

LA VIDA NO VA DE CROMOSOMAS **(A propósito del aseguramiento de la sanidad privada de los discapacitados)**

M^a Carmen González Carrasco
Prof. acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 26 de marzo de 2015

I. DISCAPACIDAD Y SEGUROS DE SALUD: LA PARADOJA DE LA INCLUSIÓN-EXCLUSIÓN

Me he permitido adoptar en el título de este comentario el lema del día mundial del Síndrome de Down para celebrar la sentencia de un juzgado barcelonés que ha reprendido a una compañía aseguradora de asistencia sanitaria (AXA), por negarse en un principio a incluir en la póliza familiar al hijo de los demandantes, nacido con síndrome de Down¹. Lo haré recordando algunas de las consideraciones que ya realicé hace unos meses en la revista editada por este mismo centro de investigación².

Se trata de una sentencia de primera instancia dictada por un Juzgado de Barcelona conseguida gracias a que, ante el allanamiento de la compañía en fase de audiencia previa y a pesar de él, los padres sintieron el deber de obtener una decisión judicial que evitase futuras situaciones de discriminación a familias como la suya. Lo cual fue correctamente interpretado como un interés legítimo en la prosecución del pleito a pesar de la satisfacción de su interés concreto por parte del juzgador.

¹ No obstante, ya en el año 2008, un Juzgado de El Ferrol condenó a Sanitas a abonar a los padres de una niña con síndrome de Down 6000 euros en concepto de indemnización por daños morales tras negarse la aseguradora a contratar una póliza de asistencia sanitaria para ella pese a mostrar niños con síndrome de Down en su publicidad. Pero la Audiencia de A Coruña revocó la sentencia absolviendo a la compañía al considerar inexistente el daño moral.

² “Discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria”. Revista Cesco de Derecho del Consumo nº 8, 2013. Págs. 441-452. (<http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/427>).

La protección de la discapacidad en el ámbito sanitario rompe los esquemas típicos de la relación entre el avance médico y la mejora de la situación del usuario de servicios sanitarios, precisamente porque la relación entre los avances médicos y la discapacidad es contradictoria. El siempre bienvenido desarrollo de la medicina conlleva un aumento de niveles sociales de discapacidad, puesto que conlleva alargar la esperanza de vida y permite un mayor grado de supervivencia de personas con grandes secuelas discapacitantes. Pero por otra parte, los importantes avances experimentados en el campo de las técnicas de reproducción asistida, que no pueden analizarse de forma separada de las cifras de prematuridad incapacitante, suponen entrar en la pendiente inclinada de una limitación meramente economicista del esfuerzo terapéutico neonatal, mientras que, por otra parte, los avances en diagnóstico prenatal han conducido a una dramática reducción de las cifras de nacidos con alteraciones cromosómicas en un sistema legal que asocia sin sonrojo la dignidad humana y la perfección. Se ha dicho, con razón, que la discapacidad es un elemento “perturbador” para los sistemas tradicionales de salud, *concebidos para el canon de usuario medio*³. De ahí surge el “desajuste”, en el campo de la atención sanitaria, entre las demandas de salud y reconocimiento de la dignidad de las personas con discapacidad y las prestaciones uniformes provistas por los sistemas de salud y por las compañías aseguradoras de asistencia sanitaria, que tienden a eliminar lo que no encaja, lo que no renta, o lo que exige apartar la vista de la hoja *excell* y valorar a cada persona en toda su dignidad.

Y dentro de las deficiencias del sistema sanitario en relación con la discapacidad, la situación de los discapacitados en relación con el acceso a los seguros de salud es especialmente compleja, porque el mercado asegurador, en la interpretación de los criterios actuariales de diferenciación que la legislación vigente le permite aplicar, tiende a confundir la situación preexistente referente a la "salud" del solicitante con su situación de "discapacidad”.

II. ¿DE QUÉ NORMATIVA PARTIMOS?

El 13 de diciembre de 2006, la ONU aprobó la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. La Convención, que fue ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, supone la consagración de la eficacia entre los particulares de los derechos de las personas con discapacidad cuyo pleno cumplimiento corresponde garantizar a los poderes públicos mediante un régimen de infracciones y sanciones. La Convención contempla también la posibilidad de demandar acciones positivas de atención específica y de garantía de libertad de la persona discapacitada en la toma de sus decisiones, y la reposición de situaciones discriminatorias entre particulares. En relación con el derecho a la salud, los Estados firmantes deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que

³ Pérez Bueno, L.C. “Discapacidad y asistencia sanitaria”. CERMI 2006, pág. 8.

tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud (Art. 25.1.). En particular, el citado artículo establece que los Estados Partes:

