciones que diferían en opinión respecto a los hechos del caso y el asunto controvertido, configurándose un empate que hizo que el Presidente de la Sala hiciera uso de su discrecionalidad; para decantarse por una las posturas, de conformidad con lo establecido en el artículo 14º de la Ley de Organizaciones y Funciones del INDECOPI. La discrepancia en las opiniones de los vocales que resolvieron el caso materia de análisis hace que la resolución mantenga su importancia, contribuyendo así al ejercicio del análisis jurídico de diversas figuras normativas y su aplicación en el caso en concreto.

Son por las razones antes expuestas que considero que el presente caso mantiene su relevancia jurídica, ya que nos permite ahondar en los límites y

alcances del derecho a la igualdad y su contraparte, el derecho a la no discriminación, permitiéndonos analizar su aplicabilidad en supuestos concretos, así como analizar en qué medida, su ejercicio y aplicación, afecta el ejercicio de otros derechos, como el de la libertad de contratación y la libertad de empresa. En ese mismo sentido, nos permite ahondar en aquellos aspectos inherentes a la dignidad humana, derecho que es transversal a todos los demás y base de toda sociedad. De igual forma, el caso cobra relevancia en la medida que nos permite un acercamiento al cómo es que afectan a la normativa interna los tratados internacionales y convenciones de las que es parte el Perú. Lo que nos permitirá a su vez respondernos la cuestión respecto a si es exigible a los particulares o empresas privadas que implementen estas medidas cuando el Estado no ha cumplido con establecer de manera concreta las políticas necesarias para su aplicación e implementación en cada sector.

1.2. Presentación del caso y análisis

La Resolución N.º2135-2012/SC2-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia N.º 2, y que es materia del presente informe, confirmó la resolución de primera instancia N.º3329-2011/CPC, la cual sancionó a Rímac Seguros por haber incurrido en actos de discriminación, al haber impedido injustificadamente la suscripción, de la señorita Sandra Paloma Céliz Rossi, de veinticuatro (24) años, hija del señor Miguel Ángel Céliz Ocampo, al seguro Red Salud, en tanto esta tendría Síndrome de Down. Confirmándose así la medida correctiva impuesta por la primera instancia, ordenando a Rímac Seguros que accediera a la suscripción de la señorita Céliz al referido seguro, siempre que el denunciante aún estuviera interesado. Del mismo modo, se revocó la resolución de primera instancia en el extremo referido a la sanción ascendente a 50 UIT, y reformulándola se impuso a la denunciada una multa de 45 UIT.

La acotada decisión se tomó en aplicación de la prerrogativa que poseía el Presidente de la Sala, quién hizo uso de su voto dirimente, en la medida que, se suscitaron tres (3) posiciones distintas sobre el caso, produciéndose un

empate en la votación, lo que llevó a que el Presidente tomara la decisión de resolver en el sentido adoptado por el voto que él mismo emitió, y que fue secundado por el vocal Miguel Antonio Quirós García (vocal).

Es en este hecho en el que radica la complejidad de la resolución materia del presente informe, en tanto, contraponen derechos que son válidamente invocados, pero que no están claramente delimitados, y que deben ser materia de ponderación para establecer sus alcances y límites. Siendo mi labor analizar cuáles serían los criterios más razonables, así como cuáles son las políticas de estado que deberían implementarse para garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la adecuada protección de las minorías vulnerables como lo son las personas con discapacidad.

De ahí que, el presente informe está orientado a determinar si el sentido en el que se resolvió el caso fue el más idóneo, o si en efecto debió haberse tenido en consideración las posiciones invocadas por los vocales, Oscar Darío Arrús Olivera, o Francisco Pedro Mujica Serelle y Hernando Montoya Alberti respectivamente. Para ello, me enfocaré en responder, en primera instancia, si la negativa de Rímac Seguros a afiliar a la señorita Céliz al seguro Red Salud, configuró un acto de discriminación.

En segunda instancia, me abocaré a determinar si el hecho que Rímac Seguros tenga supuestos en los que sí asegura a individuos (recién nacidos) con Síndrome de Down, configura un trato diferenciado injustificado, y en consecuencia si la negativa de Rímac Seguros a afiliar a la hija del denunciante al seguro Red Salud configuró un agravio a la integridad y dignidad de la hija del denunciante, haciendo así, potencialmente vulnerable su derecho a la salud. Asimismo, me enfocaré en responder cuestiones como si es exigible a los particulares que cumplan una obligación internacional cuando el Estado no ha cumplido con realizar las implementaciones normativas pertinentes.

De otro lado, realizaré un breve análisis de conceptos relevantes como los de seguridad social y seguridad privada, así como de libertad de empresa y

libre contratación, selección de riesgos y otros inherentes a la prestación que realizan las aseguradoras. Haciendo uso, además del test de proporcionalidad, para determinar si la medida adoptada por Rímac Seguros fue constitucional.

Para este fin recurriré a normativa tanto nacional como internacional, tales como la Constitución Política del Perú, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Convención de los Derechos sobre las Personas Con Discapacidad, Ley del Contrato de Seguro, entre otros. Así como jurisprudencia y doctrina sobre la materia.

Es necesario recalcar en este punto que, si bien todo acto discriminatorio debe ser proscrito, debemos guardar especial observancia de cada caso, con el propósito de no incurrir en una generalización que suponga la restricción abusiva de otros derechos. En ese sentido se requiere que el análisis de las causas objetivas de justificación de un trato diferenciado sea llevado a cabo de manera estricta y objetiva, por más que determinado hecho sea socialmente sensible, siendo necesario que se limite de manera clara cuáles son las garantías que debe asumir el Estado para los grupos vulnerables, y cuáles son las que impondrá a las empresas a fin de que se proteja de manera efectiva dichos derechos.

En esa línea de ideas, soy de la opinión que el aumento de las primas y el centrarse en la mutualidad que opera en las compañías de seguros, no es la mejor solución, máxime cuando este hecho no devendrá en ningún cambio significativo que garantice el derecho de acceso de las personas con discapacidad a los seguros privados, ni mucho menos garantiza su derecho a la salud, que no es otra cosa que el derecho de acceso a un tratamiento idóneo y oportuno. En tanto, solo se estará reforzando el hecho de que los seguros privados son un producto que sólo son accesibles para aquellos que tengan solvencia económica, y no para todos aquellos que realmente lo necesiten, con lo que se seguiría afectando el derecho a la salud invocado por la Sala como argumento para sancionar a Rímac Seguros. De lo cual se desprende que la garantía del derecho de las minorías vulnerables depende

en gran medida de la intervención del Estado y de la implementación de políticas de inclusión adecuadas, no siendo razonable que se traslade toda la responsabilidad a los privados.

Finalmente, preciso que si bien forman parte del análisis del caso los temas relacionados con la legitimidad para obrar, la capacidad o no que tiene el Indecopi para ampliar las imputaciones en segunda instancia, la teoría de los actos propios o principio de coherencia, qué fuerza vinculante tienen los pronunciamientos de la Defensoría del Pueblo, la opinión de los *amicus curiae*, o de las observaciones de las Comisiones de ONU, así como el deber de subsidiariedad del Estado, o la atribución que tiene la Sala para solicitar pruebas de oficio, entre otros, no nos centraremos en ellos, en tanto no generan mayor discusión para la resolución materia de análisis.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

Tal como lo recoge nuestra Constitución en su artículo 1^o, el ser humano es el fin supremo, tanto de la sociedad como del Estado, y como consecuencia, es un deber de todos que este sea protegido. De ahí que, resulte relevante el respeto de su dignidad, la misma que es entendida como todas aquellas características que son intrínsecas a cada individuo y lo identifican como persona. Es en ese sentido que, a pesar de las diferencias a nivel físico, espiritual o psíquico que pudieran existir entre personas, todos ostentamos esa característica que nos hace iguales, y como consecuencia dignos de respecto, en tanto seres humanos.

El Estado reconoce esta condición de igualdad, por lo que, a fin de garantizar la adecuada convivencia en sociedad prohíbe toda forma de discriminación o trato diferenciado que no esté basado en un motivo razonable y justificado, tal como se desprende de lo señalado en el inciso 2 del artículo 2° de la

¹ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 1°.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Constitución.² Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge en su artículo 1^{o3} que todas las personas naturales nacemos libres e iguales, tanto en dignidad como en derechos.

Es así que, la dignidad es la que hace que el ser humano merezca un tratamiento preferente constituyéndose en un fin en sí mismo, motivo por el que es sujeto de políticas sociales como públicas, destinadas a garantizar una mejor calidad de vida a cada uno.⁴ Es bajo este tenor que comienza a cobrar relevancia la instauración de políticas destinadas a la protección de los colectivos vulnerables, centrándose, entre otras cosas, en la proscripción de aquellos actos discriminatorios o tratos diferenciados injustificados. Consecuentemente, las políticas estatales e internacionales establecidas en dicho sentido, permitieron que estos grupos vulnerables, como el de las personas con discapacidad, pudieran acceder a diversos escenarios de la vida a fin de hacer valer sus derechos, exigiendo un trato igualitario, así como la eliminación de las barreras que se presentan para su adecuado desempeño dentro de la sociedad.

Así las cosas, el referido colectivo fue objeto de protección por parte de las Naciones Unidas, la cual llevó a cabo un largo trabajo para cambiar el enfoque global que se tenía sobre las personas con discapacidad, ya que estos eran visto como objetos y no como sujetos con derechos capaces de tomar decisiones basadas en su consentimiento libre e informado, y mucho menos como activos de la sociedad. De ahí que, el 13 de diciembre del 2006, en la sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, se adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (A/RES/61/106). Abriéndose para firmas el 30 de marzo del

² **Constitución Política del Perú de 1993**

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. (...)

³ **Declaración Universal de los Derechos Humanos**

Artículo 1º.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

⁴ **Rubio Correa, Marcial. Eguiguren Praeli, Francisco. Bernales Ballesteros, Enrique.** *“Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución.”* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017. Pg. 55

2007, entrando en vigencia el 3 de mayo del 2008 al ratificarla el vigésimo Estado parte.⁵

Es así que, el 30 de marzo del 2007, fecha en la que la Convención se abrió a la firmas, el Perú suscribió el acotado tratado internacional, siendo aprobada el 31 de octubre del mismo año por el Congreso de la República, a través de la Resolución Legislativa N.º 29127, y ratificada por el Decreto Supremo N.º 073-2007-RE.⁶ No obstante, la implementación de las disposiciones normativas necesarias no ha sido un camino fácil, tan es así que, en el Perú, la Ley General de la Persona con Discapacidad – Ley N.º 29973, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, recién el 24 de diciembre del 2012, es decir, casi seis (6) años después del nacimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Siendo que el reglamento de la acotada ley, El Decreto Supremo N.º 002-2014-MIMP, fue publicado con dos (2) años de posterioridad.

Se desprende entonces que las implementaciones normativas, necesarias para el adecuado y oportuno cumplimiento de las obligaciones internacionales que suscribió el Perú respecto a las personas con discapacidad, no se suscitaron de manera inmediata ni estuvieron sujetas a un cronograma progresivo de adecuación por sector, pese a que dichas implementaciones eran indispensables, en la medida que, solo una normativa específica podría haber garantizado de manera adecuada tanto el derecho de los sujetos de protección como los de aquellos sobre los que recae la obligación, evitando así el abuso del derecho o el castigo arbitrario. Pues, tal como lo dice el literal a) del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe.

⁵ **Antecedentes de la Convención. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**

<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd/background-convention#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos,Naciones%20Unidas%20en%20Nueva%20York.>
(Visitada el 11 de enero del 2024 a las 11:00)

⁶ **Decreto Supremo N.º 073-2007-RE.** “Defensoría del Pueblo. Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Programa de Defensa y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad.”

https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/convenci%C3%B3n_pcd_onu-malena_pineda.pdf
(Visitada el 11 de enero del 2024 a las 11:35)

Es bajo este escenario de cambios normativos y falencias en las gestiones Estatales, que se suscitaron los hechos materia del presente informe.

2.2. Hechos relevantes del caso

1. El 27 de enero 2011 el señor Miguel Ángel Céliz Ocampo, en adelante el señor Céliz, denunció a Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, por infracción al Código de Protección de Defensa de Consumidor, en tanto, Rímac Seguros le habría negado la inscripción de su hija Sandra Paloma Céliz Rossi, de 24 años, quién tenía Síndrome de Down, al seguro de asistencia médica Red Salud.
2. Es así que, el 28 de abril del 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur, admitió a trámite la denuncia interpuesta por el señor Céliz, por presunta infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código⁷, en tanto el proveedor denunciado habría incurrido en actos de discriminación al haber impedido injustificadamente la suscripción de la hija del denunciante al seguro de asistencia médica Red Salud por tener Síndrome de Down.
3. En atención a ello, el 17 de mayo del 2011, Rímac Seguros presentó su contestación a la denuncia, señalando entre otras cosas que, (i) en la medida que las personas con Síndrome de Down tenían una probabilidad superior a la de la población en general de padecer

⁷ Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Artículo 1°.- Derechos de los consumidores

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

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

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.

patologías colaterales, existía una elevada exposición a riesgos de salud y probabilidades de ocurrencias médicas sumamente elevadas, lo que justificaba la exclusión, conforme a lo señalado en la cobertura del seguro Red Salud. Señalando además que, (ii) la referida exclusión de cobertura de enfermedades o defectos congénitos que recogía su Condicionado General, se sustentaba técnicamente en la Clasificación Internacional de Enfermedades Mundial de la Salud, la cual constituye un sistema universal de clasificación de enfermedades y problemas de salud que permite la producción de estadísticas sobre mortalidad, el cual resulta un criterio objetivo.

4. Posteriormente, mediante Resolución N.º 3329-2011/CPC del 13 de diciembre del 2011, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N.º 2, declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Céliz en contra de Rímac Seguros, en la medida que la denunciada habría impedido de manera injustificada la suscripción de la señorita Céliz a su seguro de asistencia médica Red Salud.
5. Bajo este tenor, el 22 de diciembre del 2011 Rímac Seguros apeló la decisión de la Comisión señalando que, (i) no tenía el producto solicitado por el denunciante, es decir, un seguro de asistencia específico para personas con Síndrome de Down, siendo que, al tener un mayor riesgo de contraer enfermedades, requerían un seguro especial. Recalcando que (ii) era potestad de las aseguradoras decidir qué riesgos aseguraban en virtud a su libertad de contratación. Así también señaló que (iii) la distinción no obedecía a criterios subjetivos, arbitrarios o basados en prejuicios o atribuciones negativas culturales, por lo que constituía un trato diferenciado que no contravenía la ley, no constituyendo infracción. Asimismo, alegó que (iv) no se podía simplemente ajustar el seguro de asistencia médica Red Salud a las personas con Síndrome de Down, a través de exclusiones o elevaciones de prima, pues se necesitaba para ello un sustento técnico.

6. De ahí que, el 17 de febrero del 2012, el señor Céliz absolvió el traslado de la apelación, adhiriéndose a los fundamentos expuestos por la Comisión, señalando que (i) los tratados internacionales, así como el marco constitucional y legal respectivo, obligaba 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 superaba el “test de razonabilidad” utilizado para resolver casos de discriminación, en tanto no pasaba la valla de la necesidad, (iii) el argumento de Rímac Seguros respecto a 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, (iv) no siendo la discapacidad una enfermedad, razón por la que no ameritaba la creación ni aplicación de un seguro específico. En ese sentido, precisó que no exigía que se diseñara un nuevo producto para su hija, sino que se le afiliara al seguro de asistencia médica Red Salud como a otros usuarios. Recalcando que (v) Rímac estaba obligada a calcular los riesgos de cubrir a una persona con discapacidad a fin de que sus políticas no resultaran discriminatorias, más aún, cuando estaba comprobado en el expediente que sí aseguraban a personas con Síndrome de Down, por lo que no resultaba comprensible que no tuvieran los estudios estadísticos respectivos.
7. Consecuentemente, el 11 de julio del 2012 se emitió la Resolución 2135-2012/CD2-INDECOPI, la misma que se expidió bajo circunstancias particulares, en la medida que se produjo un empate en la votación de la decisión, lo cual motivó que el Presidente de la Sala hiciera uso de su derecho al voto dirimente, decidiendo así el sentido de la resolución.
8. Es así que la Resolución de segunda instancia, se emitió adoptando la posición recogida por los señores vocales Camilo Nicanor Carrillo y Miguel Antonio Quirós García, la cual señalaba que si bien la autonomía

privada y la libertad de empresa están reconocidas en la Constitución y la legislación materia de seguros, dicha libertad debía ejercerse en armonía con el derecho de los consumidores a no ser discriminados, en especial las personas con discapacidad, que gozan de protección constitucional especial. De ahí que, en la medida que el asegurar a la señorita Céliz con las respectivas exclusiones específicas de cobertura o ajustándose la prima era el punto de equilibrio idóneo para el ejercicio de ambos derechos, Rímac Seguros no cumplía con el test de necesidad, y como consecuencia su proceder configuraba un acto discriminatorio, en su modalidad agravada, en tanto, la negativa de la aseguradora a afiliarse a la hija del denunciante al seguro Red Salud, siempre se basó en la condición particular de la señorita Céliz, vale decir, Síndrome de Down.

9. En consecuencia, se confirmó la resolución de primera instancia, en el extremo que declaró fundada la denuncia del señor Miguel Ángel Céliz Ocampo en contra de Rímac Seguros por haber incurrido en discriminación, ordenando así a la empresa que permitiera la suscripción de la señorita Céliz al seguro Red Salud si el denunciante aún estaba interesado. Revocando la Resolución N.º 3329-2011/CPC, en el extremo que sancionó a Rímac Seguros con una multa de 50 UIT y reformándola le impuso a la denunciada una multa de 45 UIT. Adicionalmente solicitaron al Consejo Directivo del Indecopi la publicación de la resolución, y consecuentemente, el sentido de todos los votos que la conformaban, en el Diario Oficial “El Peruano” para su conocimiento y difusión. Los referidos votos argumentaban, entre otras cosas, lo siguiente:

VOTOS DE LOS VOCALES DE LA SALA RESPECTO AL CASO		
VOTO DEL PRESIDENTE CAMILO NICANOR CARRILLO Y EL VOCAL MIGUEL ANTONIO QUIRÓS	VOTO DE LOS VOCALES FRANCISCO PEDRO ERNESTO MUJICA SERELLE Y HERNANDO MONTOYA ALBERTI	VOTO DEL VOCAL OSCAR DARIÓ ARRÚS OLIVERA
Rímac Seguros incurrió en discriminación en su modalidad agravada al haberse negado a afiliarse a la señorita Céliz al seguro “Red Salud” por tener esta Síndrome de Down. El voto se tomó basado en los siguientes argumentos:	Rímac Seguros llevó a cabo un trato diferenciado injustificado al asegurar a personas con Síndrome de Down en determinados supuestos y a otras no. El voto se adoptó teniendo en consideración los siguientes argumentos:	Rímac Seguros actuó en virtud de su libertad de empresa y libertad de contratar no habiéndose configurado discriminación alguna ni trato diferenciado injustificado. El voto se adoptó sobre la base de los siguientes:

<p>a) Cuando Rímac Seguros rechazó la solicitud del señor Céliz no presentó ninguna prueba que acreditara la alta siniestralidad que viene aparejada a las personas con Síndrome de Down. No habiéndole realizado un examen médico a la denunciante, presentando sólo, durante el proceso, informes médicos de genetistas de la Defensoría del Pueblo.</p> <p>b) La libertad de empresa está supeditada al cumplimiento de las normas constitucionales, teniendo como límite el derecho del consumidor a la no discriminación.</p> <p>c) No le era imposible a Rímac Seguros hacer el ajuste de primas, por falta de estudios estadísticos, en tanto, en su póliza contemplaba supuestos en los que sí aseguraba a los hijos de padres asegurados, que nacieran con Síndrome de Down. De lo que se colegía que dicha enfermedad sí era un riesgo que se podía asegurar.</p> <p>d) La negativa de Rímac Seguros de afiliarse a la señorita Céliz, no cumplía con el test de razonabilidad, en tanto no</p>	<p>a) La negativa de Rímac Seguros a otorgar un seguro general a una persona con discapacidad corresponde a una causa objetiva y razonable, en la medida que, un razonamiento contrario obligaría a las compañías de seguros a otorgar pólizas de seguros de salud general a personas con Síndrome de Down, pese a que dichas pólizas habrían sido elaboradas con los parámetros de personas que no sufren dicha discapacidad, con lo cual se estaría desnaturalizando la póliza y poniendo en riesgo los objetivos de los asegurados privados.</p> <p>b) Pese a que tuvo la oportunidad de hacerlo durante todo el procedimiento, Rímac Seguros no presentó prueba alguna que justificara por qué si asegura a personas con Síndrome de Down en algunos supuestos, y no en el caso de la señorita Céliz.</p> <p>c) El Convenio sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de las Naciones Unidas no era vinculante para Rímac Seguros, más aún en la medida que los</p>	<p>a) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no establecía obligaciones específicas a los particulares, solo era vinculante para los Estados miembro, razón por la que no debía ser invocada para establecer la responsabilidad de Rímac Seguros.</p> <p>b) Fue con posterioridad al inicio de la denuncia que se aprobó el proyecto de ley de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establecía obligaciones concretas para las aseguradoras.</p> <p>c) Que son los seguros sociales los que se desarrollan en el marco de la equidad, razón por la que deben facilitar el acceso a los servicios de salud, mientras que los seguros privados, nacidos en marco de la libertad de empresa, tienen una finalidad lucrativa. Siendo responsabilidad del Estado garantizar el acceso a la seguridad social de todas</p>
---	---	---