- a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;
- b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;
- c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;
- d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;
- 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;*
- f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Dicho enfoque, que supone considerar a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos ejercitables frente al resto de los ciudadanos y no como meros objetos de tratamiento y protección social, fue asumido en nuestro ordenamiento por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, posteriormente refundida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social* (en adelante, TRPDPD). Entre otros aspectos relacionados con la salud, la Ley de Adaptación, en concreto su artículo 14, modificó, a instancia de CERMI⁴ la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS). Esta modificación ha introducido una Disp. Adic. Cuarta en la LCS que prohíbe la **denegación de acceso a la contratación de seguros (por lo tanto, también de asistencia sanitaria), el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad**, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y

⁴ Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

objetivamente⁵. Esta prohibición, aunque no afecta directamente al derecho de acceso a los servicios sanitarios prestados por la Administración Pública sanitaria ni a la asistencia privada prestada a través de entidades aseguradoras concertadas con el sistema de mutualismo administrativo, cobra la máxima relevancia en un sistema sanitario en el que el Servicio Nacional de Salud (el asegurador público universal) coexiste con un mercado de seguros privados, en su mayoría de contratos de seguros de asistencia sanitaria (o de enfermedad de acuerdo con la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1995), que suplementan las prestaciones del SNS.

Hasta la actualidad, las iniciativas de entidades privadas en el ámbito sanitario se han centrado en la oferta específica de aseguramiento de salud para discapacitados⁶ y seguros de dependencia⁷. Pero, como hemos visto, la Disp. Adic. Cuarta LCS, en la redacción incorporada por el art. 14 de la Ley 26/2011, prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen *documentadas previa y objetivamente*. En el ámbito de los seguros privados de asistencia sanitaria, ello conlleva un cambio de enfoque que exige pasar del concepto de discapacidad como enfermedad al concepto de discapacidad como deficiencia física, sensorial, intelectual o mental que puede presentar un individuo, y las barreras físicas y sociales y que limitan su participación y el ejercicio de derechos, aspectos por lo tanto no necesariamente relacionados con el estado de salud previo a la contratación de la póliza.

Es preocupante en este sentido que la redacción de la actual Disp. Adic. 4ª de la Ley de Contrato de Seguro haya desaparecido de la redacción con que se presenta el capítulo dedicado a este contrato en el Borrador de Proyecto de Código Mercantil que se encuentra actualmente en ciernes en el Ministerio de Justicia. Porque el TRPDPD no contiene ninguna referencia explícita al contrato de seguro (como tampoco al resto de situaciones particulares relacionadas con la salud, como el consentimiento informado, los trasplantes o a la reproducción asistida, que se encuentran reguladas en sus normas específicas). Y si bien es

⁵ En la nueva redacción de la Disp. Adic. Cuarta de la LCS en virtud de la reforma operada por el art. 14 de la Ley 26/2011 no se incluyó el último párrafo de la propuesta del informe “Las discriminaciones por razón de discapacidad en la contratación de seguros” (López-Bueno, L.C. Cuadernos CERMI nº 11, Pág.77: “Únicamente se entenderán causas justificadas y razonables aquellas cuyo fundamento derive de los adecuados estudios que acrediten la existencia de riesgos incrementales o específicos”.

⁶ “Sanitas Accesible” fue el primer seguro médico privado que surgió en el mercado español como respuesta a las necesidades de aseguramiento privado de la asistencia sanitaria de personas con discapacidad.

⁷ Informe de conclusiones, propuestas y recomendaciones sobre promoción de la igualdad de oportunidades, accesibilidad y calidad de vida de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario (proyecto de investigación sobre salud y discapacidad en Europa), de la Fundación Sanitas (28 de abril de 2008).

cierto que el principio de no discriminación en materia de seguros de asistencia sanitaria podría considerarse comprendido en el principio de más amplio alcance que prohíbe la discriminación en el acceso a los servicios⁸, y en concreto, a los relacionados con la salud (art. 10 TRPDPD), los términos con que se expresa dicho artículo son más ambiguos de lo que sería deseable, como pasamos a comprobar.

III. EFICACIA INTERPRIVADA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Según lo dispuesto en el art. 7.3 TRPDPD, las Administraciones Públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en algunas materias, entre las que se encuentra la salud. Y posteriormente, el art. 10 del mismo texto legal establece que las personas con discapacidad tienen derecho a la protección de la salud, incluyendo la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva. En segundo lugar, el artículo prevé que las actuaciones de las administraciones públicas *y de los sujetos privados* prestarán atención *específica* a las necesidades de las personas con discapacidad, *conforme a la legislación sanitaria general y sectorial vigente*. Finalmente, el número 3 del mismo artículo establece que las Administraciones Públicas... *promoverán las medidas necesarias para favorecer el acceso de las personas con discapacidad a los servicios y prestaciones relacionadas con su salud en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos*.