<p>cumplía con el criterio de necesidad, habiendo podido elevar Rímac Seguros el monto de la póliza, o aplicar exclusiones a la misma.</p> <p>e) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece la obligación a los Estados parte de adecuar su ordenamiento a fin de garantizar que no se cometan actos discriminatorios contra las personas con discapacidad.</p> <p>f) La negativa de Rímac a afiliarse a la señorita Céliz pudo afectar su salud.</p>	<p>seguros privados persiguen fines de lucro amparados por la legislación nacional.</p> <p>d) Al asegurar Rímac Seguros, en algunos supuestos, a personas con Síndrome de Down, negándose a ofrecerle el mismo beneficio a la señorita Céliz, se configuró una selección injustificada.</p> <p>e) Correspondía sancionar a Rímac con 20 UIT y no con 50, en la medida que no se configuró el tipo agravado de discriminación en el consumo, sino el tipo básico de selección injustificada de clientela. Máxime cuando, Rímac Seguros, durante el procedimiento, ofreció al señor Céliz asegurar a su hija en el seguro materia de denuncia; sin embargo, el señor Céliz rechazó el ofrecimiento.</p>	<p>las personas, a fin de salvaguardar su derecho a la salud, y no trasladar dicha carga a los particulares.</p> <p>d) Las aseguradoras son libres de determinar los riesgos que asumen, así como de elegir con quienes contratan, no configurando dicha libertad discriminación, máxime cuando dicha práctica está avalada por la Superintendencia de Banca y Seguros.</p> <p>e) Es causa objetiva y justificada la alta siniestralidad que implica el asegurar a personas con Síndrome de Down, en tanto presentan mayor probabilidad de desarrollar determinadas enfermedades.</p> <p>f) La afiliación de personas con Síndrome de Down, en determinados supuestos, es una discrecionalidad que realiza la aseguradora, en el marco de su libertad de empresa. Siendo que las excepciones realizadas se justifican en políticas de fidelización.</p> <p>g) Obligar a Rímac a asegurar a personas con altas probabilidades de contraer enfermedades, lesiona la libertad de empresa, y su libertad de contratar. Del mismo modo, fungiría como un desincentivo para aquellas personas de bajo riesgo, que no desean asumir los sobrecostos de un eventual incremento de la prima.</p> <p>h) La apelación debe declararse fundada, y en consecuencia infundada la denuncia; sin embargo, dado que se trata de un hecho lamentable, corresponde al Estado expedir un dispositivo legal que evite que este tipo hechos se repitan en el futuro.</p>
--	---	--

Resulta pertinente recalcar que, pese a que los votos de los vocales Mujica-Serelle y Arrús, respectivamente, indicaban que los actos de Rímac Seguros no habían configurado discriminación, el caso se resolvió adoptando la posición más conservadora.

⁸ Ver Anexo 1 Pg. I

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Para determinar cuáles son los principales problemas jurídicos que presenta el caso, es necesario tener en consideración los argumentos invocados por las partes a lo largo del proceso. En ese sentido, y en atención a lo invocado por el denunciante, debemos analizar por ejemplo si los tratados internacionales son realmente exigibles para los particulares, llámese personas naturales o empresas, a pesar de que el Estado no cumpla con hacer las implementaciones normativas necesarias para su aplicación en el territorio nacional, o si las acciones llevadas a cabo por Rímac Seguros realmente no superaban el test de proporcionalidad.

Del mismo modo, resulta pertinente revisar el argumento del denunciante respecto a los seguros sociales, a fin de determinar si era justificable exigir a Rímac Seguros que afiliara a todas las personas con Síndrome de Down que solicitaran el servicio, en virtud al derecho a la seguridad social, pese a ser una empresa de naturaleza privada con fines de lucro. Y, en esa misma línea, evaluar en qué medida el mandato de no discriminación constituye un límite a la libertad de contratación que ostentan las empresas.

Por otro lado, resulta necesario revisar, entre otros, el argumento de la denunciada, Rímac Seguros, a fin de determinar si la exclusión de cobertura de enfermedades o defectos congénitos que recoge en su Condicionado General, y que se sustenta en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, resulta suficiente para sustentar la exclusión que hizo la empresa respecto de la señorita Céliz. Y si asegurar a personas con Síndrome de Down implica el crecimiento de los índices de siniestralidad, produciendo la elevación del costo de las primas de los asegurados, lo cual eventualmente tornaría en inaccesible los seguros de salud, afectando la funcionalidad y continuidad del negocio.

En atención a lo dicho, he planteado el análisis del caso en función a los siguientes problemas jurídicos:

3.1. Problema principal

El presente informe estará orientado a determinar si el sentido en el que se resolvió el caso fue el más adecuado, o si por el contrario debió haberse adoptado alguna de las otras dos posiciones expuestas por los vocales que resolvieron el caso, para lo cual me enfocaré en responder, en primera instancia, si la negativa de Rímac Seguros a asegurar a la señorita Céliz en el seguro Red Salud, configuró un acto de discriminación o si se trató de un trato diferenciado lícito. En ese sentido, considero que el problema principal del caso es el siguiente:

¿Se configuró un acto de discriminación contra la hija del señor Céliz Ocampo al negarle Rímac Seguros la afiliación a su seguro Red Salud?

3.2. Problemas secundarios

Para resolver el problema principal, es necesario dar respuesta a una serie de problemas secundarios, los mismos que he identificado como los siguientes:

1. ¿Fue justificable el uso que hizo Rímac Seguros de su libertad de contratar, así como de su derecho a la selección de riesgos, al denegar la afiliación de la señorita Céliz el seguro Red Salud?
2. ¿Configuró un trato diferenciado ilícito el hecho de que Rímac Seguros sí aseguraba a los hijos de sus afiliados en determinados casos, pese a que estos también tuvieran Síndrome de Down?

Estas interrogantes coadyuvarán a establecer si Rímac Seguros discriminó a la señorita Céliz, o si, por el contrario, la empresa actuó dentro del marco de discrecionalidad que la ley le otorgaba. Máxime cuando la exclusión se basó en una cláusula que contemplaba un listado internacional de enfermedades congénitas, reconocidas por la Organización Mundial de la Salud, y que estaba contenida en el contrato que el señor Céliz conoció al

momento de afiliarse al seguro Red Salud. Contrato que además fue previamente revisado por la autoridad competente, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

3.3. Problemas complementarios

Dar respuesta a los problemas complementarios, me permitirá reforzar la conclusión a la que arribe, en tanto, estas son preguntas que me harán posible un mayor abundamiento sobre los argumentos esbozados por las partes y los vocales de la Sala. De ahí que, para dicho fin, planteo dar respuesta a las siguientes interrogantes:

1. ¿Se puede obligar a un particular a aplicar un tratado internacional cuando el Estado parte no ha cumplido con realizar las adecuaciones normativas necesarias?
2. ¿La exclusión aplicada por Rímac Seguros afectó el derecho a la salud de la señorita Céliz?
3. ¿Se puede exigir a las aseguradoras privadas asumir responsabilidades que atañen a un seguro social?
4. ¿La mejor forma de garantizar el derecho de las personas con discapacidad a un seguro de salud es obligar a las aseguradoras privadas a afiliarlos sin restricción alguna?

IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

En las siguientes líneas expondré cuál es la posición adoptada al iniciar el análisis del presente caso.

4.1. Respuesta preliminar a los problemas principal y secundarios

Luego de un análisis preliminar del caso, considero que Rímac Seguros actuó en legítimo ejercicio de su libertad de contratación, no habiéndose configurado discriminación alguna contra la señorita Céliz, en la medida que, la exclusión que se realizó en su caso devino de la aplicación de una de las

cláusulas contenidas en el contrato de seguro que firmó en su oportunidad el señor Céliz Ocampo. Cláusula que señalaba que las enfermedades congénitas, y no solo el Síndrome de Down, no eran cubiertas por la póliza, dada a su alta siniestralidad. Más aún cuando, el análisis de riesgo se llevó a cabo de manera previa a la emisión del seguro Red Salud, y la consecuente determinación de los montos de las primas a ser pagadas por los afiliados.

En ese sentido, soy de la opinión que, exigir la realización de un cambio de dichas condiciones, en los términos señalados por la Sala, generaría un perjuicio para los afiliados, pues se les estaría alterando los términos en los que contrataron inicialmente, trasladando la responsabilidad de asumir los siniestros no previstos, sobre la base del principio de solidaridad que rigen los seguros sin su aceptación previa, pudiendo afectar además la capacidad de respuesta y cobertura de Rímac Seguros a los posibles siniestros, lo cual también los afectaría. Esto sin mencionar que el afiliar a la señorita Céliz al seguro Red Salud, tampoco garantizaría la protección de los derechos de esta, en la medida que no permitiría el adecuado y pleno uso del seguro Red Salud configurándose así solo una inclusión aparente.

Y finalmente, considero de no se habría configurado discriminación alguna contra la señorita Céliz, en la medida que al momento en el que ocurrieron los hechos, no existía una norma nacional que estableciera una obligación para las aseguradoras privadas de asegurar a las personas con discapacidad, no siendo justificable que se exija a los particulares la aplicación de una disposición internacional, cuando el Estado no cumplió con realizar los cambios e implementaciones normativas necesarias para adecuar al marco nacional la referida disposición.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Considero que, al momento de resolver el presente caso, jugó un papel importante la materia sobre la que versaba, en la medida que, al ser un caso sensible, por tratarse de temas de discapacidad, la Sala se decantó por un

pronunciamiento más conservador y proteccionista, lo que pudo llevar, en este caso particular, al Presidente de la Sala, a descartar las posiciones de los otros vocales.

Respecto a las referidas posiciones, me inclino a pensar en el sentido del voto emitido por el vocal Oscar Darío Arrús Olivera, dado que, fue con posterioridad a los hechos denunciados que se aprobó el proyecto de Ley General de las Personas con Discapacidad y de Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual estableció obligaciones concretas para las aseguradoras, de lo cual se colige que al momento de la denuncia, Rímac Seguros no tenía obligación de asegurar a la señorita Céliz, sobre todo cuando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no establecía obligaciones específicas a los particulares, siendo solo vinculante para los Estados miembro.

Asimismo, coincido con lo señalado por el vocal, en tanto es el Estado el que debe garantizar a los particulares el acceso a los servicios de salud, teniendo la obligación de implementar y mejorar la atención de los seguros sociales, los mismos que tienen un fin y una lógica distinta a los seguros privados, los cuales, en última instancia no dejan de ser empresas con finalidad de lucro. De ahí que no resulta razonable trasladar a las empresas la obligación de garantizar el derecho a la salud de las personas naturales, dado que es un deber del Estado, y no de los particulares, otorgar seguros universales.

De otro lado, considero que no se configuró discriminación contra la señorita Céliz, en tanto, las aseguradoras tienen libertad para determinar los riesgos que asumen, así como para elegir con quienes contratan y qué términos, libertad que no debe ser restringida sobre la base de un tratado internacional, cuya aplicación no fue recogida en ninguna norma específica al momento en el que se suscitaron los hechos. Sobre todo, cuando, la exclusión que se hizo respecto de la señorita Céliz, impidiéndole su afiliación al seguro Red Salud, se llevó a cabo en aplicación de un contrato cuyo

contenido fue previamente revisado y aprobado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Más aún cuando, los términos del mismo, fueron conocidos por el señor Céliz de manera previa a la suscripción del mismo.

Y sobre todo, en la medida que las cláusulas del contrato Red Salud, fueron establecidas en función a los estudios actuariales requeridos para la elaboración del acotado documento, teniendo en consideración la alta siniestralidad de determinados supuestos. Motivo por el cual, obligar a Rímac Seguros a asegurar a personas con altas probabilidades de contraer enfermedades, vulnera la libertad de contratar, así como la libertad contractual, de Rímac Seguros, y consecuentemente su libertad de empresa, generando un probable desequilibrio en las proyecciones realizadas, que eventualmente podrían perjudicar a otros asegurados. Fungiendo, además, como un desincentivo para aquellas personas de bajo riesgo que no desean asumir los sobrecostos de un eventual incremento de la prima.

Adicionalmente, considero relevante recordar que la Constitución propicia la libertad de empresa, así como la libertad de contratar, en tanto el Perú tiene un modelo económico social de mercado, razón por la que la finalidad de las empresas es generar ganancias. Siendo esto así, no resulta razonable que se les exija a las empresas asumir riesgos que no sólo podrían afectar su estabilidad, sino que, además corresponde asumir al Estado.

En ese sentido, considero que el recurso de apelación presentado por Rímac Seguros debió declararse fundado y, en consecuencia, revocarse la resolución venida en grado, declarando infundada la denuncia.

V. CUESTIONES TEÓRICAS PRELIMINARES

5.1. Regulación internacional sobre el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad

Tal como lo vimos en los párrafos que anteceden, la dignidad es una condición inherente a la persona humana, y como tal, se configura tanto como derecho fundamental, así como principio, el cual es transversal a todo el ordenamiento, y como consecuencia, un fin para las actuaciones del Estado. Es en función a dicha condición humana que se concibe el derecho a la igualdad y a la no discriminación, con la finalidad de garantizar un trato respetuoso y equitativo entre personas. Es por esta razón que la protección de los mismos ha cobrado tanta importancia, tanto a nivel nacional como internacional, generándose a lo largo de los años, diversas regulaciones al respecto.

Tenemos entonces que, el derecho a la no discriminación encuentra sustento, a nivel internacional, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, la misma que establece en su artículo 1° que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, debiendo comportarse fraternalmente los unos con los otros. De ahí que, los tratos diferenciados se encuentran proscritos, salvo exista una causa razonable y objetiva.

Por su parte, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (en adelante la Convención Iberoamericana), ha reafirmado que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, provienen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano.⁹

Es en atención a dicho fin que el acotado dispositivo normativo, señala en su artículo 1° numeral 2 literal a) que el término “*discriminación contra las personas con discapacidad*”, hace referencia a **toda distinción**,

⁹ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas de Discapacidad. Introducción.
<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html> (Revisada el 4 de junio del 2023 a las 15:21)

exclusión o restricción basada en la discapacidad, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Entendiendo discapacidad, como una deficiencia físico, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita la capacidad del individuo para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, tal como lo precisa en su artículo 1° numeral 1.¹⁰ De ahí que, de conformidad con lo establecido en el artículo 2°, la finalidad de las normas establecidas en la Convención Interamericana, sea la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contras las personas con discapacidad, **a fin de propiciar su plena integración en la sociedad.** (Énfasis agregado)

De otro lado, tenemos que el 13 de diciembre del 2006 se promulgó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la misma que entró en vigor el 3 de mayo del 2008. Esta norma, cuestiona construcciones antiguas respecto a la discapacidad, la misma que había sido planteada como un problema médico o como fuente para el ejercicio de la compasión o actos de beneficencia, estableciendo así un enfoque de empoderamiento que se base en los derechos humanos y la dignidad de las personas. En esa misma línea, la Convención establece una diferencia primordial entre el enfoque médico y el de beneficencia, para dar paso a un enfoque social, basado en los derechos humanos. Es así que **se deja de lado el tratamiento especial de las personas con discapacidad, y se abre paso al tratamiento inclusivo de los mismos.**¹¹ (Énfasis agregado)

Tenemos entonces que, para la legislación internacional, **la protección de las personas con habilidades diferentes supone el fomento de la justicia y la paz social, de tal manera que opere un equilibrio entre**

¹⁰ Convención Interamericana. Op.Cit. Artículo 1° y 2°

¹¹ Pillay, Navanethem. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía de formación. Serie de capacitación profesional N.°19. Publicación de las Naciones Unidas. Prólogo - Pg. 12 https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_sp.pdf (Revisada el 30 de junio del 2023 a las 15:01)

las personas para el ejercicio de sus derechos y acceso a los mismos. Es por ese motivo que la igualdad y la no discriminación devienen en una norma relevante en el Derecho Internacional referente a los Derechos Humanos.

5.2. Regulación nacional sobre el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad

El derecho a la igualdad y a la no discriminación para las personas con discapacidad no solo ha sido regulado a nivel internacional, sino que también tiene un tratamiento especial en nuestro fuero nacional. La principal fuente normativa que ampara el respecto a las personas y su dignidad, salvaguardándolas de tratos discriminatorios, la podemos encontrar en nuestra Constitución, en su artículo 1°, el mismo que señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Señalando además en su artículo 2° numeral 2 que, toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, motivo por el que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Asimismo, la protección de los derechos de las personas con discapacidad en nuestro entorno nacional, encuentra respaldo en la Ley General de la Persona con Discapacidad – Ley N.º 29973, publicada el 24 de diciembre del 2012, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 002-2014-MIMP, y publicado el 8 de abril del 2014. Esta normativa tiene la finalidad de implementar las estipulaciones contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el cual es un tratado internacional del cual es parte el Estado Peruano. En atención a ello, la acotada ley, prohíbe todo trato diferenciado y arbitrario por motivos de discapacidad.

Es necesario tener claro sobre este punto que, la referida ley establece en su artículo 3° numeral 3.1, que la persona con discapacidad tiene los

mismos derechos que el resto de la población, precisando así que, **las medidas específicas establecidas en las normas nacionales e internacionales tienen como fin el alcance de la igualdad de hecho.** (Énfasis agregado)

Por otro lado, respecto al contenido del Reglamento, Renata Bregaglio señala, en su artículo “*Lo bueno, lo malo y lo feo del reglamento General de la Persona con Discapacidad*”, que el artículo 3.21 del mismo recoge la definición de discapacidad, bajo la categoría de «*perspectiva de discapacidad*», **estableciendo de esta manera la responsabilidad del Estado y la sociedad de tomar medidas dirigidas a remover las barreras que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás personas.** Del mismo modo, indica que, a razón de dicha situación, el reglamento contribuye a reafirmar que la discapacidad no radica en la persona, sino que es una situación social.¹²

Sobre este punto, resulta necesario precisar que, la propia norma recalca que **el trato a las personas con discapacidad, debe llevarse a cabo en igualdad de condiciones con las demás personas.** En ese sentido, y a fin de que se produzca la igualdad de hecho que requiere la norma, soy de la opinión que el trato igualitario debe aplicarse tanto en sentido positivo como negativo. Es decir, allí donde existan restricciones para aquellas personas que no son consideradas con discapacidad, no debería aplicarse un trato preferencial a las personas que tengan una discapacidad, caso contrario se estaría alterando el equilibrio que se busca. Regresaremos sobre este punto en líneas posteriores.

Es así que, conforme se desprende de los párrafos que preceden, la garantía que debe ejercer el Estado respecto de los derechos de las

¹² Bregaglio, Renata. Lo bueno, lo malo y lo feo del reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad. IDEHPUCP <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-del-reglamento-de-la-ley-general-de-la-persona-con-discapacidad/> (Revisada el 04 de junio del 2023 a las 18:41)

personas con discapacidad, supone la gestación de un ambiente idóneo para su adecuada y oportuna inclusión social, lo cual requiere a su vez que este grupo vulnerable pueda ejercer sus derechos en igualdad de oportunidades, garantizándose así su accesibilidad a estas. Motivo por el que resulta necesaria la implementación de políticas y normativas que permitan alcanzar dicho fin.

De otro lado, tenemos que, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, señala en su artículo 38° numeral 38.1 que los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, replicando así lo señalado en el artículo 2° numeral 2 de la Constitución. No obstante, agrega en los numerales 38.2 y 38.3, que está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes, u otros motivos similares. Debiendo obedecer, todo trato diferente de los consumidores, a causas objetivas y razonables.

Asimismo, el referido Código establece en la última parte de su numeral 38.3 que, **la atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hechos distintas que justifiquen un trato diferente, y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.** De lo cual podemos advertir que, así como la norma exige la existencia de una causa razonable y justificable para la aplicación de un trato diferente, en su connotación negativa, entendiéndose para que la restricción al ejercicio de un derecho sea lícita, también establece la obligatoriedad de presentar causas justificadas para la aplicación de una atención preferente (connotación positiva). Este hecho resulta relevante para el análisis del presente caso, en tanto se evidencia la intención de la norma de mantener un equilibrio en el tratamiento de los consumidores y el ejercicio de sus derechos. (*Énfasis agregado*)

Podemos concluir entonces que, la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad, y su acceso al libre ejercicio de los mismos, tanto a nivel nacional como internacional, no supone *per se* un trato preferente o privilegiado, sino uno que garantice un trato en igualdad de condiciones con las demás personas. De lo cual podemos concluir que, dicho trato igualitario, no solo aplicaría para los beneficios sino también para las exclusiones y obligaciones, caso contrario se estaría generando un desequilibrio en detrimento de la igualdad invocada. Tenemos entonces que el fin último entonces es el equilibrio social.

5.3. Regulación nacional sobre libertad de empresa y libertad de contratar

Hemos convenido que la labor que realizan las empresas de seguros responden a un fin de lucro, no siendo su finalidad última la de proteger al asegurado, sino la de generar ganancias. De ahí que, la venta de coberturas no es otra cosa que un medio para un fin, caso distinto a las responsabilidades que posee el Estado con los seguros sociales, el mismo que no invierte en la captación de afiliados, cómo sí lo hacen las aseguradoras privadas, lo cual ya implica una gran diferencia el funcionamiento de uno y otro.

Es así que, las empresas de seguros privados, ejercen sus obligaciones en observancia de su libertad de empresa y libertad de contratación, los mismos que encuentran sustento en el artículo 59° de la Constitución, el mismo que señala que el Estado promueve la creación de riquezas, lo que contribuye al desarrollo económico y social. Así las cosas, la libertad de empresa se constituye como un mecanismo mediante el cual el ser humano puede satisfacer las necesidades de otras personas ejerciendo una actividad empresarial, con el único y legítimo propósito de lucrar.¹³

¹³ Guzmán Napuri, Christian. La Libertad de empresa: Concepto y razón de ser. Blog de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental
<https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/la-libertad-de-empresa-concepto-y-razon-de-ser> (Revisada el 01 de julio del 2023 a las 13:56)

Se entiende al respecto que en un Estado en el que existe una mayor libertad de empresa, se presentan mayores posibilidades de desarrollo, tanto social como económico, puesto que se genera un mayor flujo de inversión, lo cual propicia el movimiento de riquezas, el mismo que a su vez generara mayores oportunidades laborales.¹⁴

Sin embargo, como todo derecho, este no es absoluto, sino que está sujeto a límites que regulan su ejercicio. En ese sentido, la libertad de empresa no debe afectar la moral, la seguridad y la salud, tal como lo señala el artículo 59° de la Constitución. Siendo que, el ejercicio de dicha libertad, debe realizarse en armonía con los derechos de los demás, respetando el ordenamiento jurídico. Es así que, la libertad de empresa, será ejercida de manera idónea, siempre que se encuentre acorde al orden público, respetando los principios y derechos constitucionales.

Por otro lado, tenemos al derecho a la libre contratación, es un derecho reconocido en el numeral 2.14 de la Constitución, el mismo que reconoce el derecho de toda persona a contratar con fines lícitos, en tanto no se contravenga el orden público. Este derecho tiene su sustento en la conocida autonomía de la voluntad, la misma que no es otra que la capacidad de autodeterminación que tienen las personas, la cual les permite decidir, cómo y cuándo vincularse con otras personas. En esa misma línea, el artículo 62° señala que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente, teniendo en consideración las normas que se encuentren vigentes al momento de la contratación, en tanto estas poseen libertad contractual, que no es otra cosa que el derecho a decidir los términos en los que uno desea obligarse.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.° 008-2003-AI, ha desarrollado el contenido del derecho a libertad de contratar, estableciendo que es la facultad de autodeterminación para decidir si se contrata o no, así como para elegir al contratante, sea

¹⁴ Guzmán Napurí, Christian. Op. Cit. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/la-libertad-de-empresa-concepto-y-razon-de-ser> (Revisada el 01 de julio del 2023 a las 14:15)

persona natural o jurídica, conocida también como libertad de conclusión. Del mismo modo, establece que el referido derecho abarca la capacidad para decidir sobre la forma y modo en el que se celebrará dicho contrato, teniendo la capacidad de decidir el contenido del mismo, y pudiendo ejercer la potestad de desvincularse de dicha obligación, facultad conocida también como libertad de configuración interna o libertad contractual. Es así que el derecho a la libre contratación, contempla la autodeterminación para regular o configurar el contenido del contrato, en tanto este respete las normas del ordenamiento, y no lesione otros derechos.¹⁵

Podemos concluir entonces que, la libertad de contratación deviene en pieza fundamental para el desarrollo de una economía de mercado, en tanto, sin la capacidad de decidir respecto a las relaciones patrimoniales establecidas entre los actores que integran dicho mercado, las actividades económicas no serían posible.

5.4. Regulación nacional sobre seguros

Las compañías de seguros, al ser empresas privadas, juegan un rol importante para el desarrollo económico de un Estado, generando una alternativa para los consumidores frente a las falencias u omisiones en las que pudiera incurrir el Estado en el marco de la seguridad social. No obstante, pese al rubro en el que estas empresas se desarrollan, no dejan de tener fines de lucro, los mismos que son completamente legítimos. De ahí que, debemos recordar que, los seguros no tienen carácter general ni social.

En el Perú es la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP el organismo encargado de la regulación y supervisión de los seguros, para lo cual se sirve de las normas recogidas en la Ley N.º 29946, Ley de Contrato de

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N.º 02175-2011-PA/TC. AREQUIPA. COLEGIO PARTICULAR SAN FRANCISCO DE ASÍS. Pg. 80

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02175-2011-AA.html> (Revisada el 02 de julio del 2023 a las 09:34)

Seguro. Esta normativa señala en su artículo I que, en el caso de los seguros obligatorios, y aquellos que se encuentren regulados por leyes especiales, la referida ley solo aplica de manera supletoria. Así entonces, los planes de seguro de salud y el tratamiento de preexistencia se rigen además por la Ley N.º 29344 – Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, y reglamento. De igual manera, en el artículo I de la Ley de Contrato de Seguro, se establece que en los contratos de seguro en los que el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario es de aplicación el Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley N.º 29571, y demás normas pertinentes, **en lo que no estuviera expresamente regulado por la Ley de Contrato de Seguro.**

De otro lado, el artículo III del Ley de Contrato de Seguro, establece que el contrato de seguro se celebra por adhesión. Asimismo, el numeral 7 del artículo IV de la referida ley, establece que la cobertura, exclusiones y, en general, la extensión del riesgo, así como los derechos de los beneficiarios, previstos en el contrato de seguro, deben ser interpretados literalmente.

En esa misma línea, el artículo 27º establece que, las aseguradoras tienen la libertad para fijar el contenido de sus pólizas, teniendo las empresas aseguradoras la potestad de pactar en las pólizas lo que estas empresas consideren pertinente y razonable, de tal manera que se encuentren acorde con los fines del negocio que llevan, guardándose de que estas no sean abusivas.

Entonces, cuando hablamos de un contrato de seguro, estamos frente a un contrato de adhesión que posee condiciones generales, en donde las partes tienen la libertad para elegir quién será su co-contratante, siendo relevante no solo la información brindada de manera clara y oportuna, sino también la autonomía de la voluntad. En consecuencia, al tratarse de una contratación masiva, los términos que se ofertan son

estandarizados, estando a su vez altamente regulados.¹⁶ De otro lado, al tratarse de un producto, los consumidores siempre tendrán la potestad de elegir si los términos de dichos contratos les conviene o no, teniendo la autonomía para elegir otro producto y otro proveedor, según el caso, si así lo consideren necesario.

5.5. Regulación nacional sobre el derecho a la salud

El derecho a la salud es un derecho inherente al ser humano, el mismo que es definido por la Organización Mundial de la Salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.¹⁷ Está recogido en el artículo 7° de la Constitución, el mismo que señala que todos tenemos derecho a la protección de nuestra salud, la del medio familiar, y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. De igual forma, establece que toda 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.

Asimismo, encontramos que el derecho a la salud se encuentra regulado en la Ley General de Salud – Ley N.° 26842, la misma que señala que la salud es una condición indispensable para el desarrollo del ser humano y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo, siendo que, tal como lo señala expresamente en su artículo IV del Título Preliminar, la responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado. Del mismo modo, encontramos que el artículo VII recalca que es deber del Estado promover el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que puedan afectar la salud, garantizando así la libre

¹⁶ Martínez Ventura, Jazmín. Alfaro Rosas, Pamela. Bossio Bossio, Carlos. Guillén Lazo, Alejandra. Tomanguillo Vásquez, Alessandra. Apuntes sobre la nueva Ley de Contrato de Seguro: Análisis y Críticas a dos años de su Publicación. Comisión de Investigación del Equipo de Derecho Mercantil. Lima N.° III – Perú 2014. Pg 124
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/13582/14206> (Revisada el 01 de julio del 2023 a las 18:05)

¹⁷ Acerca de la Organización Mundial de la Salud. Preguntas frecuentes. <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions> (Revisado el 02 de julio del 2023 a las 10:25)

elección de sistemas previsionales; sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido.

Es así que, el derecho a la salud se configura como un derecho esencial que permite la supervivencia del ser humano, de ahí que este derecho se encuentre directamente relacionado con la integridad física y mental del individuo. De ahí que, toda vulneración al mismo, pueda afectar su desempeño en la sociedad, y la forma en cómo se relaciona con otros pares, es por esta razón que ha sido regulado por diversas instancias, a fin de garantizar su protección y ejercicio. Tenemos por ejemplo que, el artículo 25° numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, así como a una familia, a la salud, y en especial a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica, y los servicios sociales necesarios. Teniendo además, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancia independientes de su voluntad. Del mismo modo, el artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que las personas tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, estableciendo así medidas que deberán adoptar los Estados Parte, entre las que se encuentra, la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.¹⁸

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N.° 03426-2008-PHC/TC, precisa en su fundamento 9 que, si bien el derecho a la salud es un derecho social, no deja de pertenecer al complejo integral de los derechos fundamentales. Es por esta razón que el Estado debe adoptar todas las medidas posibles, para que, bajo los

¹⁸ García Ascencios, Frank. La protección del Derecho a la Salud: El caso peruano. 2020. https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/12250/Garc%C3%ADa_Proteccion_derecho_salud.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Revisado el 02 de julio del 2023 a las 10:09)

principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, solidaridad y progresividad, el ejercicio del derecho a la salud, pueda ser viable en la práctica, de tal manera que todas las prestaciones requeridas por una persona, en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo y eficaz.¹⁹

Como podemos apreciar, el derecho a la salud se constituye entonces, en un derecho que debe ser garantizado, en primera instancia, por el Estado, quién tiene las obligaciones de realizar todas las implementaciones normativas necesarias para que la integridad física y mental de las personas puedan ser garantizadas, mediante el acceso al adecuado y oportuno alcance de los servicios de salud.

VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

6.1. Problema Principal

Para abordar de manera idónea las interrogantes que nos atañen sobre el presente caso, es necesario que volvamos sobre los conceptos básicos del derecho a la igualdad y su contraparte, el derecho a la no discriminación visto en los puntos precedentes, así como lo referente a los derechos a la libertad de empresa y libre contratación.

6.1.1. ¿Se configuró un acto de discriminación contra la hija del denunciante al negarle Rímac Seguros la afiliación a su seguro Red Salud?

El derecho a la igualdad, que es reconocido como un derecho de todo ser humano, es indesligable a nuestra naturaleza, razón por la que el respeto del mismo es irrestricto, impostergable, irrenunciable, indisponible e incuantificable²⁰. En ese sentido, el derecho a la

¹⁹ Sentencia del Expediente N.° 03426-2008-PHC/TC. Lima Norte – Pedro Gonzalo Marroquín Soto. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html> (Revisada el 2 de julio del 2023 a las 10:38)

²⁰ Amaya Ayala, Leoni Raúl. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad. Discriminación en el Consumo y Trato Diferencia Ilícito en la Jurisprudencia del INDECOPI. (2015) Pg. 18.

igualdad se ve afectado cuando existen tratos orientados a beneficiar a determinada persona o grupo de personas excluyendo a otras de manera arbitraria, consecuentemente, su cumplimiento supone que todos seamos tratados en igualdad de oportunidades y condiciones.

Al respecto, nuestra Constitución señala en su artículo 2° inciso 2 que todos somos iguales ante la ley, no debiendo ser discriminados por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Por otro lado, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) establece en su artículo 7° que todos somos iguales ante la ley, y como consecuencia debemos ser igualmente protegidos por esta. De otro lado el artículo 2° establece que los derechos y libertades recogidas en dicha Declaración, son aplicados sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o de cualquier otra condición.²¹ En consecuencia, a fin de que nuestro derecho a la igualdad sea garantizado, debemos proscribir todos aquellos actos que hagan una diferencia basada en razones que sean inherentes al ser humano y que afecten directamente su dignidad, es decir, aquellos actos discriminatorios.

Sobre este punto, Jorge León señala que, el mandato de no discriminación no solo prohíbe la diferenciación injustificada, sino toda aquella diferenciación que se lleve a cabo basada en las condiciones censuradas por la Constitución. Es en atención a ello que el mandato de no de discriminación no es otra cosa que una prohibición de diferenciación.²²

²¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Revisada el 19 de mayo del 2023 a las 17:11)

²² León Vásquez, Jorge. El derecho a la no discriminación. Palestra Editores 2021. <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#/search/jurisdiction:PE/DISCRIMINACI%C3%93N/p2/vid/derecho-no-discriminacion-906779949> (Revisada el 20 de mayo de 2023 a las 11:48)

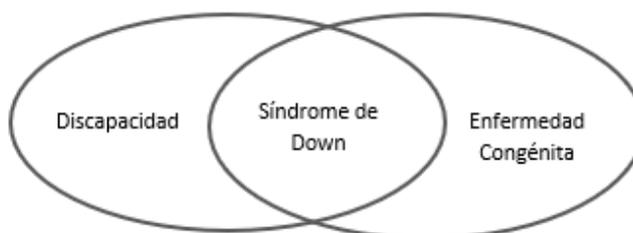
Sin perjuicio de ello, resulta importante advertir que, no todo trato diferente configura discriminación, ya que **para que un trato diferente sea considerado discriminación, debe resultar ofensivo y atentar contra la dignidad de la persona**, tal como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³. De ahí que sea razonable señalar que, el derecho a la igualdad implique en primera instancia el tratar igual a los iguales y generar tratos diferentes para aquellos que se encuentren en una situación diferente, a fin de generar un equilibrio de oportunidades, así como de acceso. (Énfasis agregado)

De otro lado, es necesario recalcar que, de conformidad con lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 2317-2010-AA/TC, existen dos ámbitos de la discriminación, la directa y la indirecta, siendo que, cuando se suscita la segunda, es decir, aquella donde el acto discriminatorio no es evidente o no se manifiesta de forma clara, es necesario que se presenten elementos de prueba complementarios, de tal manera que estos coadyuven a acreditar que la discriminación se ha configurado fehacientemente.

Es así que, en el caso que nos atañe, se ha invocado una discriminación directa, en la medida que, resultaba evidente que, Rímac Seguros denegó la suscripción de la señorita Céliz al seguro de Salud Red Salud por tener Síndrome de Down, lo cual habría configurado un supuesto de exclusión y diferenciación prohibida por la normativa, por atentar contra la dignidad de la persona. No obstante, no se ha reparado en el hecho de que la exclusión aplicada estaba referida a las enfermedades congénitas y no a la discapacidad, siendo el motivo real de la negativa la alta siniestralidad que presentan, estadísticamente, las personas que adolecen de alguna enfermedad congénita, motivo por el cual son considerados riesgos no asegurables. Es así que, para el caso

²³ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14_2021.pdf (Revisada el 20 de mayo del 2023 a las 12:31)

materia de análisis, deviene en relevante considerar que el Síndrome de Down es en primera instancia una Enfermedad Congénita, que no es otra cosa que una alteración que se produce antes del nacimiento, que pueden ser estructurales o funcionales, y causar una discapacidad física o cognitiva.²⁴ Así las cosas, es relevante para el caso que el Síndrome de Down presente la siguiente configuración:



Tenemos entonces que, toda enfermedad congénita puede causar una discapacidad, pero no toda discapacidad es considerada enfermedad congénita, ergo, sería impreciso afirmar que Rímac Seguros estaría cometiendo actos discriminatorios en función a la discapacidad de las personas. Por el contrario, podemos decir válidamente que no se negó el acceso a la señorita Sandra Céliz al seguro Red Salud por tener una discapacidad, sino que, se negó su afiliación en la medida que el Síndrome de Down es una enfermedad congénita, la cual se encuentra dentro de los riesgos no asegurable por las aseguradoras, en tanto generan una alta probabilidad de pérdida, la misma que suele trasladarse a los asegurados.

Sobre este último punto es pertinente recordar que, al momento de la elaboración del contrato de seguro, no estuvo previsto que los asegurados asumieran estas altas siniestralidades, dado que las aseguradoras son administradoras del fondo común de los asegurados, el cual, conforme al principio de mutualidad²⁵, es usado, conjuntamente con los recursos de la propia aseguradora, para asumir los eventuales siniestros. De ahí que sea importante que la

²⁴ UNICEF. Las anomalías congénitas. Cómo prevenirlas, reconocerlas, tratarlas y acompañar a las familias. Pg.2 <https://www.unicef.org/argentina/media/8131/file> (Visitada el 15 de enero 2024 a las 21:57)

²⁵ Mutualidad: La pérdida de unos pocos asumida o cubierta por la contribución de los demás.

proyección estadística que se hace antes de la emisión de la póliza, no sea alterada, toda vez que funge como una garantía para el asegurado respecto de sus fondos, de conformidad con el estudio actuarial que se realizó para, en este caso en particular, la emisión del seguro Red Salud.

De otro lado, es necesario recalcar que, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, tiene como fin que se genere un trato equitativo entre los individuos que conforman una sociedad, de tal manera que puedan acceder y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones y oportunidades. Sin embargo, no debemos olvidar que dicha igualdad, no solo se refiere a los derechos y beneficios, sino que, en atención a este fin de equidad y para garantizar la configuración de un verdadero equilibrio, las discapacidades también deben ser tratadas en igualdad de condiciones respecto a las obligaciones y restricciones, caso contrario, estaríamos fomentando un desequilibrio que nos impediría alcanzar el trato igualitario deseado.

Consecuentemente, resulta razonable preguntarnos ¿por qué debería obligarse a las aseguradoras a asegurar sólo a las personas con Síndrome de Down (por ser esta, además de una enfermedad congénita, una discapacidad), pese a configurar un riesgo que es considerado de alta siniestralidad, y no obligar de igual manera a la inclusión de los adultos mayores, o personas con obesidad, o enfermedades pre-existentes? Si lo que se estaría protegiendo es el derecho de acceso a un seguro, en pos de la protección del derecho a la salud, ¿por qué se considera que existe discriminación cuando se aplica una exclusión a personas que tienen discapacidad por efecto de enfermedades congénitas, pero se considera aceptable cuando se aplica a otros grupos como los adultos mayores, personas con obesidad mórbida o enfermedades preexistentes, condiciones que también son inherentes a su persona, y a la que no pueden renunciar? ¿Por qué debería otorgarse a las personas con Síndrome de Down un trato preferente, cuando la ley reconoce que no debe

existir diferencias entre una y otra persona al momento de ejercer derechos? ¿Este trato preferente no estaría configurando acaso otro tipo de discriminación respecto a aquellas personas que por tener una condición que altera su salud, como es su composición corporal o su edad, no pueden acceder a un seguro por configurar su condición un riesgo no asegurable? ¿Resulta justificable obligar a las aseguradoras, que no dejan de ser empresas con fines de lucro, a asegurar a todas las personas sin distinción, a un seguro que ha sido creado para determinado grupo? ¿No es más razonable y eficaz exigirles la creación de seguros afines?.