En el marco del principio de autonomía privada, la entidad aseguradora puede decidir si brinda o no el servicio de seguro específico para personas con discapacidad, o con determinada discapacidad. En efecto, la falta de productos idóneos de salud para personas que escapan del “estándar” es un problema de política de salud pública que corresponde al Estado resolver⁹, y no a la empresa privada. Pero si se afirma la eficacia interprivados del principio

⁸ Artículo 29 TRPDPD. *Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.*

1. Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por motivo de o por razón de discapacidad.

2. Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su discapacidad.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados, proporcionados y necesarios.

⁹ Sin desbarrar, como en el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-236/09 (Test-Achats). El artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/EC permitía decidir si hacer o no diferenciación

de no discriminación que rige en nuestro ordenamiento, especialmente tras la Adaptación de nuestra normativa interna a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26/2011 ahora objeto de refundición concretado en el art. 7.3 TRPDPD, la pregunta no es qué productos o servicios debe comercializar una entidad aseguradora (medida de acción positiva que el TRPDPD no contempla en el ámbito privado), sino en qué condiciones es lícito a la misma denegar el acceso a una póliza de seguro de asistencia sanitaria estándar o cobrar una prima superior por la contratación de la misma a una apersona discapacitada (efecto interprivados del principio de igualdad y no discriminación por razón de discapacidad en el acceso a los servicios relacionados con la salud). Si entendemos que el TRPDPD contempla esta previsión, sólo debería poderse negar el acceso a una póliza ordinaria de asistencia sanitaria, excluir determinados riesgos o aumentar el precio de la prima si ello está directamente relacionado con estudios actuariales determinantes de diferencias justificativas de tales actuaciones, con independencia de que la legislación sectorial del contrato de seguro la contemple o no en el futuro.

A diferencia de lo que ocurre con un seguro de dependencia o un seguro de vida, el aseguramiento de personas con discapacidad no puede limitarse a la previsión de productos específicos, de la misma manera que no puede considerarse un producto específico el seguro para personas de determinadas razas o de mujeres. Mientras la imposibilidad de caminar es una deficiencia, la imposibilidad de desplazarse por la ciudad por falta de accesibilidad, es una discapacidad. Comprender la discapacidad desde la deficiencia genera una identificación de esta con la enfermedad (entendida como la alteración del estado de la salud), pues se asume que la “deficiencia/enfermedad” es una situación que debe ser “curada” o “rehabilitada”¹⁰. No obstante, las personas con discapacidad, al margen de sus deficiencias, pueden o no gozar de una buena salud. Equiparar “discapacidad” con “enfermedad” lleva a concluir, equivocadamente, que las personas con discapacidad no pueden ser aseguradas. Un cambio de enfoque, diferenciando entre la condición de salud de la persona y su situación de discapacidad, exige determinar qué enfermedades o deficiencias podrán ser aseguradas o no, tras un examen adecuado de su situación previa al aseguramiento, como ocurre con cualquier persona que no tiene discapacidad.

entre hombres y mujeres en las primas de seguros, cuando éstas están basadas en información estadística y actuarial adecuada y exacta. El punto fundamental de la Sentencia es que se deben imponer criterios estrictos al tratar los derechos fundamentales, aunque las diferencias biológicas claras y demostrables actuarialmente entre los sexos justificasen –como justifican, a veces, como es el caso de la circulación, a favor de un precio más bajo para mujeres- la diferenciación en las primas. En 2011 entró en vigor la prohibición tajante de utilizar la variable sexo como herramienta dentro de la valoración de riesgos y determinación de precios en todo tipo de seguros, lo cual es una forma de invitar a la demagogia de la guerra de géneros, pero estableciendo que pague la fiesta el sector privado.

¹⁰ La deficiencia sería esa característica de la persona consistente en un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona (o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas); mientras que la discapacidad está compuesta por factores sociales que restringen o impiden el acceso y ejercicio a derechos de estas personas en condiciones autónomas. Mientras la imposibilidad de caminar es una deficiencia, la imposibilidad de desplazarse por la ciudad por falta de accesibilidad, es una discapacidad.

Por ello, cuando las empresas aseguradoras alegan que no cuentan con un seguro específico para personas con discapacidad vinculan, equivocadamente, discapacidad y enfermedad¹¹ e incurrir en el concepto de discriminación indirecta tipificada como infracción grave en el TRPDPD (art. 81.a), ya que la discriminación indirecta existe *cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios* (art. 2.d TRPDPD).