Al respecto, el numeral 38.3 del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que, **la atención preferente** en un establecimiento, **debe responder a situaciones de hechos distintas que justifiquen un trato diferente, y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.** Entonces, si el fin que se perseguía es que la señorita Céliz estuviera protegida ante cualquier eventualidad médica, tal como lo estaría cualquier otro afiliado al seguro Red Salud, podemos válidamente concluir que, no hubiera podido gozar de todos los beneficios que el seguro ofrecía, toda vez que, al tener una enfermedad congénita, muchas de las coberturas previamente concebidas, estarían excluidas, no pudiendo hacer uso de ellas, de lo que a su vez se colige que el simple acceso al seguro no le brindaría la protección que buscaba, generándose sólo una **inclusión aparente**, puesto que el seguro Red Salud, no fue creado para satisfacer todas las necesidades que una persona con una enfermedad congénita, como lo es el Síndrome de Down, podrían presentar. De ahí que considero que lo más razonable, a fin de proteger el derecho de la señorita Céliz, hubiera sido crear un seguro ad hoc, de tal manera que las primas y coberturas estuvieran acorde a las necesidades de este grupo de personas.

En atención a lo dicho líneas arribas, así como a lo resuelto por la Sala, podemos lógicamente plantearnos la siguiente interrogante: ¿Cuáles son las razones que justifican que el derecho de las personas con Síndrome de Down, en materia de acceso a seguros privados, sea más relevante o merezca mayor protección que el de las personas adultas mayores, con obesidad o con alguna enfermedad preexistente? Sobre este punto, soy de la opinión que, no existe un motivo que sea objetivo ni razonable, más allá de la sensibilidad social que generan los casos en los que se invoca la “discapacidad” como estandarte para la obtención de un beneficio. Sobre todo, porque de avalarse un trato preferente sólo para las personas con Síndrome de Down, no se alcanzaría la equidad perseguida, más aún si, como vimos, lo que se pretende es garantizar la igualdad para todas las personas.

Entonces, para que la equidad pueda ser alcanzada, debe aplicarse tanto los beneficios como las obligaciones, en este caso, las exclusiones, tal como aplica para todos los demás. **Esto no quiere decir que este grupo no merezca protección dado su estado de vulnerabilidad social, sino que dicha protección debe aplicarse de tal manera que no se genere un desbalance respecto a la protección de los derechos de otro grupo de personas con necesidades similares.**

Por otro lado, considero que no se configuró discriminación en el caso de la señorita Céliz, en la medida que, como lo hemos visto en los conceptos generales, un trato discriminatorio supone una afectación directa a la dignidad de la persona, configurándose un trato que la denigre, o la haga sentir inferior. Siendo que, la aplicación de un estudio actuarial basado en números, estadísticas y proyecciones configura *per se* un trato denigrante. Tan es así, que podemos lógicamente suponer que, si una persona con una pierna amputada, considerada como alguien con discapacidad, hubiera solicitado su afiliación al seguro Red Salud, Rímac Seguros no le

hubiera aplicado la cláusula de exclusión, en la medida que su condición no habría configurado el supuesto correspondiente por no ser una enfermedad congénita, habiéndola afiliado sin mayor restricción. De ahí que, Rímac Seguros no habría discriminado a la señorita Céliz por su discapacidad, sino por la alta siniestralidad que presenta una enfermedad congénita, como lo es el Síndrome de Down, como ya lo hemos dicho.

Por lo tanto, para el análisis de este caso, conviene recordar lo que señala Alfredo Bullard, quién manifiesta que la justicia es un medio destinado para alcanzar el bienestar general. Motivo por el cual, **las concepciones parciales de esta, no hacen otra cosa que conducirnos a un bienestar aislado y desvinculado del bienestar de todos.**²⁶ (Énfasis agregado) Por eso, resulta importante evaluar el problema analizando las consecuencias del caso en concreto, así como la medida en la que las disposiciones adoptadas afectan al resto de la población. En resumen, no es que no deba otorgársele seguros a las personas con Síndrome de Down; de lo que se trata es de garantizar que dicho acceso les permita gozar de coberturas acorde a sus necesidades, buscando la inclusión no solo de este colectivo, sino de toda aquella población que es excluida, a fin de que reciban un trato igualitario, y que cubran de manera global sus necesidades.

Sin perjuicio de lo dicho, debemos recordar que los seguros privados tienen una naturaleza distinta a la de los seguros sociales; resultando arbitrario que el Estado exija a los privados cubrir todas y cada una de las necesidades de los particulares y los supuestos asegurables, cuando es el Estado el llamado a velar por dichos derechos y a satisfacerlos en primera instancia. Sobre todo, cuando no existe una norma específica que obligue a las empresas a asumir dicha

²⁶ Bullard, Alfredo. Análisis económico del derecho. Colección lo Esencial del Derecho 35. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2018. Pg 38

responsabilidad, tal como ocurrió cuando se suscitaron los hechos materia del presente caso.

Al respecto, es necesario tener claro que las empresas aseguradoras, en ejercicio de su libertad de empresa, incursionan en el rubro de los seguros al percibir una necesidad en el mercado. No obstante, eso no genera para ellas la obligación de satisfacer todas las deficiencias en las que incurre el Estado, no teniendo una naturaleza universal como este último. De tal manera que, las empresas aseguradoras, en virtud a su libertad de contratación, ponen en el mercado productos que ofrecen protección frente a contingentes futuros, los mismos que operan bajo ciertos supuestos y condiciones que los consumidores están en la libertad de aceptar o no. De ahí que, es el propio mercado el que se encarga de establecer los límites para la actividad empresarial, en función a la oferta y la demanda, siendo responsabilidad de los consumidores informarse de los beneficios y restricciones que ofrece una póliza de manera previa a la firma del contrato, no siendo razonable que exijan la aplicación de un beneficio que conocían de manera previa que no estaba contemplado para determinado supuesto.

Entonces, conociendo que el numeral 24, del inciso 2 del artículo 2° de la Constitución establece que, *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe”*, podemos afirmar que Rímac Seguros no contravino ninguna norma, en tanto denegó la afiliación de la señorita Céliz al seguro Red Salud en aplicación de una cláusula que fue revisada de manera previa por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y que estuvo basada en estudios actuariales que confirmaban la alta siniestralidad que presentan las enfermedades congénitas, lo cual no está prohibido por ninguna norma. Recordemos que la razón de ser de un seguro privado es distinta a la de un seguro social. En consecuencia, Rímac Seguros habría actuado conforme a su derecho, no habiendo incurrido en discriminación alguna.

6.2. Problemas secundarios

6.2.1. ¿Fue justificable el uso que hizo Rímac de su libertad de contratación, así como de su derecho a la selección de riesgos, al denegar la afiliación a la señorita Céliz?

A fin de contestar esta interrogante, resulta útil recordar lo que señala Gustavo Rodríguez, quién manifiesta que los derechos implican costos, tanto privados como públicos, lo cual exige del hacedor de normas legales y políticas, que defina de manera cuidadosa cuánta protección desea asignarle a un determinado derecho o, en general, sobre cuáles serán los límites de este.²⁷

Tenemos entonces que, a lo largo de su argumentación, Rímac Seguros ha invocado su derecho a la libertad de empresa y a la libre contratación, señalando que, conforme a la naturaleza del giro de su negocio, estaba facultada a establecer las exclusiones necesarias a fin de que no se viera afectada la rentabilidad del mismo. Al respecto, Alonso Núñez del Prado señala que, cuando una aseguradora acepta o no, las diferentes solicitudes de seguros, su objetivo es evitar que se genere un desequilibrio en los cálculos, sin perder de vista las bases que fueron consideradas al momento de establecer las posibilidades de pérdida, que sirvieron para fijar las tasas. Esto en la medida que, los seguros funcionan bajo la base de la ley de los grandes números, la misma que establece que a mayor número de eventos, se predice con mayor exactitud el resultado.²⁸

Las compañías de seguro nacen bajo esta lógica del libre mercado, siendo su fin el obtener una ganancia con la actividad que realizan y

²⁷ Rodríguez García, Gustavo. Temas actuales de Derecho del Consumidor. Se reserva el derecho de admisión: Apuntes de derecho y economía de la discriminación hacia los consumidores. Ediciones Normas Jurídicas 2015. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/03/Libro-Discapacidad-PDF-VERSI%c3%93N-COMPLETA-FINAL.pdf> (Revisada el 20 de mayo del 2023 a las 13:17)

²⁸ Núñez del Prado Simons, Alonso. Derecho de Seguros y Reaseguros. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2020. Pg. 27-30

los servicios que ofrecen, para lo cual es muy importante para la continuidad del negocio, el dinero aportado por los asegurados. Así, en las compañías de seguro, un número importante de personas aporta a un fondo común para que pueda ser utilizado a fin indemnizar a aquellos asegurados que tengan pérdidas. Estos <<fondos>> son independientes y tienen sus propias reglas, las mismas que se encuentran recogidas en los contratos que firman los aportantes (asegurados), quienes lo hacen en proporción a la suma y al riesgo que aseguran”²⁹

Entonces, y a fin de analizar de manera objetiva los argumentos de Rímac Seguros, respecto a la alta siniestralidad de las enfermedades congénitas y a su libertad de empresa y contratación, resulta necesario tener siempre presente que, las aseguradoras tienen una dinámica y naturaleza distinta a cualquier otra empresa, en la medida que, en las compañías de seguros, muchos contribuyen a pagar las desgracias de unos pocos, razón por la que las aseguradoras tienen un alto grado de responsabilidad no solo ante la víctima, sino respecto de todos los otros asegurados. Es así que, para garantizar la equidad entre un asegurado y otro, las pólizas deben redactarse de tal manera que se sujeten a la proporcionalidad. Es por este motivo que el seguro, no es otra cosa que, la protección mutua de numerosas existencias económicas, análogamente amenazadas, ante necesidades fortuitas y tasables en dinero.³⁰ Así, las primas que son pagadas por los asegurados se determinan de manera objetiva, haciendo uso de la siguiente fórmula:

²⁹ Núñez del Prado Simons, Alonso. 2020. Op. Cit. Pg. 30-31

³⁰ Núñez del Prado Simons, Alonso. 2020. Op. Cit. Pg. 60-63

Formulación para establecer la prima

$$\text{Prima (tasa)} = \text{Siniestralidad} + \text{Gastos Administrativos} + \text{Gastos de adquisición} + \text{Utilidad}$$

31

Tenemos entonces que, **las compañías de seguros, pese a tener una finalidad lucrativa, deben, como parte de los servicios que brindan, garantizar la no afectación de los intereses de sus asegurados.** De ahí que, los seguros y sus respectivas pólizas sean emitidas bajo un previo análisis de probabilidad y riesgos, que no son otra cosa que cálculos que no pueden ni deben ser alterados de manera imprevista. Más aún en la medida que las aseguradoras son meros administradores de la bolsa o fondo de dinero de los asegurados, siendo dicho fondo con el que se asumen los siniestros.

Por dicha razón, resulta imprescindible que, en este caso, Rímac Seguros pueda hacer pleno ejercicio de su derecho a la libre contratación, en tanto este le permite establecer el contenido del contrato de seguro y, como consecuencia, administrar sus riesgos a fin de generar el mejor escenario, no sólo para ellos como empresa, sino para sus asegurados y los fondos que le han encomendado administrar. Entonces, la exclusión que llevó a cabo Rímac Seguros respecto a la señorita Céliz, no fue arbitraria, sino que estuvo basada, no solo en su finalidad de lucro, sino también en su deber de protección respecto de sus afiliados, debiendo excluir los riesgos más altos y posibilidades mayores de pérdida, tal es el caso de las enfermedades congénitas.

Respecto al caso que nos atañe, debemos tener presente que los costos de transacción golpean a todos, pero sobre todo a los que menos tienen. Como resultado, la solución que propuso la Sala sobre

³¹ Núñez del Prado Simons, Alonso. Derecho de Seguros y Reaseguros. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. (2020). Pg. 29

el aumento de primas, como una alternativa menos gravosa a la exclusión, no resulta una alternativa viable, o en todo caso, no es la más idónea para satisfacer las necesidades de los grupos vulnerables, en este caso, de las personas con Síndrome de Down.

Consecuentemente, el obligar a las empresas de seguros a contratar con las personas con Síndrome de Down, no garantiza que este grupo tenga una mayor protección y que pueda ejercer de manera idónea su derecho a la salud, en la medida que, a mayor siniestralidad, mayor costo de las primas, lo cual solo devendría en una realidad que haría menos accesible los seguros, siendo solo un privilegio para los que más tienen, con lo que se desvirtúa el fin que se perseguía con el pronunciamiento de la Sala, tal es la inclusión.

De otro lado, se advierte que, para establecer las primas y exclusiones, las compañías aseguradoras usan el proceso conocido como *underwriting*, que no es otra cosa que el proceso mediante el cual se identifican y evalúan los peligros, selección de riesgo, tarificación y determinación de los términos y condiciones de la póliza.³² Debiendo usarse para dicho fin, los criterios de desviación, datos estadísticos, tabla de mortalidad y la ecuación de los seguros, los mismos que ayudan a que se disminuyan las probabilidades de error en la evaluación de probabilidades, permitiendo la fijación de tasas y primas. En ese sentido, el contrato de seguro no es otra cosa que la externalización del derecho a la libre contratación de las aseguradoras, que se basaron en estudios actuariales, los cuales son objetivos.

Así pues, los seguros concebidos por Rímac Seguros, siguieron un proceso de creación, el mismo que le permitió establecer los riesgos que podría asumir en atención a su capacidad de pérdida, de ahí que resulta justificable que la aseguradora haya denegado la afiliación al

³² Núñez Del Prado Simons, Alonso. Los Secretos de los Seguros. Colección lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (2017). Pg. 36-38

seguro Red Salud a la señorita Céliz, en tanto su situación no era compatible con los supuestos asegurables previamente establecidos por el contrato de seguro, sobre todo porque el seguro Red Salud, no estaba creado para atender una pluralidad indeterminada de necesidades, ni mucho menos riesgos con alta siniestralidad.

En ese sentido, considero que Rímac Seguros aplicó su libertad de contratar tal como le correspondía, en atención a la naturaleza de su negocio, y los fines que persigue, posición que se condice con lo establecido por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, en el Oficio N.º 11612-2012-SBS, el cual señala que las empresas de seguros tienen libertad para realizar tanto la mediación como la selección de los riesgos que pretende asumir, considerado para la creación de sus productos las condiciones que limitan y delimitan los riesgos, así como las exclusiones aplicables a las coberturas que contratan.

Sobre este punto debemos recordar que en un sistema económico en el cual se limite indebidamente las libertades económicas, no existirá una verdadera creación de riquezas, y por ende, no se gestará un mayor desarrollo económico, lo cual afectará en mayor medida los más pobres. De ahí que para reducir la desigualdad se requiere mayor inversión privada, en tanto, son los privados los que colaboran con el Estado para la prestación de servicios públicos. De otro lado, tenemos que, tal como lo señala Guzmán Napurí, la desigualdad en el ingreso, no es producto de una economía de mercado, sino que es consecuencia de la falta de capacidad del Estado, así como de la corrupción que aqueja al mismo, lo que hace que no invierta de manera eficiente en áreas como la salud, educación, infraestructura, entre otros.³³

³³ Guzmán Napurí, Christian. Índices, libertad económica y las necesarias reformas de mercado a implementar. Revista de Derecho Público Económico 2, N.º2, Julio-diciembre 2021. Pg. 67
<https://journals.continental.edu.pe/index.php/derechopublicoeconomico/article/view/768/720> (Revisada el 25 de enero del 2024 a las 15:48)

Sin perjuicio de lo dicho hasta este punto y en la medida que estamos frente a dos derechos contrapuestos, los mismos que están Constitucionalmente reconocidos, resulta necesario llevar a cabo el test de proporcionalidad, con la finalidad de establecer si efectivamente la decisión llevada a cabo por Rímac Seguros fue la menos lesiva para la señorita Céliz, dado que, ante la conjunción de derechos fundamentales solo puede justificarse la limitación válida de alguno, si la protección del bien jurídico es legítima constitucionalmente, y siempre que las medidas adoptadas superen las exigencias del principio de proporcionalidad.

En primer lugar, es necesario evaluar si la medida adoptada por Rímac Seguros supera el presupuesto de idoneidad, que no es otra cosa que la relación de causalidad entre el medio y el fin. Es así que, debemos determinar si existen motivos lógicos o científicos que avalen la inclusión de la señorita Céliz al seguro Red Salud, pese a la afectación y restricción al derecho a la libertad de empresa y contratación de Rímac Seguros. En ese sentido, corresponde evaluar si la exclusión aplicada por la aseguradora fue adecuada para hacer valer el derecho a la empresa y a la libre contratación de Rímac Seguros.

Al respecto, como hemos visto, la exclusión realizada por la aseguradora responde al deber que tiene respecto a sus asegurados de garantizar la estabilidad del fondo dinerario que administra, siendo que disponer la inclusión de todos aquellos potenciales asegurados que presentan alto riesgo generaría una inestabilidad en el negocio, en tanto, significan mayores pérdidas, lo que impediría eventualmente que la empresa pudiera responder de manera idónea a los siniestros de sus demás asegurados. En ese sentido, al hacer uso de su libertad de contratación, Rímac Seguros pudo determinar de manera precisa, en función a sus cálculos actuariales, cuáles son los riesgos que puede asumir sin afectar su patrimonio, ni el de los asegurados, de tal manera que no se ponga en riesgo la continuidad

de la empresa, ni la atención de los asegurados, cuando sufran algún siniestro que deban ser asumidos en función a los servicios ofrecidos por los seguros que ostenta, en el caso en particular, el de Red Salud. Obligar a las aseguradoras a asumir todos y cada uno de los supuestos asegurables pondría en riesgo la continuidad del negocio, así como la idónea atención de los asegurados. De ahí que, Rímac Seguros habría superado el presupuesto de la idoneidad.

Ahora, debemos evaluar si la acción de la aseguradora supera el test de necesidad, el cual resulta relevante para el caso en la medida que fue uno de los argumentos de la parte denunciante. Así, corresponde determinar si efectivamente no existió otra medida igualmente efectiva o idónea para el derecho afectado, es decir, si no existía una alternativa menos gravosa que pudiera adecuarse de mejor manera al fin perseguido.

Convengamos entonces que, el fin del derecho a la no discriminación es lograr la igualdad, la misma que no es otra cosa que un escenario idóneo de equidad entre particulares. Lo que, a su vez, se traduce en el caso en particular, en el derecho a la inclusión de las personas con Síndrome de Down, que garantiza su derecho de acceso, permitiéndole tener un servicio que asegure cualquier eventualidad que pudiera presentar en temas de salud. No obstante, como vimos, el obligar a Rímac Seguros a afiliarse a la señorita Céliz al seguro Red Salud, no garantiza su inclusión, ni la protege frente a todas las siniestralidades contenidas en el seguro Red Salud, en la medida que, como discutimos en los párrafos precedentes, al ser el Síndrome de Down una enfermedad congénita, la mayoría de las complicaciones o problemas de salud, que pudiera presentar sería consecuencia de dicha condición, razón por la que muchas de las cláusulas del contrato de seguro no le sería de aplicación, no pudiendo gozar de los beneficios que ofrece el seguro Red Salud, a otros asegurados. Del mismo modo, aplicar una sobre prima no sería razonable en la medida que, esta sería sumamente excesiva, dado

que estaría orientada a cubrir todos los posibles sobrecostos que generaría atender todas las eventuales siniestralidades que presenta una enfermedad congénita como es el Síndrome de Down, razón por la que el costo sería excesivo.

Es así que, la decisión que tomó Rímac Seguros de contemplar una exclusión en su seguro Red Salud, fue la decisión menos lesiva, en la medida que dicha decisión estaba destinada a proteger la continuidad de la empresa, así como el fondo común de los asegurados, permitiéndole responder a Rímac Seguros frente a las siniestralidades de sus asegurados, en tanto fueron previamente analizadas sobre la base de proyecciones y estudios actuariales, tal como analizamos a fondo en los puntos previos del presente trabajo. Motivo por el cual, la afiliación de la señorita Céliz al seguro Red Salud, solo habría configurado una inclusión aparente y no de facto, puesto que, como vimos, sus necesidades no habrían estado totalmente cubiertas, lo cual sí habría significado una discriminación respecto de los otros asegurados.

Consecuentemente, Rímac Seguros hizo un adecuado uso de su derecho a la libertad de contratación, el mismo que está constitucionalmente reconocido, más aún cuando para la época en la que ocurrieron los hechos no había una normativa específica que estableciera una obligación para las empresas de seguro de asegurar a las personas con Síndrome de Down, motivo por el que considero que la aseguradora sí habría superado el test de necesidad. Sin perjuicio de ello, soy de la opinión que, hubiera sido menos lesivo para ambas partes, la creación de un seguro ad hoc para personas con enfermedades congénitas.