IV. PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA POR LA QUE SE APLICA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE LAS PERSONAS INDEPENDIENTEMENTE DE SU RELIGIÓN O CONVICCIONES, DISCAPACIDAD, EDAD U ORIENTACIÓN SEXUAL

En el marco de un enfoque de derechos debe partirse de la premisa de que lograr una verdadera inclusión puede implicar en algunos casos un coste que debe ser asumido por el Estado o por el particular a quien el Estado autorice la prestación del servicio. Así, igual que cualquier local de uso público (sea de titularidad pública o privada) debe cumplir hoy en día con estándares de accesibilidad para personas con discapacidad, en el mismo sentido, cualquier empresa que preste el servicio de seguros médicos, debe contar con los estudios necesarios para determinar el riesgo y cobertura de una persona con discapacidad sobre la base de los cuestionarios y reconocimientos médicos previos realizados a la misma. En España, UNESPA ha elaborado una guía de autorregulación en materia de discapacidad («Guía de buen gobierno de las entidades aseguradoras», de octubre de 2008) en cuya regla 3.4., *las entidades aseguradoras se comprometen a participar en iniciativas sectoriales dirigidas a obtener datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables respecto de las principales discapacidades que le permitan calcular el precio del riesgo, en función de la discapacidad que presente el cliente.*

Pero dichas normas autorregulatorias pasarán a formar parte de forma expresa de nuestro ordenamiento jurídico, si llega a aprobarse la Propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea¹² por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas

¹¹ Situación que se agrava especialmente en el caso de grupos concretos como personas con discapacidad psíquica, discapacidad neuromuscular y enfermedad mental (López Bueno, L.C., Cuadernos CERMI ...cit. nº 11, Pág. 77).

¹² La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad sea adopta como marco para abordar la protección de las personas con discapacidad frente a la discriminación. El texto de la

independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual¹³. El objetivo de la nueva Directiva es completar el marco legal existente sobre discriminación con un planteamiento horizontal, estipulando para ello disposiciones comunes para todas las condiciones por las que una persona pueda sufrir un trato desigual y ampliando el ámbito de aplicación real, de modo que se ofrezca una seguridad jurídica mínima a todos los ciudadanos de la Unión, incluidos aquellos que se desplazan entre los Estados miembros. En lo que al acceso y contratación de seguros se refiere, la exposición de motivos de la Propuesta parte del dato de que la Comisión ha recibido muchas quejas relativas a la discriminación en las aseguradoras y la banca. Pero también de la realidad de que la aplicación de criterios de edad o discapacidad en estos sectores para valorar el perfil de riesgo de sus clientes no siempre representa una discriminación, y de que *“si las aseguradoras no pudieran tener en cuenta en absoluto la edad y la discapacidad, los costes adicionales que de ello se derivarían correrían a cargo del resto de los asegurados, lo que redundaría en unos gastos generales mayores y en una menor disponibilidad de cobertura para los consumidores”*. La Comisión afirma tener previsto entablar un diálogo con el sector de los seguros, junto con otras partes interesadas pertinentes, a fin de facilitar la comprensión común de los ámbitos en los que la edad o la discapacidad constituyen factores importantes para el diseño y la tarificación de los productos que ofrecen. Por ello, la propuesta determina que los Estados miembros podrán decidir autorizar diferencias de trato siempre que existan “datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos” para determinar el riesgo asociado a la edad o la discapacidad (art. 2). *Datos actuariales cuya comunicación, según el art. 206 de la Directiva 2009/138/CEE, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y reaseguro y su ejercicio¹⁴, los Estados pueden exigir a las aseguradoras que operen en el ámbito de los seguros complementarios o sustitutorios de asistencia sanitaria sin vulnerar por ello el principio de libertad de mercado y libre establecimiento, siempre y cuando no se exija con carácter previo a su comercialización.*

propuesta puede consultarse en:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0426:es:NOT>

¹³El Tratado de Ámsterdam permitió a la Comunidad a actuar para luchar contra la discriminación basada en una serie de nuevos motivos, como la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual. En el desarrollo del artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, la normativa comunitaria ha sido muy desigual. Mientras que la igualdad sin distinción de raza u origen étnico está amparada en el suministro y acceso a los bienes y servicios, a la vivienda, la educación, el transporte, la salud, la seguridad social y la asistencia social, la defensa frente a la discriminación por motivos de discapacidad sólo se contempla en el ámbito del trabajo, a través de la Directiva 2000/78/CE. Para reforzar la igualdad de oportunidades, la UE puso en marcha la Agenda Social Renovada (2008), que contempla una propuesta del Consejo de la Unión Europea para la nueva directiva de igualdad de trato entre las personas fuera de la esfera del empleo.

¹⁴Directiva Solvencia II, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.



www.uclm.es/centro/cesco

SERVICIOS Y PRODUCTOS SANITARIOS