Finalmente, corresponde analizar el último paso del test, el presupuesto de proporcionalidad, debiendo identificar cuáles son las ventajas que se obtienen por la afectación del derecho fundamental, si la afectación realizada compensa los sacrificios que dicha

vulneración implica tanto para su titular como para la sociedad en general.

Al respecto, Moisés Mariscal recoge en su trabajo que, el Tribunal Constitucional, en atención a lo argumentado por Robert Alexy, incorpora una escala de tres niveles, clasificando el grado de intervención en grave, medio y leve, así como la escala de satisfacción en elevada, media o débil. De ahí que se presentan los siguientes resultados:³⁴

CASO	INTERVENCIÓN	SATISFACCIÓN	RESULTADO
C1	Leve	Elevada	Constitucional
C2	Leve	Media	Constitucional
C3	Leve	Débil	Empate
C4	Media	Elevada	Constitucional
C5	Media	Media	Empate
C6	Media	Débil	Inconstitucional
C7	Grave	Elevada	Empate
C8	Grave	Media	Inconstitucional
C9	Grave	Débil	Inconstitucional

35

Teniendo esto en consideración, soy de la opinión que, en el caso que nos atañe, el accionar de Rímac Seguros, superó el test de proporcionalidad en sentido estricto, en la medida que los beneficios adquiridos fueron mayores a las desventajas, habiéndose producido una intervención leve, y un nivel de satisfacción medio, de conformidad con la información contenida en el siguiente cuadro:

³⁴ Mariscal Rivera, Moisés Pablo. "Aplicación del Test de Proporcionalidad en la Argumentación de las Resoluciones Judiciales en el Ámbito del Derecho Civil." Revista Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Punto. Pg. 164 <http://revistas.unap.edu.pe/rd/index.php/rd/article/view/50/50> (Revisada el 18 de enero del 2024 a las 13:00)

³⁵ Mariscal Rivera, Moisés Pablo. Op. Cit. Pg. 165

Hechos del caso	Medida tomada	Beneficios adquiridos	Nivel de Intervención	Nivel de Satisfacción	Resultado
<p>1) Rímac Seguros aplicó la cláusula de exclusión contenida en su contrato de seguro Red Salud, en la medida que las enfermedades congénitas estaban contempladas como riesgos no asegurables, por su alta siniestralidad, de conformidad a los estudios actuariales realizados de manera previa a la emisión del contrato.</p> <p>2) El denunciante manifestó al negarle la afiliación que se habría cometido discriminación contra su hija por tener Síndrome de Down.</p>	Se denegó la afiliación de la señorita Céliz al seguro Red Salud.	<p>1) Se garantizó la estabilidad del negocio.</p> <p>2) Se protegió el derecho de los asegurados, al no alterar la garantía ofrecida al momento de firmar su contrato de seguro, respecto a la viabilidad de Rímac Seguros para asumir las siniestralidades que se les presenten, así como respecto al uso proyectado de los fondos mutuos de los aportantes.</p> <p>3) No se aplicó una inclusión aparente.</p> <p>4) Evidenció la necesidad de crear seguros Ad Hoc.</p> <p>5) No se genera desigualdad ni trato preferente respecto de otros consumidores excluidos, como los adultos mayores o personas con obesidad mórbida.</p>	<p><u>Leve</u></p> <p>1) En la medida que, no existía una normativa específica que obligara a las aseguradoras a afiliarse a todas las personas con Síndrome de Down.</p> <p>2) Y que la afiliación al seguro Red Salud, no habría garantizado la protección del derecho a la salud de la señorita Céliz, toda vez que no habría cubierto todas sus necesidades ni eventuales contingentes.</p> <p>3) La exclusión no se llevó a cabo sobre la base de criterios subjetivos, como la discapacidad, sino respecto a estudios actuariales, que permitían de manera objetiva determinar que las enfermedades congénitas son consideradas de alta siniestralidad.</p>	<p><u>Media</u></p> <p>Esto en la medida que no se resolvió el derecho de la señorita Céliz a tener un seguro, no obstante, como hemos visto, dicha necesidad corresponde ser suplida en primera instancia por el Estado y no una empresa privada.</p>	Constitucional

Consecuentemente, y en función a todo lo argumentado en el presente punto, considero que fue justificable el uso que hizo Rímac Seguros de su libertad de contratación, así como de su derecho a la

selección de riesgos, al denegar la afiliación a la señorita Céliz, al seguro Red Salud.

6.2.2. ¿Configuró un trato diferenciado ilícito el hecho de que Rímac Seguros sí aseguraba a los hijos de sus afiliados en determinados casos, pese a que estos también tengan Síndrome de Down?

El trato diferenciado ilícito es aquella conducta mediante la cual un proveedor deniega a un consumidor la posibilidad de adquirir un producto o de disfrutar un servicio basándose en criterios puramente subjetivos, no superando el test de proporcionalidad, razonabilidad u objetividad.³⁶ De ahí que, tal como lo establece el artículo 38°.2 y 38°.3 del Código de Protección al Consumidor, está prohibida toda exclusión de personas a no ser que existan causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de los clientes, debiendo responder la diferenciación realizada a causas objetivas y razonables, existiendo proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente otorgado. Sobre el particular, conviene aclarar que existe una diferencia entre el trato diferenciado ilícito y la discriminación, siendo esta última un tipo infractor agravado, en tanto se sustenta en la vulneración a un derecho fundamental, basándose en causas proscritas por la Constitución.

Hemos convenido que la exclusión realizada por Rímac Seguros no configura discriminación, en la medida que no se basó en el hecho de que la señorita Céliz tuviera Síndrome de Down, sino que se aplicó en función a que las enfermedades congénitas son consideradas riesgos de alta siniestralidad, motivo por el que, conforme a los estudios actuariales realizados, no son riesgos asegurables para la póliza Red Salud, lo cual no quiere decir, *per se*, que no puedan ser amparados por otro tipo de póliza diseñada de manera específica para dicho público. No obstante, es razonable que nos preguntemos si el hecho de que el artículo 11° de la Póliza Red Salud, señale que *son asegurables los*

³⁶ Amaya Ayala, Leoni Raúl. Discriminación en el Consumo y Trato Diferenciado Ilícito en la Jurisprudencia del Indecopi. Jurisprudencia del Indecopi. INDECOPI 2015. Pg. 27

dependientes de los afiliados, pese a tener enfermedades o defectos congénitos, cuando su nacimiento estuviera amparado por la referida Póliza, y que fueran inscritos dentro del período máximo de treinta (30) días calendario posteriores al parto configura un trato diferenciado injustificado.

Sobre el particular, es necesario advertir que la Póliza Red Salud se gestó luego de realizar los estudios actuariales correspondientes, es decir, sobre la base de proyecciones y datos estadísticos, analizando el riesgo. De ahí que no resulte equiparable prever el aseguramiento de aquellos bebés que podrían tener los afiliados al seguro Red Salud y que posiblemente presenten enfermedades congénitas, que asegurar a todas las personas con Síndrome de Down que solicitaran el seguro. Entonces, deviene en justificable que Rímac Seguro haya proyectado una posible cobertura sobre la base de estadísticas que señalan que 10 de cada 10, 000 nacimientos vivos a nivel mundial presentan la prevalencia del Síndrome de Down³⁷, monto que se reduce al tener como muestra solo la proyección de sus asegurados en edad de tener hijos. Siendo que, por el contrario, sí afectaría sus proyecciones el obligarlos a afiliar a todas las personas con Síndrome de Down que lo soliciten, sin excepción.

Dicho esto, conviene aclarar que, para que los dependientes de los afiliados que presenten enfermedades congénitas sean afiliados al seguro Red Salud, deben converger tres (3) supuesto: i) Que sean hijos de afiliados, ii) que su nacimiento se haya producido dentro de la cobertura del seguro Red Salud, y que iii) la afiliación haya sido llevada a cabo dentro de los 30 (treinta) días calendarios posteriores al parto. Condiciones que la señorita Céliz no cumplía en ningún extremo.

37 Anaya Bermúdez, Arantxa Natalia. La publicidad como herramienta de inclusión social en niños con Síndrome de Down a través de la campaña "Compromiso Babysec". Facultad de Comunicaciones de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Pg.5 https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/652999/Anaya_BA.pdf?sequence=1 (Revisada el 18 de enero del 2024 a las 16:22)

De otro lado, tenemos que este tipo de excepciones o beneficios, también llamadas liberalidades, califican como políticas de fidelización del cliente, que no son otras que las acciones dirigidas a conseguir que los clientes mantengan relaciones estables y continuadas con la empresa, a lo largo del tiempo. El fin es crear con el cliente un sentimiento positivo hacia el negocio, que sea lo que motive ese impulso de adhesión continuada.³⁸ Siendo esto así, es relevante recordar que el funcionamiento de toda empresa está íntimamente relacionado con su posición en el mercado y con relación con sus consumidores. De ahí que la importancia de que estas estén constantemente generando estrategias para lograr la captación y retenciones de clientes, como son este tipo de liberalidades.

En consecuencia, soy de la opinión que la política de Rímac Seguros de afiliar a los hijos de sus asegurados que hayan nacido con una enfermedad congénita, siempre que nazcan dentro de la cobertura de la póliza y realicen la afiliación dentro del plazo establecido (30 días calendario contados desde su nacimiento), correspondería solamente a una política de fidelización, y en consecuencia, no supone un trato diferenciado ilícito, en tanto estamos frente a un supuesto que ha sido contemplado dentro de los estudios actuariales para la creación de la Póliza, siendo una proyección prevista, un decisión pensada y controlada.

En ese mismo sentido, resulta relevante precisar que no es lo mismo, en cuestión de probabilidades, dejar una ventana abierta a la posibilidad de que tus afiliados puedan llegar a tener un hijo que presente una enfermedad genética, a abrir el supuesto a todas aquellas personas con enfermedades congénitas que quisieran afiliarse al seguro Red Salud, toda vez que esto elevaría en gran manera el riesgo de pérdida de la empresa, tal como lo discutimos en los párrafos anteriores.

³⁸ Pierrend Hernández, Sara Delfina Rosa. Required Today, Trend. La fidelización del cliente y retención del cliente: tendencia que se exige hoy en día. *Gestión en el tercer milenio*. Vol. 23 – N.º 45 – 2020. Pg. 9
<https://doi.org/10.15381/gtm.v23i45.18935> (Revisada el 02 de julio del 2023 a las 20:45)

Consecuentemente, la política adoptada por Rímac Seguros, en efecto configura una política de fidelización, la misma que fue ejercida en atención a su libertad de contratación y selección de riesgo.

6.3. Problemas complementarios

Habiendo llegado a este punto, me abocaré a responder interrogantes adicionales, a fin de reforzar la posición desarrollada a lo largo del presente trabajo. Las mismas que, si bien no abordan problemáticas principales, no dejan de ser relevantes para el desarrollo del caso.

6.3.1. ¿Se puede obligar a un particular a aplicar un tratado internacional cuando el Estado parte no ha cumplido con realizar las adecuaciones normativas necesarias?

En términos generales, un tratado internacional no es otra cosa que un acuerdo de voluntades celebrados entre sujetos de derecho internacional, entre los que se encuentran los Estados. Dichos acuerdos deben generar efectos jurídicos producidos en el marco normativo internacional.³⁹

Así, el artículo 55° de la Constitución establece que los tratados internacionales celebrados por el Estado, y en vigor, forman parte del derecho nacional. En ese mismo sentido, la Cuarta Disposición Final Transitoria señala que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como acorde a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú.

Asimismo, el artículo 3° de la Ley N.° 26647, la cual establece las normas que regulan los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados internacionales celebrados por el Estado Peruano,

³⁹ Salmón, Elizabeth. Nociones Básicas de Derecho Internacional Público. Colección Lo Esencial del DERECHO 6. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pg. 98-99

establece que la incorporación de dichos tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular. De otro lado, el artículo 26° de la Convención de Viena establece que, todo tratado internacional en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Tenemos entonces que, el artículo III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, establece que, para lograr los objetivos de la Convención, los Estados parte deben adoptar todas las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral y de cualquier otra índole necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. No obstante, fue recién el 24 de diciembre del 2012 que se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N.° 29973 – Ley General de la Persona con Discapacidad, es decir, cuatro (4) años después de que la Convención fuera ratificada en nuestro país, y cinco (5) meses después de que se emitiera la Resolución N.° 2135-2012/SC2-INDECOPI, materia del presente informe. De ahí que lo que estipula el artículo 28° de la Ley General de la Persona con Discapacidad⁴⁰ no era de aplicación, no siendo exigible la obligación impuesta a las aseguradoras de no negarse a prestar cobertura de seguros de salud y de vida por motivos de discapacidad, así como tampoco era exigible la obligación de realizar cálculos actuariales y estadísticos al momento de fijar las primas, las mismas que deberían ser valoradas individualmente.

Abordado este punto, conviene determinar si se podía exigir a Rímac Seguros el cumplimiento de una disposición internacional, cuando el Estado no había cumplido con adoptar las medidas legislativas

⁴⁰ Ley N.° 29973 – Ley General de la Persona con Discapacidad

Artículo 28°.- Seguros de salud y de vida privados

28.1 El Estado garantiza y promueve el acceso de la persona con discapacidad a los productos y servicios ofertados por las aseguradoras de salud y de vida privadas, sin discriminación. Las aseguradoras están prohibidas de negarse a prestar cobertura de seguros de salud y de vida por motivos de discapacidad.

28.2 La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones garantiza el acceso de la persona con discapacidad a los productos y servicios ofertados por las aseguradoras y supervisa que las primas de los seguros fijen de manera justa y razonable, sobre la base de cálculos actuariales y estadísticos, y valoradas individualmente.

respectivas para adecuar la normativa nacional, siendo que al momento en el que ocurrieron los hechos materia del presente caso, no existía una norma que obligara a las aseguradoras a garantizar el acceso a las personas con discapacidad a los seguros privados.

Es así que, el cumplimiento efectivo de las disposiciones del derecho internacional está íntimamente ligado a la actuación estatal, es decir, al Estado y al marco jurídico nacional de este. En ese sentido, y en tanto en el marco internacional el sujeto principal es el Estado, es este el que controla la aplicación de las normas. Consecuentemente, para que las normas internacionales puedan verse realmente reflejados en el territorio de un Estado parte, es necesario que este prevea las disposiciones que harán factible el cumplimiento del tratado internacional.⁴¹

En ese mismo sentido, todo Estado que ha suscrito un tratado internacional adquiere dos obligaciones, una negativa y otra positiva, lo cual implica que dichos Estados no podrán invocar disposiciones de su derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales, y que deberán adecuar su ordenamiento interno a las obligaciones internacionales asumidas, debiendo eliminar las contradicciones que pudieran surgir entre las normas internacionales aplicables al Estado y las de su orden jurídicos interno.⁴²

Ahora, si bien en el derecho contemporáneo, existe una tendencia a que prevalezcan las disposiciones del derecho internacional, la cual es confirmada tanto por la jurisprudencia como por la práctica internacional, esta debe aplicarse de manera moderada. Esto en la medida que, si bien la violación de un derecho internacional acarrea la responsabilidad del Estado parte, también es cierto que las normas de derecho interno no son nulas de manera automática. En consecuencia,

⁴¹ Salmón, Elizabeth. *Nociones Básicas de Derecho Internacional Público*. Colección Lo Esencial del DERECHO 6. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pg. 127-128

⁴² Salmón, Elizabeth. *Op. Cit.* Pg. 129

la responsabilidad internacional de un Estado trae aparejado la obligación de adaptar sus normas internas a fin de que estén acordes a la normativa internacional.⁴³

Adicionalmente, conviene recordar que la Corte Interamericana establece en diversa jurisprudencia, que existen dos (2) supuestos en los que se configura la responsabilidad internacional de un Estado cuando son los particulares los que violan algún derecho humano recogido en la Convención Americana. Tenemos entonces que el Estado es responsable cuando tolera o es cómplice de los actos violatorios en los que incurren los particulares, sea por acción o por omisión de los agentes estatales. De otro lado, el Estado incurre en responsabilidad cuando no ha sido lo suficientemente diligente para **prevenir un acto de un particular que viole derechos humanos**, responsabilidad estatal que se configura únicamente por omisión de los agentes estatales.”⁴⁴ (*Énfasis agregado*)

Bajo este tenor, podemos apreciar que el artículo III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, establece que para que objetivos de la Convención pueden ser alcanzados, los Estados parte deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral y de cualquier otra índole, que sean necesarias para lograr erradicar la discriminación contra las personas con discapacidad, de tal manera que se propicie su plena integración en la sociedad.

Por su parte la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad señala en su artículo 4° incisos a) y b), que los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas legislativas,

⁴³ Jofre Santalucía, Jimena. Ocampo Seferian, Paula. Responsabilidad Internacional del Estado por el Incumplimiento de Obligaciones Internacionales. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá 2001. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/56476/Tesis48.pdf?sequence=1> (Revisada el 14 de mayo del 2023 a las 13:41)

⁴⁴ Medina Ardila, Felipe. La responsabilidad internacional del Estado por actos particulares: análisis jurisprudencial interamericano. Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf> (revisada el 14 de mayo del 2023 a las 12:37)

administrativas o de cualquier otra índole, que permitan la efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, así como tomar todas las medidas, incluidas las legislativas, modificando y derogando leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que fomenten la discriminación contra las personas con discapacidad.

De los citados artículos, se desprende que para que lo establecido en los tratados internacionales sea exigible a los particulares, es necesario que los Estados parte lleven a cabo una acción, tal es, adecuar su normativa, y establecer los protocolos de acción destinados a garantizar el respeto de las personas vulnerables, de tal manera que, los particulares estén conscientes de a las obligaciones y responsabilidades respecto de sus acciones. Caso contrario se generaría una inseguridad jurídica por contraposición de normas, sobre todo cuando, el literal a) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución, establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, y que el literal d) del mismo cuerpo normativo señala que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena que no esté prevista en la ley. En consecuencia, para que una sanción sea impuesta, en tanto restringe un derecho, debe existir una norma expresa que lo prevea.

No olvidemos que, si bien un tratado internacional entra en vigor cuando es ratificado por un Estado, cumpliendo los protocolos establecidos por este, formando a partir de dicho momento parte del derecho nacional como podemos advertir en los artículos 55° y 56° de la Constitución, en el caso del Perú. Esto no supone, por sí mismo, que el contenido de los referidos tratados sea de aplicación directa a los particulares, dado que requiere de la aplicación de un filtro Estatal que las convierta en exigible a los particulares, a través de normas expresas. Recordemos que quienes son responsables internacionalmente son los Estados y no los particulares, salvo en el caso de delitos internacionales. En

consecuencia, no resulta razonable que los Estados parte trasladen su responsabilidad a los particulares, cuando los primeros no han cumplido con llevar a cabo las implementaciones normativas internas necesarias que la suscripción de todo tratado internacional exige a cada parte suscriptora.

Por dicho motivo, considero que no es preciso lo señalado en el voto emitido por los magistrados Carrillo y Quirós, en tanto no es razonable señalar que la legislación supranacional es de aplicación tanto para los Estados como a los particulares en igualdad de condiciones. Dado que, como hemos visto, aunque los derechos fundamentales sean de eficacia horizontal, siendo oponibles no solo a los Estados, sino también a los particulares, dicha aplicación supone que dentro del ordenamiento nacional existen instrumentos jurídicos que permiten su aplicación, tal como lo hemos advertimos a lo largo del presente punto. Caso contrario estaríamos actuando en contra de la propia Constitución que establece que nadie puede ser sancionado si no existe una causa claramente establecida, entiéndase, adecuación del hecho a una figura o tipo descrito en la ley.

Finalmente, y a este respecto, recordemos que Ley General de la Persona con Discapacidad – Ley N.º 29973, norma que obliga tanto a seguros sociales como privados a afiliar a personas con discapacidad de promulgó el 24 de diciembre del 2012, con posterioridad a los hechos materia del presente caso, motivo por el cual la obligación ahí recogida no era exigible. De ahí que, soy de la opinión que el criterio adoptado por los vocales Carrillo y Quirós, no fue el más adecuado en la medida que le impuso a Rímac Seguros una carga que el ordenamiento interno no le imponía, trasladando de manera desproporcionada una responsabilidad que correspondía en primera instancia suplir al Estado.

6.3.2. ¿La exclusión aplicada por Rímac Seguros afectó el derecho a la salud de la señorita Céliz?

Para absolver esta interrogante es necesario tener claridad respecto a la relación de causalidad que existe entre el derecho de acceso a un seguro de salud y el derecho a la salud en sí mismo. Tenemos entonces que el derecho a la salud no es otra cosa que el derecho a gozar de un estado de bienestar físico y mental, de tal manera que el organismo funcione en condiciones adecuadas.

Al respecto la Constitución señala en su artículo 7° que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad. En ese mismo sentido, establece que quien esté incapacitado para velar por sí mismo debido a una deficiencia física o mental, tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención y readaptación y seguridad. Siendo el Estado el que determina la política nacional de salud, normando y supervisando su aplicación, a través del Poder Ejecutivo, tal como lo indica el artículo 9° del mismo cuerpo normativo.

En ese sentido, corresponde al Estado garantizar que las personas puedan alcanzar este estado de bienestar mediante prestaciones de salud, las mismas que pueden ser otorgadas por el Estado o por entidades privadas. Consecuentemente, tal como lo señala César Landa, el acceso a las prestaciones de salud también se constituye como un contenido al derecho a la salud, siendo deber del Estado supervisar que dichas prestaciones sean prestadas de tal manera que garanticen **un tratamiento idóneo de las enfermedades de las personas.**⁴⁵ (*Énfasis agregado*)

Resulta evidente entonces, que el acceso a un seguro es una forma mediante la cual las personas pueden reestablecer su bienestar, sea físico o mental. Es por tal motivo que la denegación a un seguro podría repercutir de forma negativa en el cumplimiento de dicho fin. No obstante, la afiliación a un seguro no garantiza en sí mismo el

⁴⁵ Landa Arroyo, César. Los Derechos Fundamentales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección Lo Esencial del Derecho. Pg.162

restablecimiento de la salud de los afiliados, dado que, se requiere que las condiciones del seguro otorgado permitan al asegurado reestablecer de manera efectiva y fehaciente su salud, es decir, que las coberturas y exclusiones aplicables, según sea el caso, no restrinjan de manera excesiva ni irrazonable la prestación del servicio de salud que el asegurado requiera ante determinado contingente.

Siendo esto así, y en la medida que el seguro Red Salud fue elaborado bajo específicos supuestos en los que no se contemplaron afiliados de alto riesgo, el asegurar a la señorita Céliz en este seguro, no garantizaría el restablecimiento de su salud, puesto que, por tener una enfermedad congénita, muchas de las coberturas no le serían de aplicación.

Por eso, la sola afiliación no garantizaba su derecho a la salud, puesto que no habría podido acceder a un tratamiento idóneo de todas sus enfermedades o la atención de todos los contingentes médicos que pudieran haberse presentado. Es así que, la exclusión no configuró por sí misma una vulneración al derecho a la salud de la señorita Céliz.

Respecto a este punto, deviene en relevante recordar que, el artículo 1° de la Ley N.° 29973 – Ley General de la Persona con Discapacidad, establece que la finalidad de la misma es establecer el marco legal para la promoción, protección y realización en condición de igualdad de las personas con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva. De lo cual se desprende que, la única forma de que un derecho sea protegido, es que pueda ser ejercido de manera plena, y que resulte efectiva. De no ser así, solo estaríamos frente a una protección aparente.

De otro lado, la referida norma, establece en su artículo 27° numeral 27.1, que, es el Ministerio de Salud el que garantiza y promueve el ingreso de las personas con discapacidad a un sistema de aseguramiento universal que garantice prestaciones de salud, de

rehabilitación y de apoyo de calidad. De ahí que, aquellas condiciones de discapacidad que sean poco frecuentes o que representen un alto costo, deberán ser atendidas de conformidad con el artículo 10° de la Ley N.° 29761 – Ley de Financiamiento Público de los Regímenes Subsidiado y Semicontributivo del Aseguramiento Universal de Salud.⁴⁶ Del mismo modo, la referida norma establece en el numeral 27.2 que el Seguro Social de Salud (EsSalud) garantiza y promueve el acceso de la persona con discapacidad a regímenes de aportación y afiliación regular y potestativa asequibles que garanticen prestaciones de salud, de rehabilitación y de apoyo, incluidas la atención domiciliaria, la asistencia personal, los centros de atención intermedia y los centros residenciales, según las necesidades del asegurado.

Asimismo, tenemos que el artículo 10° de la Constitución establece que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Como se puede apreciar, el propio Estado reconoce que es este el llamado a garantizar y promover el aseguramiento de las personas con discapacidad a un seguro universal, siendo su responsabilidad establecer el marco normativo que permita la inclusión de este colectivo. De ahí que, el que tiene el deber, en primera instancia, de implementar todos los procedimientos y mecanismos necesarios para garantizar el acceso de todas las personas sin distinción a un seguro, es el Estado, siendo su deber el garantizar la calidad y eficacia de dicho servicio.

⁴⁶ Ley N.° 29761 – Ley de Financiamiento Público de los Regímenes Subsidiado y Semicontributivo del Aseguramiento Universal de Salud publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de julio del 2011.

Artículo 10°. Fondo de financiamiento para las enfermedades de alto costo

Créase la Unidad Ejecutora Fondo Intangible Solidario de Salud (Fissal) sobre la base de fondo creado por la Ley 27656, Ley de Creación del Fondo Intangible Solidario de Salud, con el fin de financiar la atención de las enfermedades de alto costo de atención, así como la atención de salud de las personas con enfermedades raras o huérfanas, establecida en la Ley 29698, Ley que Declara de Interés Nacional y Preferente Atención el Tratamiento de Personas que Padecen Enfermedades Raras o Huérfanas.

El Fissal, por la presente Ley, se constituye en una Institución Administradora de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS).

Es así que, en tanto sea rol del Estado es satisfacer las necesidades de los más vulnerables, puesto que es inherente a su naturaleza, y por ende innegable, la negativa de las aseguradoras de asegurar a una persona que representa una alta siniestralidad y como consecuencia un alto riesgo, no deviene por sí misma en inconstitucional. Esto en la medida que los fines del Estado y la de los privados difieren entre sí, siendo que el Estado tiene el deber de proteger a sus particulares, mientras que las empresas privadas tienen un fin de lucro que es legítimo, y que en el caso de las aseguradoras implica que la estabilidad económica del negocio está directamente relacionada con los riesgos que deciden asumir.

En consecuencia, si bien el aseguramiento en planes de salud permite que los particulares puedan garantizar su derecho a la salud, la negativa de Rímac Seguros no supuso, *per se*, la vulneración al derecho a la salud de la señorita Céliz, en vista que es el Estado quién tiene el deber brindar a los particulares seguros accesibles para todos, no así los privados, puesto que su continuidad está directamente relacionado con su selección de riesgo, por lo que asumir riesgos que resulten inciertos podría afectar no sólo la supervivencia del negocio, sino y sobre todo, su capacidad de respuesta frente a los asegurados. Máxime cuando, la afiliación de la señorita Céliz al seguro Red Salud no le hubiera otorgado un acceso completo a todos los beneficios del seguro.

6.3.3. ¿Se puede exigir a las aseguradoras privadas asumir responsabilidades que atañen a un seguro social?

Habiendo respondido la interrogante anterior, resulta lógico preguntarnos si las aseguradoras privadas tienen la misma carga y responsabilidad que los estados frente a las necesidades de los particulares. Y, en ese sentido, si tienen la obligación de atender todos y cada uno de los supuestos en los que el Estado está siendo deficiente o ha omitido realizar las implementaciones y mejoras necesarias para cumplir con su deber de protección y provisión.

Al respecto, Toyama y Ángeles, señalan que la concepción más adecuada del sistema de seguridad social es el conjunto de normas y principios diseñados por el Estado para proteger las situaciones de necesidad de los particulares con independencia del vínculo profesional que tengan con un empresario, o de la contribución que realicen o no a un sistema, estando destinado a proteger la relación jurídica de seguridad social, la misma que se caracteriza por ser pública y universal.⁴⁷

Ahora, como vimos en el punto 6.3.2., existen dos (2) clases de seguros: seguros sociales, y seguros privados. Los seguros sociales son aquellos destinados a amparar a la sociedad en general y son administrados por el Estado, estando las obligaciones y derechos de las partes, aseguradora y asegurado, establecidos en la ley. Es en ese sentido que este tipo de seguros no es compatible con el criterio de selección de riesgos, la cual es una de las herramientas principales para los seguros privados.

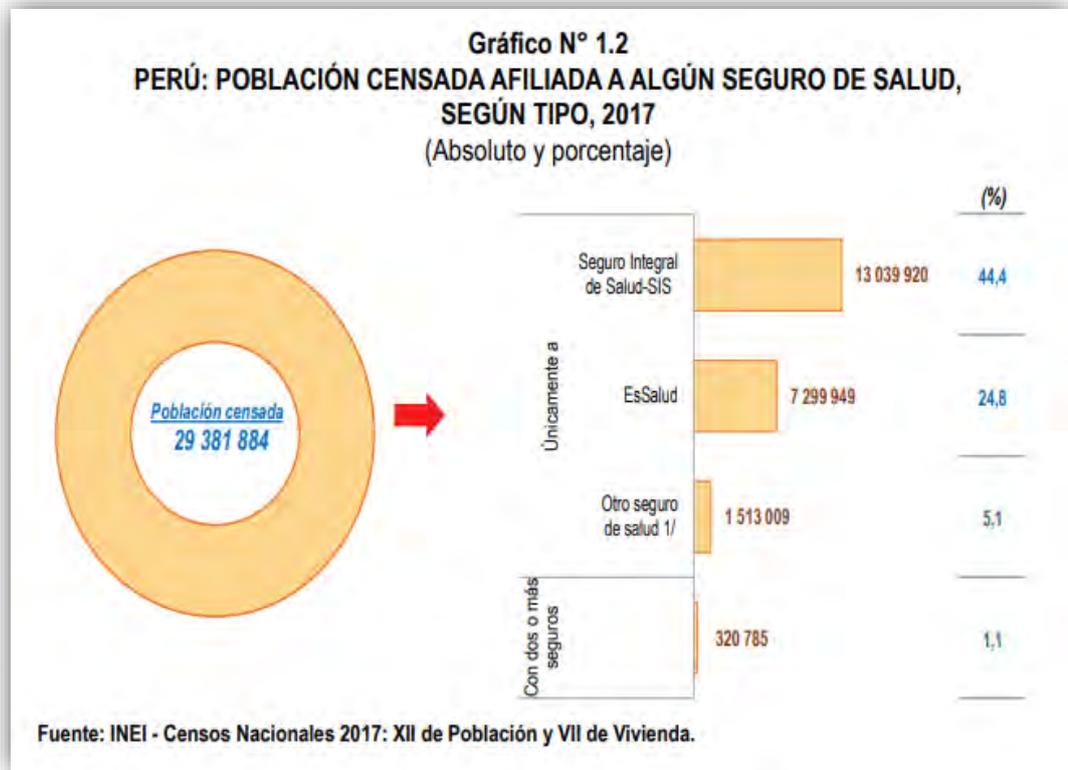
De ahí que, en los seguros sociales no se aplique el criterio de selección, así tampoco la gradación o clasificación de los riesgos asumidos, no configurándose una relación proporcional entre el monto de cotización y el grado de peligrosidad del riesgo, los cuales se calculan sobre la base de la cuantía de los salarios de los asegurados.⁴⁸

Tenemos entonces que, los seguros del Estado más utilizados son el Sistema Integral de Salud (SIS), y el Seguro Social del Perú (EsSalud). Así, el SIS es aquel que está orientado principalmente a la protección de personas en estado de pobreza y pobreza extrema, mientras que el EsSalud, se configura como un seguro de naturaleza contributiva,

⁴⁷ Toyama Miyagusuku, Jorge. Ángeles Llerena, Karen. Seguridad Social Peruana: Sistemas y Perspectivas. THEMIS 48 Revista de Derecho. Pg. 198
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110415.pdf> (Revisada el 23 de enero del 2024 a las 12:19)

⁴⁸ Núñez del Prado, Alonso. Los Secretos de los Seguros. Colección Lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017 Pg. 123.

destinado especialmente a trabajadores dependientes, y de manera potestativa a trabajadores independientes quienes asumen sus aportes.⁴⁹ Al respecto, tal como lo señala el INEI, para el año 2017, solo el 5% de la población poseía un seguro privado:



50

Y en el 2019, el porcentaje de población que se afilió a un seguro fue de 76,7%. Mientras que el 45,3% declaró haberse afiliado al SIS, el 25,9% al EsSalud, y solo el 5,5% declaró tener algún otro tipo de seguro.⁵¹

⁴⁹ Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Seguros Privados de Salud: ¿Cómo operan y qué hay que considerar al momento de contratar una cobertura? Boletín Semanal N.º24. 2019. https://www.sbs.gob.pe/boletin/detalleboletin/idbulletin/72#_ftn2 (Revisada el 23 de enero del 2023 a las 12:54)

⁵⁰ Durand Carrión, Dilcia. Población afiliada a algún seguro de salud. Sobre la base de los resultados de los Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1587/libro01.pdf (Revisada el 23 de enero del 2024 a las 12:35)

⁵¹ Condiciones de Vida en el Perú. Trimestre: Enero-Febrero-Marzo 2019. Informe Técnico N.º2 – Junio 2019. Instituto Nacional de Estadística e Informática https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe_condiciones_vida_enero-marzo2019.pdf (Revisada el 23 de enero del 2024 a las 13:24)

Tal como se puede apreciar, si bien tanto las entidades privadas como las públicas forman parte en la seguridad social, esto no quiere decir que las cargas y las responsabilidades de una y de otra sean equiparables, más aún cuando los seguros privados y sociales, tiene una naturaleza y constitución distinta entre una y otra, siendo el Estado el que tiene el deber de brindar protección universal a los sujetos, no así las aseguradoras privadas, en la medida que esta última, tiene un fin lucrativo, estando sus prestaciones limitadas en función al riesgo que pueden cubrir. En ese sentido, tal como lo señalan Gonzáles Hunt y Paitán Martínez, es el Estado el que debe formular la política nacional de salud, así como de supervisar todos los servicios de asistencia médica y de salud en general, de tal manera que el suministro oportuno de las prestaciones, y la buena administración de todas las instituciones y servicios, estén garantizados, independientemente de los métodos de financiación o de administración que posean.⁵²

Es así que, el llamado a asumir las necesidades en temas de salud, de toda la población, sin mediar excepción, es el Estado; en tanto tiene un deber de protección para con la población, no así en el caso de las aseguradoras privadas, en la medida que estas responden a una finalidad lucrativa y no aún deber estatal, dado que su naturaleza responde a la de una empresa. De ahí que no resulta justificable la exigencia impuesta a las empresas aseguradoras para que asuman una responsabilidad que deviene de una obligación y deber inherente al Estado, menos aún si no existe una normativa que lo exija de manera específica, como en el presente caso.

6.3.4. ¿La mejor forma de garantizar el derecho de las personas con discapacidad a un seguro de salud es obligar a las aseguradoras privadas a afiliarlos sin restricción alguna?

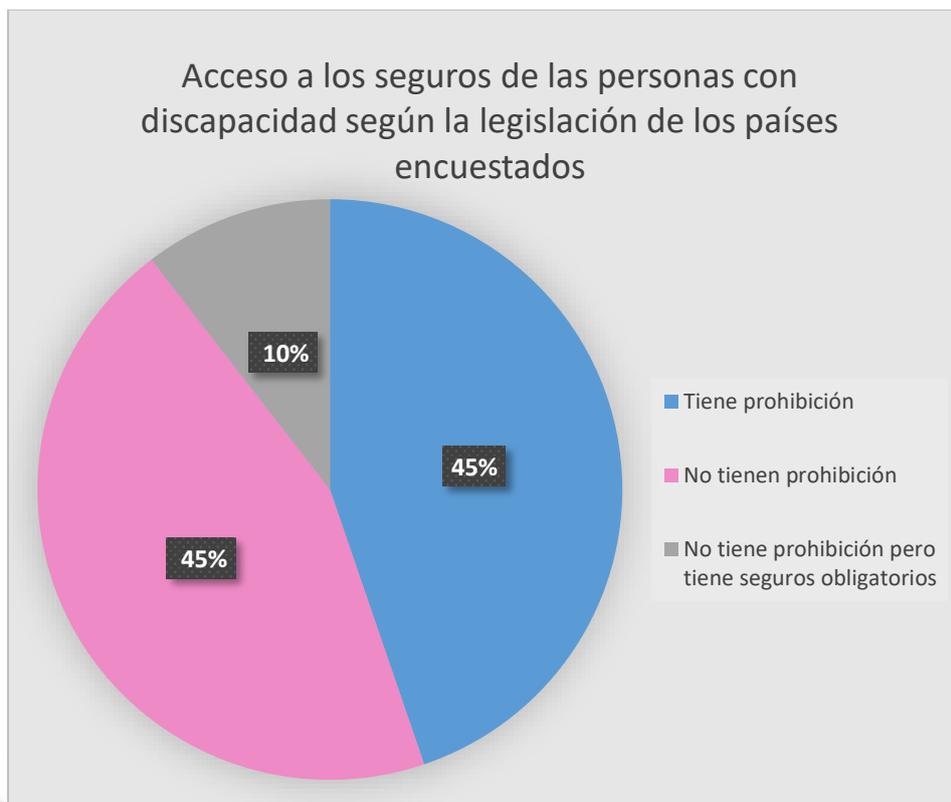
⁵² Gonzales Hunt, César, Paitán Martínez, Javier. El derecho a la seguridad social. Colección lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pg. 98-99

Respecto a este punto, es necesario recurrir a la experiencia de otros países al implementar las disposiciones de la Convención. Tenemos así que, en temas de discriminación y discapacidad, cada país ha establecido sus propias regulaciones; sin embargo, estas se rigen al marco legal interamericano, es decir, a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que tiene como objetivo la integración de las personas con discapacidad, de tal manera que no sean víctimas de un trato diferenciado injustificado, ni fueran excluidos a causa de su discapacidad, tal como también lo recoge la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁵³

De conformidad con la información contenida en el Informe de Consulta de la Federación Interamericana de Empresas de Seguros (FIDES) y la Asociación Guatemalteca de Instituciones de Seguros (AGIS), respecto a la Contratación de Seguros para Personas con Discapacidad, de los 13 países que respondieron la consulta, cuatro (4) no permiten alterar los procedimientos de contratación, así como tampoco aplicar sobrecargos a las primas. Cinco (5) países, pese a prohibir a las compañías aplicar diferentes procedimientos de contratación a los utilizados de manera habitual, pueden aplicar condiciones diferenciales, siempre que existiesen causas justificadas, aplicando para ello un análisis actuarial. Y, dos (2) países, son las propias aseguradoras quienes determinan qué riesgos pueden cubrir, así como los costos aplicables, reservándose el derecho de aceptar, recargar o declinar la solicitud. Así pues, de los 13 países, sólo cinco (5) tienen una ley que regula el acceso de las personas con discapacidad a la contratación de seguros.⁵⁴

⁵³ Normas Jurídicas Internacionales. Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-disability/international-legal-standards-rights-persons-disabilities> (Revisada el 23 de enero del 2024 a las 17:52)

⁵⁴ Informe. Consultas FIDES. Contratación de Seguros para Personas con Discapacidad. AGIS Asociación Guatemalteca de Instituciones de Seguros. FIDES Federación Interamericana de Empresas de Seguros. https://aacs.org.ar/fides/doc/consultas/2020/2020-07_contratacionSegurosPersonasDiscapacidadAGIS.pdf (Revisada el 24 de enero del 2024 a las 10:12)



Venezuela, es uno de los países en los que no existe una norma que prohíba denegar el acceso a la contratación de seguros, no obstante, existe una norma, Ley de la Actividad Aseguradora, que señala de manera expresa que las empresas aseguradoras no pueden negarse a afiliar a las personas a los denominados Seguros Obligatorios, los mismos que fueron diseñados de manera específica para suplir las necesidades de las personas con características particulares, como es el caso de las personas con discapacidad.

Por su parte en Bolivia, tenemos que, cada compañía tiene libertad para establecer cuáles son sus políticas de suscripción, así como el costo de las tarifas aplicables sobre la base del análisis de riesgo, siendo la única restricción la de no incurrir en discriminación en la contratación.

Asimismo, tenemos que solo España y Venezuela⁵⁵ tienen pólizas específicas para discapacitados.⁵⁶ Algo similar ocurre en Chile, en donde las personas con discapacidad acceden a pólizas estándares, pero que contemplan adicionalmente aseguramientos especiales, las cuales están asociadas al grado y complicaciones inherentes a la discapacidad de las personas que se aseguran. No obstante, como veremos en el siguiente cuadro, Chile no posee una ley que regule de manera específica los temas de discapacidad.

	PAÍS	PROHIBEN EL DENEGAR EL ACCESO A UN SEGURO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD	NO PROHIBEN LA DENEGACIÓN DE ACCESO A UN SEGURO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD	NO PERMITEN MODIFICACIONES EN SUS PROCEDIMIENTOS NI APLICAR PRIMAS MÁS ONEROSAS	PERMITEN MODIFICACIONES EN SUS PROCEDIMIENTOS Y APLICAR PRIMAS MÁS ONEROSAS	PERMITEN MODIFICACIONES EN SUS PROCEDIMIENTOS Y APLICAR PRIMAS MÁS ONEROSAS, PERO SOLO BAJO CONDICIONES ESPECIALES	TIENEN UNA LEY QUE REGULA LOS TEMAS DE DISCAPACIDAD	NO TIENEN UNA LEY QUE REGULA LOS TEMAS DE DISCAPACIDAD
1	CHILE	X		X				X
2	ECUADOR	X		X			X	
3	ESPAÑA	X				X	X	
4	ESTADOS UNIDOS	X				X	X	
5	PARAGUAY	X		X				X
6	PERÚ	X			X		X	
7	ARGENTINA		X		X			X
8	BOLIVIA		X			X		X
9	HONDURAS		X			X		X
10	REPÚBLICA DOMINICANA		X	X				X
11	VENEZUELA		X			X	X	
12	PANAMÁ		X		X			X

57

⁵⁵ Informe. Consultas FIDES. Contratación de Seguros para Personas con Discapacidad. AGIS Asociación Guatemalteca de Instituciones de Seguros. FIDES Federación Interamericana de Empresas de Seguros.

https://aacs.org.ar/fides/doc/consultas/2020/2020-07_contratacionSegurosPersonasDiscapacidadAGIS.pdf

(Revisada el 24 de enero del 2024 a las 11:46)

Los únicos países en los que se tienen pólizas específicas para discapacitados son:

España: existen pólizas específicas para personas con discapacidad en los ramos de salud, vida y asistencia de viaje, por citar algunos ejemplos.

Venezuela: existen los Seguros Solidarios diseñados específicamente para personas con características particulares como adultos mayores y personas con discapacidad. Sin embargo, su venta está suspendida en la actualidad, ya que la Superintendencia no ha modificado las sumas aseguradas y primas, que perdieron efectividad debido a la hiperinflación.

En **Argentina**, aun cuando no existen pólizas específicas para discapacitados, las pólizas vigentes se adecúan en su texto de acuerdo al resultado de la visita médica y de la definición de los riesgos a suscribir. De forma similar, en Chile, las personas con discapacidad son asegurados en pólizas normales, pero con condiciones de aseguramiento especiales, según el grado y las complicaciones asociadas a la discapacidad.

⁵⁶ Informe. Consultas FIDES. Contratación de Seguros para Personas con Discapacidad. Op. Cit.

https://aacs.org.ar/fides/doc/consultas/2020/2020-07_contratacionSegurosPersonasDiscapacidadAGIS.pdf

(Revisada el 24 de enero del 2024 a las 11:50)

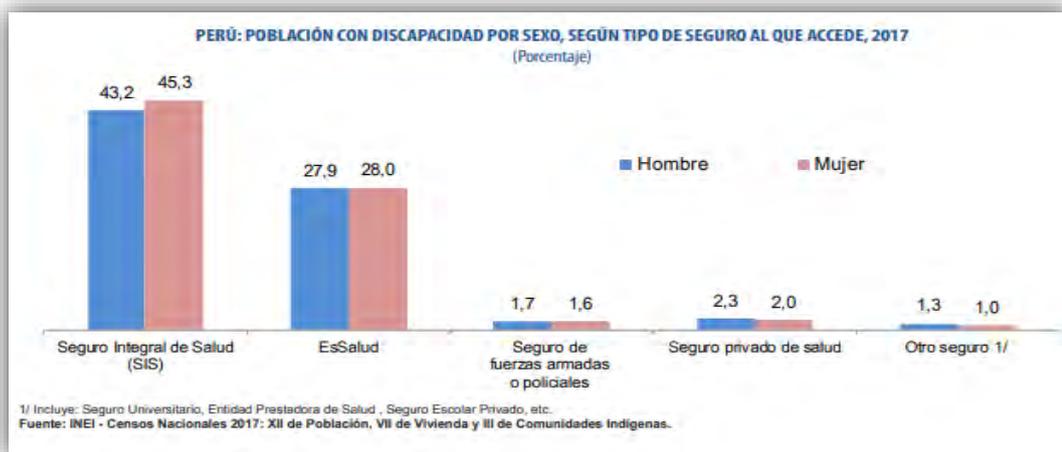
⁵⁷ Informe. Consultas FIDES. Contratación de Seguros para Personas con Discapacidad. AGIS Asociación Guatemalteca de Instituciones de Seguros. FIDES Federación Interamericana de Empresas de Seguros.

https://aacs.org.ar/fides/doc/consultas/2020/2020-07_contratacionSegurosPersonasDiscapacidadAGIS.pdf

(Revisada el 24 de enero del 2024 a las 12:03)

Teniendo esto en consideración, y volviendo al ámbito nacional, tenemos que para el 2012, solo el 61,2% de la población estaba afiliada a un seguro de salud, del cual 46,9% estaba en el Seguro Social de Salud y 48,5% al Seguro Integral de Salud, mientras que solo el 5,1% se encontraba afiliado a otros seguros.⁵⁸ De lo cual se colige que, el problema de las personas con discapacidad no es el acceso, sino la capacidad de los Estados para asumir los gastos que dicho acceso acarrea. De ahí que obligar a las compañías de seguro privados a afiliarse a las personas con discapacidad, no garantiza por sí misma el derecho a la salud, sobre todo cuando las pólizas de seguro no están diseñadas para asumir los riesgos que supone la atención de todos y cada uno de los contingentes médicos que podrían generar una discapacidad. Adicionalmente, tal como se puede apreciar en el cuadro adjunto de manera seguida, tenemos que en cinco (5) años no ha habido mayor diferencia en los porcentajes de afiliación a los distintos seguros existentes en el país, siendo que solo el 5% de la población accede a seguros privados. Lo cual confirma que el problema no es el acceso, puesto que, pese a existir una norma que obliga a las empresas privadas de seguros a afiliarse a las personas con discapacidad, si así lo solicitan, no ha habido un incremento en los asegurados a dicho tipo de seguro.

⁵⁸ Instituto Nacional de Estadística e Informática. Perú Características de la Población con Discapacidad. Marzo, 2015. Pg. 21 https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1209/Libro.pdf (Revisada el 24 de enero del 2024 a las 12:44)



59

De lo visto, podemos advertir que el establecer cargas para las aseguradoras, así como tener una norma específica que obligue a las compañías privadas de seguro a afiliar a las personas con discapacidad, no constituye la medida más idónea para garantizar el derecho de acceso a las personas con discapacidad a un seguro, ni mucho menos garantiza el derecho a la salud de las personas con discapacidad, en tanto, los seguros privados no son seguros universales, y como consecuencia, no cubren todos y cada uno de los contingentes médicos que pudieran tener personas con discapacidad, sobre toda aquellas derivadas de una enfermedad congénita, como el Síndrome de Down, a diferencia de los seguros universales.

En ese sentido, deviene en relevante tener en consideración que, el factor económico está íntimamente relacionado con la capacidad de adquisición y acceso. De ahí que la pobreza y la discapacidad se exacerben de manera mutua, siendo que las personas con ingresos muy bajos, estén expuestas con mayor incidencia a entornos y trabajos que puedan potencialmente provocar discapacidad. Del mismo modo, este colectivo suele tener un acceso precario a la salud, viviendo así en entornos más restrictivos y por lo general menos inclusivos. En ese contexto, tenemos que la evolución de las brechas de pobreza han sido

⁵⁹ Ídem

diferentes a lo largo de los años de país a país. Así, en México y Perú, las brechas no han sufrido modificación alguna, permaneciendo estancadas, mientras en países como Chile y Costa Rica, han logrado cerrarse, lo cual se puede atribuir a políticas inclusivas sostenibles basadas principalmente en diferentes transferencias monetarias y programas focalizados, los mismos que responden de manera puntal a necesidades específicas de las personas con discapacidad.⁶⁰

Queda evidenciado entonces que, establecer una obligación que imponga una carga a los privados, no garantiza la inclusión de las personas con discapacidad en materia de salud, quienes, como se aprecia en la experiencia de Chile y Costa Rica, requieren de figuras específicas, es decir, programas *ad hoc* a sus necesidades. Siendo más efectivo la implementación de incentivos que promuevan en los privados el interés de generar las políticas de inclusión, así como de implementar y fomentar la creación de planes afines a personas con necesidades específicas, que la mera aplicación de obligaciones y sanciones que, como hemos visto, no han causado mayor impacto en los últimos años.

VII. CONCLUSIONES

1. La protección de las personas con habilidades diferentes supone el fomento de la justicia y la paz social, de tal manera que opere un equilibrio entre las personas para el ejercicio de sus derechos y acceso a los mismos. No obstante, la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad, y su acceso al libre ejercicio de los mismos, no supone *per se* un trato preferente o privilegiado, sino uno que garantice un trato en igualdad de condiciones con las demás personas. De lo cual podemos colegir que, dicho trato igualitario debe aplicar tanto para los beneficios, como para las exclusiones y obligaciones, caso contrario se estaría generando un desequilibrio en detrimento de la igualdad invocada.

⁶⁰ García Mora, María Elena; Schwartz Orellana, Steven; Freire, Germán. Inclusión de las personas con discapacidad en América Latina y el Caribe. Un camino hacia el desarrollo sostenible. Grupo Banco Mundial. Pg. 32-33
<https://documents1.worldbank.org/curated/en/099015012012140135/pdf/P17538307bf8530ef0b57005d4d17d157f6.pdf>
(Revisada el 24 de enero del 2024 a las 14:57)

2. La negativa de Rímac Seguros a afiliar a la señorita Céliz al seguro Red Salud, no configuró discriminación alguna, en la medida que se basó en la aplicación de estudios actuariales, estadísticas y proyecciones, las cuales son razones objetivas consecuentes con el tipo de negocio que dirigen las empresas aseguradoras, para las cuales la selección de riesgo es de vital importancia, pues les permite establecer los contingentes que pueden asumir de manera segura, sin afectar la continuidad del negocio ni la atención de calidad de sus asegurados. Del mismo modo, no configuró discriminación, en tanto la exclusión no se llevó a cabo por la condición de discapacidad de la señorita Céliz, sino porque el Síndrome de Down es una enfermedad congénita, de conformidad con lo establecido en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la Salud – Décima Revisión (CIE-10), de la Organización Panamericana de la Salud, estando las enfermedades congénitas dentro de las exclusiones previstas por la póliza en la medida que, significan un alta riesgo, de conformidad con las proyecciones realizadas para la elaboración del seguro Red Salud. De ahí que, la exclusión no supuso, en sí misma, una vulneración a la dignidad de la señorita Céliz, ni se llevó a cabo basada en condiciones prohibidas, razón por la que no configuró un acto discriminatorio en los términos manifestados por la Sala.
3. No se configuró un trato diferenciado ilícito en la medida que Rímac Seguros aplicó un beneficio para sus consumidores, en atención a su derecho a establecer políticas de fidelización del cliente, destinadas a conseguir que los clientes mantengan relaciones estables y continuadas con la empresa. Siendo que, los supuestos en los que la referida compañía contemplaba la afiliación de los hijos de sus asegurados, que pudieran nacer con alguna enfermedad congénita, diferían de los supuestos bajo los que el padre de la señorita Céliz solicitó la afiliación de esta, no pudiendo aplicarse las mismas consecuencias para supuestos distintos. Más aún si tenemos en consideración que las consecuencias y alcances de las políticas de fidelización fueron analizadas para la elaboración de la póliza, no así la afiliación de todas las personas con Síndrome de Down. Así las cosas, el

hecho de que Rímac Seguros sí asegure a los hijos de sus afiliados en determinados casos, pese a que estos también presenten una enfermedad congénita, no configura un trato diferenciado ilícito. No resultando equiparable prever el aseguramiento de los bebés de los asegurados nacidos durante la cobertura del seguro Red Salud, que podrían presentar enfermedades congénitas, que asegurar a todas las personas que tengan Síndrome de Down y que soliciten afiliación al seguro.

4. Para que lo establecido en los tratados internacionales sea exigible a los particulares, es necesario que los Estados parte adecúen su normativa, y establezcan los protocolos de acción necesarios, de tal manera que los particulares estén conscientes de sus obligaciones y responsabilidades, de manera oportuna. Caso contrario, se generaría una inseguridad jurídica por contraposición de normas, máxime cuando el literal a) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución, establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, y que el literal d) del mismo cuerpo normativo, señala que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.
5. El propio Estado reconoce que es el llamado a garantizar y promover el aseguramiento de las personas con discapacidad a un seguro universal, siendo su responsabilidad establecer el marco normativo que permita la inclusión de este colectivo, implementando todos los procedimientos y mecanismos necesarios para garantizar el acceso de todas las personas sin distinción a un seguro de calidad y eficaz, para lo cual debe realizar las reformas normativas necesarias, así como la implementación de políticas de sensibilización correspondiente. En consecuencia, no es responsabilidad de las aseguradoras privadas garantizar el acceso universal a los seguros de salud, puesto que sus intereses responden a fines de lucro. Motivo por el cual, una exclusión realizada sobre la base de estudios actuariales, estadísticas y proyecciones, no configura una vulneración al derecho a la salud.

6. El establecer cargas para las aseguradoras privadas, así como tener una norma específica que obligue a las compañías privadas de seguro a afiliar a las personas con discapacidad, no constituye la medida más idónea para garantizar el derecho de acceso a las personas de discapacidad a un seguro, ni mucho menos garantiza el derecho a la salud de las personas con discapacidad, en tanto los seguros privados no son seguros universales, y como consecuencia, no cubren todos y cada uno de los contingentes médicos que pudieran tener personas con discapacidad, sobre todo aquellas derivadas de una enfermedad congénita, como el Síndrome de Down, a diferencia de los seguros universales.
7. Sería más efectivo la implementación de incentivos que promuevan en los privados el interés de generar mayores políticas de inclusión, que no sean solo aparentes sino eficaces. De tal manera que se vean orientados a implementar y fomentar la creación de planes ad hoc, puesto que la mera aplicación de obligaciones y sanciones no han causado, como hemos visto, mayor impacto en los últimos años, que evoquen un verdadero cambio.
8. El caso del señor Céliz debió haber sido resuelto en el sentido que expresó el voto del vocal Arrús, toda vez que, hizo evidente la existencia de una necesidad de las minorías vulnerables, también pudo determinar que en el caso concreto, la decisión de Rímac Seguros no configuró un acto de discriminación ni de diferenciación ilícita. Habiendo ejercido, en mi opinión, un análisis objetivo de los hechos.

BIBLIOGRAFÍA

- **Acuña, Erick “et al.”.** Jurisprudencia y Derechos Humanos. Avances en la agenda de derechos humanos a través de sentencias judiciales en el Perú. IDEHPUCP. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (2019)
- **Amaya Ayala, Leoni Raúl.** Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad. Discriminación en el Consumo y Trato Diferencia Ilícito en la Jurisprudencia del INDECOPI 2015
- **Anaya Bermúdez, Arantxa Natalia.** La publicidad como herramienta de inclusión social en niños con Síndrome de Down a través de la campaña “Compromiso Babysec”. Facultad de Comunicaciones de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/652999/Anaya_BA.pdf?sequence=1
- **Angüs Fuster, Roberto Carlos, Vera Vásquez Carlos Andrés.** Trato Diferenciado en el Consumo. Diagnóstico Situacional. Cuaderno de Trabajo – Discriminación Étnica y/o racial. (2016)
<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Trato-diferenciado-en-el-consumo.pdf>
- **Ardito Vega, Wilfredo.** Responsabilidad Social Empresarial y Discriminación. Lima-Revista de la Facultad Derecho PUCP N° 64 (2010)
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201001.014>
- **Barak, Aharon.** Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Primera Reimpresión. Palestra Editores (2021)
- **Blancas Bustamante, Carlos.** Derecho Constitucional. Colección lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (2017)
- **Bregaglio Lazarte, Renata Anahí.** Lo bueno, lo malo y lo feo del reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad. IDEHPUCP
<https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-del-reglamento-de-la-ley-general-de-la-persona-con-discapacidad/>
- **Bullard Gonzáles, Alfredo José.** Análisis económico del derecho. Colección lo Esencial del Derecho 35. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. (2018)
- **Carranza Álvarez, César “et al.”.** Temas Actuales de Derecho del Consumidor. Ediciones Normas Jurídicas (2017)

- **Castillo Freyre, Mario.** Contratos típicos. Colección Lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. (2020)
- Código de Protección y Defensa del Consumidor
- Constitución Política del Perú de 1993
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas de Discapacidad.
<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad
<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14_2021.pdf
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Decreto Supremo N.º 073-2007-RE. Defensoría del Pueblo. Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Programa de Defensa y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad.
https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/convenci%C3%B3n_pcd_onu-malena_pineda.pdf
- **Delgado Capcha, Rodrigo.** Una Mirada Global a la Discriminación en el Consumo. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2020)
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749566/Libro+UNA+MIRADA+GLOBAL+A+LA+DISCRIMINACI%C3%93N+EN+EL+CONSUMO-Jurisprudencia+del+Indecopi+%28Versi%C3%B3n+Digital%29+%281%29.pdf/a73d09ce-3da4-daae-745e-5b39434dd7f2>
- **Durand Carrión, Dilcia.** Población afiliada a algún seguro de salud. Sobre la base de los resultados de los Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas.
https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1587/ibro01.pdf
- **Ermida Uriarte, Oscar.** Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación. Asociación Civil Derecho & Sociedad (2011)
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13139>

- **Kresalja Roselló, Baldo.** El Principio de Subsidiariedad en Materia Económica. Análisis de las Constituciones Peruanas de 1979 y 1993. Lima: Palestra Editores (2010)
- **Kresalja Roselló, Baldo.** ¿Estado o Mercado? El Principio de Subsidiariedad en la Constitución Peruana. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (2015)
- **Kresalja, Baldo; Ochoa César.** Derecho Constitucional Económico. Tomo II: Recursos naturales, servicios públicos y régimen financiero. Segunda Edición. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. (2020)
- **García Ascencios, Frank.** La protección del Derecho a la Salud: El caso peruano. (2020)
https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/12250/Garc%C3%ADa_Proteccion_derecho_salud.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- **Gonzales Hunt, César, Paitán Martínez, Javier.** El derecho a la seguridad social. Colección lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. (2017)
- **Guzmán Napurí, Christian.** Índices, libertad económica y las necesarias reformas de mercado a implementar. Revista de Derecho Público Económico 2, N.º2, Julio-diciembre (2021)
<https://journals.continental.edu.pe/index.php/derechopublicoeconomico/article/view/768/720>
- **Guzmán Napurí, Christian.** La Libertad de empresa: Concepto y razón de ser. Blog de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental (2020)
<https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/la-libertad-de-empresa-concepto-y-razon-de-ser>
- **Jofre Santalucía, Jimena. Ocampo Seferian, Paula.** Responsabilidad Internacional del Estado por el Incumplimiento de Obligaciones Internacionales. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá (2001)
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/56476/Tesis48.pdf?sequence=1>
- **Landa Arroyo, César.** Los Derechos Fundamentales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección Lo Esencial del Derecho. (2017)
- **León Vásquez, Jorge.** El derecho a la no discriminación. Palestra Editores (2021)
<https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#/search/jurisdiction:PE/DISCRIMINACI%C3%93N/p2/vid/derecho-no-discriminacion-906779949>

- Ley de Financiamiento Público de los Regímenes Subsidiado y Semicarbitutivo del Aseguramiento Universal de Salud - Ley N.º 29761
- Ley del Contrato de Seguro – Ley N.º29946
- Ley General de la Persona con Discapacidad - Ley N.º 29973
- **Mariscal Rivera, Moisés Pablo.** Aplicación del Test de Proporcionalidad en la Argumentación de las Resoluciones Judiciales en el Ámbito del Derecho Civil. Revista Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Punto (2019) <http://revistas.unap.edu.pe/rd/index.php/rd/article/view/50/50>
- **Martínez Ventura, Jazmín “et al.”.** Apuntes sobre la nueva Ley de Contrato de Seguro: Análisis y Críticas a dos años de su Publicación. Comisión de Investigación del Equipo de Derecho Mercantil. Lima N.º III – Perú (2014) <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/13582/14206>
- **Medina Ardila, Felipe.** La responsabilidad internacional del Estado por actos particulares: análisis jurisprudencial interamericano. Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf>
- **Núñez Del Prado Simons, Alonso.** Derecho de Seguros y Reaseguros. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. (2020)
- **Núñez Del Prado Simons, Alonso.** Los Secretos de los Seguros. Colección lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (2017)
- **Pierrend Hernández, Sara Delfina Rosa. Required Today, Trend.** La fidelización del cliente y retención del cliente: tendencia que se exige hoy en día. Gestión en el tercer milenio. Vol. 23 – N.º 45. Revistas de investigación Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2020) <https://doi.org/10.15381/gtm.v23i45.18935>
- **Pillay, Navanethem.** Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía de formación. Serie de capacitación profesional N.º19. Publicación de las Naciones Unidas. (2014) https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_of_PTS19_sp.pdf
- **Priori Posada, Giovanni.** El proceso y la tutela de los derechos. Colección lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (2019)
- **Rubio Correa, Marcial.** El Test de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Segunda Edición Actualizada (2021)

- **Rubio Correa, Marcial.** La Interpretación de la Constitución Según el Tribunal Constitucional. Tercera Edición aumentada. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (2013)
- **Rubio Correa, Marcial. Eguiguren Praeli, Francisco. Bernales Ballesteros, Enrique.** Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2017)
- **Salmón Garate, Elizabeth Silvia.** Nociones Básicas de Derecho Internacional Público. Colección Lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (2017)
- **Salmón, Elizabeth, Bregaglio, Renata.** Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. (2017)
<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/03/Libro-Discapacidad-PDF-VERSI%c3%93N-COMPLETA-FINAL.pdf>
- **Salmón Garate, Elizabeth Silvia.** Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (2019)
- **Solís Visscher, Gerardo.** Tu derecho termina donde su nariz comienza: Los límites de la libertad contractual a partir de sus consecuencias. IUS ET VERITAS. (2006).
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12379/12943>
- **Tirado Barrera, José Antonio.** Protección del consumidor. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2021)
- **Toyama Miyagusuku, Jorge; Ángeles Llerena, Karen.** Seguridad Social Peruana: Sistemas y Perspectivas. THEMIS 48 Revista de Derecho (2004)
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9823/10233>
- **Trejo Maguiña, Alejandro.** Cuando el Derecho a la No Discriminación adquiere rasgos de Intolerancia. Lima: Consumo & Legal – Número 4 (2006).
<https://app.vlex.com/#vid/discriminacion-rasgos-intolerancia-38233324>
- Tribunal Constitucional del Perú. STC del Expediente N.º 02175-2011-PA/TC
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02175-2011-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. STC del Expediente N.º 03426-2008-PHC/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>

PÁGINAS WEB ADICIONALES

- Acerca de la Organización Mundial de la Salud. Preguntas frecuentes. <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions>
- Antecedentes de la Convención. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd/background-convention#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos,Naciones%20Unidas%20en%20Nueva%20York.>
- Caso Olivera Fuentes Vs. Peru. Sentencia De 4 De Febrero De 2023. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_484_esp.pdf
- Condiciones de Vida en el Perú. Trimestre: Enero-Febrero-Marzo 2019. Informe Técnico N.º2 – Junio 2019. Instituto Nacional de Estadística e Informática https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe_condiciones_vida_enero-marzo2019.pdf
- Informe. Consultas FIDES. Contratación de Seguros para Personas con Discapacidad. AGIS Asociación Guatemalteca de Instituciones de Seguros. FIDES Federación Interamericana de Empresas de Seguros. https://aacs.org.ar/fides/doc/consultas/2020/2020-07_contratacionSegurosPersonasDiscapacidadAGIS.pdf
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. Perú Características de la Población con Discapacidad. Marzo, 2015. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1209/Libro.pdf
- Normas Jurídicas Internacionales. Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-disability/international-legal-standards-rights-persons-disabilities>
- Organización De Las Naciones Unidas. Día Mundial del Síndrome de Down, 21 de marzo. <https://www.un.org/es/observances/down-syndrome-day>
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Seguros Privados de Salud: ¿Cómo operan y qué hay que considerar al momento de contratar una cobertura? Boletín Semanal N.º24. 2019. https://www.sbs.gob.pe/boletin/detalleboletin/idbulletin/72#_ftn2
- UNICEF. Las anomalías congénitas. Cómo prevenirlas, reconocerlas, tratarlas y acompañar a las familias. <https://www.unicef.org/argentina/media/8131/file>

ANEXOS

Anexo 1 - Cuadro de posiciones de los vocales

VOTOS DE LOS VOCALES DE LA SALA RESPECTO AL CASO		
VOTO DEL PRESIDENTE CAMILO NICANOR CARRILLO Y EL VOCAL MIGUEL ANTONIO QUIRÓS	VOTO DE LOS VOCALES FRANCISCO PEDRO ERNESTO MUJICA SERELLE Y HERNANDO MONTOYA ALBERTI	VOTO DEL VOCAL OSCAR DARÍO ARRÚS OLIVERA
<p>Rímac Seguros incurrió en discriminación en su modalidad agravada al haberse negado a afiliar a la señorita Céliz al seguro "Red Salud" por tener esta Síndrome de Down. El voto se tomó basado en los siguientes argumentos:</p>	<p>Rímac Seguros llevó a cabo un trato diferenciado injustificado al asegurar a personas con Síndrome de Down en determinados supuestos y a otras no. El voto se adoptó teniendo en consideración los siguientes argumentos:</p>	<p>Rímac Seguros actuó en virtud a su libertad de empresa y libertad de contratar no habiéndose configurado discriminación alguna ni trato diferenciado injustificado. El voto se adoptó sobre la base de los siguiente:</p>
<p>a) Cuando Rímac Seguros rechazó la solicitud del señor Céliz no presentó ninguna prueba que acreditara la alta siniestralidad que viene aparejada a las personas con Síndrome de Down. No habiéndole realizado un examen médico a la denunciante, presentando sólo, durante el proceso, informes médicos de genetistas de la Defensoría del Pueblo.</p> <p>b) La libertad de empresa está supeditada al cumplimiento de las normas constitucionales, teniendo como límite el derecho del consumidor a la no discriminación.</p> <p>c) No le era imposible a Rímac Seguros hacer el ajuste de primas, por falta de estudios estadísticos, en tanto, en su póliza contemplaba supuestos en los que sí aseguraba a los hijos de padres asegurados, que nacieran son Síndrome de Down. De lo que se colegía que dicha enfermedad sí era un riesgo que se podía asegurar.</p>	<p>a) La negativa de Rímac Seguros a otorgar un seguro general a una persona con discapacidad corresponde a una causa objetiva y razonable, en la medida que, un razonamiento contrario obligaría a las compañías de seguros a otorgar pólizas de seguros de salud general a personas con Síndrome de Down, pese a que dichas pólizas habrían sido elaboradas con los parámetros de personas que no sufren dicha discapacidad, con lo cual se estaría desnaturalizando la póliza y poniendo en riesgo los objetivos de los asegurados privados.</p> <p>b) Pese a que tuvo la oportunidad de hacerlo durante todo el procedimiento, Rímac Seguros no presentó prueba alguna que justificara porqué si asegura a personas con Síndrome de Down en algunos supuestos, y no en el caso de la señorita Céliz.</p>	<p>a) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no establecía obligaciones específicas a los particulares, solo era vinculante para los Estados miembro, razón por la que no debía ser invocada para establecer la responsabilidad de Rímac Seguros.</p> <p>b) Fue con posterioridad al inicio de la denuncia que se aprobó el proyecto de ley de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establecía obligaciones concretas para las aseguradoras.</p> <p>c) Que son los seguros sociales los que se desarrollan en el marco de la equidad, razón por la que deben facilitar el acceso a los servicios de salud, mientras que los seguros privados, nacidos en marco de la libertad de empresa, tienen una finalidad lucrativa. Siendo responsabilidad del Estado garantizar el acceso a la seguridad social</p>

<p>d) La negativa de Rímac Seguros de afiliar a la señorita Céliz, no cumplía con el test de razonabilidad, en tanto no cumplía con el criterio de necesidad, habiendo podido elevar Rímac Seguros el monto de la póliza, o aplicar exclusiones a la misma.</p> <p>e) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece la obligación a los Estados parte de adecuar su ordenamiento a fin de garantizar que no se cometan actos discriminatorios contra las personas con discapacidad.</p> <p>f) La negativa de Rímac a afiliar a la señorita Céliz pudo afectar su salud.</p>	<p>c) El Convenio sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de las Naciones Unidas no era vinculante para Rímac Seguros, más aún en la medida que los seguros privados persiguen fines de lucro amparados por la legislación nacional.</p> <p>d) Al asegurar Rímac Seguros, en algunos supuestos, a personas con Síndrome de Down, negándose a ofrecerle el mismo beneficio a la señorita Céliz, se configuró una selección injustificada.</p> <p>e) Correspondía sancionar a Rímac con 20 UIT y no con 50, en la medida que no se configuró el tipo agravado de discriminación en el consumo, sino el tipo básico de selección injustificada de clientela. Máxime cuando, Rímac Seguros, durante el procedimiento, ofreció al señor Céliz asegurar a su hija en el seguro materia de denuncia; sin embargo, el señor Céliz rechazó el ofrecimiento.</p>	<p>de todas las personas, a fin de salvaguardar su derecho a la salud, y no trasladar dicha carga a los particulares.</p> <p>d) Las aseguradoras son libres de determinar los riesgos que asumen, así como de elegir con quienes contratan, no configurando dicha libertad discriminación, máxime cuando dicha práctica está avalada por la Superintendencia de Banca y Seguros.</p> <p>e) Es causa objetiva y justificada la alta siniestralidad que implica el asegurar a personas con Síndrome de Down, en tanto presentan mayor probabilidad de desarrollar determinadas enfermedades.</p> <p>f) La afiliación de personas con Síndrome de Down, en determinados supuestos, es una discrecionalidad que realiza la aseguradora, en el marco de su libertad de empresa. Siendo que las excepciones realizadas se justifican en políticas de fidelización.</p> <p>g) Obligar a Rímac a asegurar a personas con altas probabilidades de contraer enfermedades, lesiona la libertad de empresa, y su libertad de contratar. Del mismo modo, fungiría como un desincentivo para aquellas personas de bajo riesgo, que no desean asumir los sobrecostos de un eventual incremento de la prima.</p> <p>h) La apelación debe declararse fundada, y en consecuencia infundada la denuncia; sin embargo, dado que se trata de un hecho lamentable, corresponde al Estado expedir un dispositivo legal que evite que este tipo hechos se repitan en el futuro.</p>
---	--	---

Anexo 2 - Cuadro del Test de proporcionalidad

Hechos del caso	Medida tomada	Beneficios adquiridos	Nivel de Intervención	Nivel de Satisfacción	Resultado
<p>1) Rímac Seguros aplicó la cláusula de exclusión contenida en su contrato de seguro Red Salud, en la medida que las enfermedades congénitas estaban contempladas como riesgos no asegurables, por su alta siniestralidad, de conformidad a los estudios actuariales realizados de manera previa a la emisión del contrato.</p> <p>2) El denunciante manifestó al negarle la afiliación que se habría cometido discriminación contra su hija por tener Síndrome de Down.</p>	<p>Se denegó la afiliación de la señorita Céliz al seguro Red Salud.</p>	<p>1) Se garantizó la estabilidad del negocio.</p> <p>2) Se protegió el derecho de los asegurados, al no alterar la garantía ofrecida al momento de firmar su contrato de seguro, respecto a la viabilidad de Rímac Seguros para asumir las siniestralidades que se les presenten, así como respecto al uso proyectado de los fondos mutuos de los aportantes.</p> <p>3) No se aplicó una inclusión aparente.</p> <p>4) Evidencio la necesidad de crear seguros Ad Hoc.</p> <p>5) No se genera desigualdad ni trato preferente respecto de otros consumidores excluidos, como los adultos mayores o personas con obesidad mórbida.</p>	<p style="text-align: center;"><u>Leve</u></p> <p>1) En la medida que, no existía una normativa específica que obligara a las aseguradoras a afiliarse a todas las personas con Síndrome de Down.</p> <p>2) Y que la afiliación al seguro Red Salud, no habría garantizado la protección del derecho a la salud de la señorita Céliz, toda vez que no habría cubierto todas sus necesidades ni eventuales contingentes.</p> <p>3) La exclusión no se llevó a cabo sobre la base de criterios subjetivos, como la discapacidad, sino respecto a estudios actuariales, que permitían de manera objetiva determinar que las enfermedades congénitas son consideradas de alta siniestralidad.</p>	<p style="text-align: center;"><u>Media</u></p> <p>Esto en la medida que no se resolvió el derecho de la señorita Céliz a tener un seguro, no obstante, como hemos visto, dicha necesidad corresponde ser suplida en primera instancia por el Estado y no una empresa privada.</p>	<p style="text-align: center;">Constitucional</p>

Anexo 3 - Cuadro comparativo de legislación sobre discapacidad y acceso a los seguros de salud en América Latina

	PAÍS	PROHIBEN EL DENEGAR EL ACCESO A UN SEGURO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD	NO PROHIBEN LA DENEGACIÓN DE ACCESO A UN SEGURO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD	NO PERMITEN MODIFICACIONES EN SUS PROCEDIMIENTOS NI APLICAR PRIMAS MÁS ONEROSAS	PERMITEN MODIFICACIONES EN SUS PROCEDIMIENTOS Y APLICAR PRIMAS MÁS ONEROSAS	PERMITEN MODIFICACIONES EN SUS PROCEDIMIENTOS Y APLICAR PRIMAS MÁS ONEROSAS, PERO SOLO BAJO CONDICIONES ESPECIALES	TIENEN UNA LEY QUE REGULA LOS TEMAS DE DISCAPACIDAD	NO TIENEN UNA LEY QUE REGULA LOS TEMAS DE DISCAPACIDAD
1	CHILE	X		X				X
2	ECUADOR	X		X			X	
3	ESPAÑA	X				X	X	
4	ESTADOS UNIDOS	X				X	X	
5	PARAGUAY	X		X				X
6	PERÚ	X			X		X	
7	ARGENTINA		X		X			X
8	BOLIVIA		X			X		X
9	HONDURAS		X			X		X
10	REPÚBLICA DOMINICANA		X	X				X
11	VENEZUELA		X			X	X	
12	PANAMÁ		X		X			X

Anexo 4 Resolución N.º 2135-2012/SC2-INDECOPI

LO TARJADO
NO VALE



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

0615

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

denunciante que

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) 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

RUC 20100041953

M-SC2-13/1B

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 | Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe | Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0616

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOP

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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.

LO TARDADO
NO VALE



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0617

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

denuncia abusiva

- (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

U

U

U

U

U

U



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL 0618
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOP

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

María del Socorro

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 resultará 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.

LO TARDADO
NO VALE



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0619

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOP

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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*.

Ni está
decomer

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

LO TARDADO
NO VALE



0620

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 :

Denuncia Verbo

"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 :

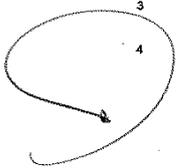
"Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional."

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

of

³ Op. Cit.

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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

LO TARIADO
NO VALE

6621

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.

Acción de Veto

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 :

7/66



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

LO TARJADO NO VALE

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI 0622

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

"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;

(...)"

América Venturi

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

⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

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

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1848-2004-AA/TC publicada el 15/03/2005. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>
8/66

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348
E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

LO TARDADO
NO VALE



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CP

0623

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.

Manuel Vento

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 consumo. 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 infractor.

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.

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 sucesos de los medios probatorios.

9/66

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 | Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe | Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

LO TARJADO
NO VALE

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

0624

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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).

Sentencia Verboresca

1

2

3

4

LO TARDADO
NO VALE



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0625

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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."

Sancta Veritatis

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 verosímelmente 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 cardiacas. 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.

11/66

LO TARJAD
NO VALE



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0626

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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:

Anexo 1

"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 11° 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.

12/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0627

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOP

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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-INDECOP.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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 discriminación¹².**

Antonio Véliz

[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.° 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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.

15/66

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

Susana Ventres
 Susana Ventres



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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.

Ver carta de

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.*

16/66



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0631

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Percepción Tarbo + ms

- 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 -catástrofe o calamidad nacional, radiaciones nucleares, erupciones volcánicas, huracanes, terremotos, temblores o

17/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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,

19/66

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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:

seleción de arts y cob

"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

20/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

0635

Alcides Acosta

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 38° 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

0636

Ministro Héctor

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.

22/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Por su parte, el artículo 115° 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.

Almest Perlo 1 vez

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. (...)

23/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Almendra Rímbo y otros

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

24/66



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.

25/66



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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,

Multas por

- 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0641

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

(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.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0642

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

66. De otro lado, consideramos que debido a la infracción cometida por Rímac, las personas con discapacidad podrían apreciar que aun en el supuesto de que contarán con los medios para acceder a los bienes y servicios con los cuales desean satisfacer sus necesidades y expectativas, tal como ocurre con las demás personas, no tendrían acceso a dichos bienes y servicios, sin que se les brinden razones objetivas y razonables que justifiquen tal diferenciación. Ello comprueba los efectos negativos que genera en el mercado la infracción cometida por Rímac y reafirma la gravedad de la conducta sancionada.
67. Asimismo, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre los cuestionamientos de Rímac al criterio de graduación "beneficio ilícito" pues no está siendo utilizado en el presente voto.
68. Atendiendo a lo expuesto, y teniendo en cuenta los artículos 108^o³¹ y 110^o del Código, citado precedentemente, los Vocales que suscriben el presente voto

Almudh curto x ab

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.

28/66



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0643

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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 112° 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.

Mentech Cunto y su

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 237°.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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0644

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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

Mientras tanto y voto

CAMILO NICANOR CARRILLO GÓMEZ
Presidente

MIGUEL ANTONIO QUIRÓS GARCÍA
Vocal

²⁶

DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY DE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. TÍTULO 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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 2° 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 38° lo siguiente:

"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.

27

CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ

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.

31/66

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

Arteses 7 como



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0646

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Arribando conito y más

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 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.

32/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Almuerzo curato y Tercer

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

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

³⁰ Cfr. Res. 2808-2010/SC2-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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.

Menciones univenta y ocho



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0649

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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]

*Almendra Cortez
Mora*

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

**"CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS
Artículo 4°.- 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 25° lo siguiente:

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

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

(...)

35/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

0650
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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.

36/66

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 | Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe | Web: www.indecopi.gob.pe

XL



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

0651

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.

Muchos cruceos

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.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

- 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.

mancha en parte y de

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).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0653

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

29. Conforme a lo expuesto precedentemente y abundando en consideraciones, corresponde evaluar si los motivos alegados por Rímac califican como causas objetivas y justificadas, reconocidas por el artículo 38°.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:

Además como se

*“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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

0654
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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*

40/66

Alcubren contrato y cobro



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

*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>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0656

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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.

sentido contrario y sí

³⁹ En las fojas 213 – 218 del expediente.

⁴⁰ En las fojas 151 y 158 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

presente contrato y voto

- 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



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0659

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Artículo 14 y 15 de la Ley 27444

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.

(...)

45/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0660

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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

Ver punto 6

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0661

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

M. Voto N° 2 y 10

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 38° 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 75°.- 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.

47/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0662

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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.

elemento presunto y da

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.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0663

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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.

María Céliz Alvarado y Tre

↑

B



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

present. merito y voto

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

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

Artículo 4°.- 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 25° lo siguiente:

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

Artículo 25°.- Salud

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

(...)

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida 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

50/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0665

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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

51/66

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0666

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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

52/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

pendiente debate 1 vez

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Aludendo a los artículos 1 y 2 de la Ley N° 272-2011/CPC

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Al contestar contestar a m

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-celebrantes, en función de los riesgos que consideran administrar, sin perjuicio de cumplir con el marco legal vigente.

55

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

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

55/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0670

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Alcides Alento

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 unaseguro 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 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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*

pendiente revisar y ms

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>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Muricho - Artículo 7 de

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 misma, 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:

58/66

0673



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Murcia retto + the

"...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 período 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

59/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0675

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Resolución sobre el voto 7 inms

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

61/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

0676

Manuel Alberto N...

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.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

presente Rubén y Nidia

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.

63/66



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

con arch neto 1 solo

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

Atención neto y m4

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.

(...)

65/66

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

0680

RESOLUCIÓN 2135-2012/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 272-2011/CPC

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:

Resuelto

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

66/66