

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL ACCESO A LOS SEGUROS DE SALUD PRIVADOS: A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 17.2 DE LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN*

María del Val
Bolívar Oñoro

*Contratada Postdoctoral UAH – CEDIS – Universidade Nova de Lisboa **
Universidad de Alcalá*

SUMARIO

I. Introducción. II. La discriminación por razón de discapacidad en el acceso a los seguros. II.1. Los seguros privados como cuestión de derechos fundamentales. II.2. Legislación antidiscriminatoria en materia de seguros en España. **III. Historia de una eterna reforma legislativa.** III.1. Modificaciones en la redacción del artículo. III.2. Análisis crítico de los artículos 17.2 y 17.3 de la Ley 15/2022 a la vista de su historia. **IV. Algunas propuestas para la reforma. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.**

RESUMEN

El artículo 15.2 de la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación presentada en el Congreso de los Diputados en enero de 2021 supuso una oportunidad para abordar las barreras que las personas con discapacidad encuentran en la contratación de seguros de salud privados y caminar hacia el completo cumplimiento del artículo 25 e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, la formulación que ha quedado finalmente plasmada en el artículo 17.2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, herencia de legislaturas pasadas, no solo no cumple con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sino que la quiebra aún más incrementando la desigualdad que este colectivo enfrenta en el ejercicio de los

derechos fundamentales que se relacionan con la posesión de un seguro de salud privado.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, seguros, igualdad, no discriminación, derechos fundamentales, derecho a la salud.

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que los seguros de salud privados no son una mera comodidad, sino más bien al contrario son clave para el ejercicio de algunos derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los demás. Sin embargo, la legislación española actual no garantiza en la práctica que todas las personas puedan acceder a estos productos.

* Trabajo ganador del Premio SESPAS a la mejor Comunicación presentada al XXX Congreso Derecho y Salud 2022. El Jurado que concedió este galardón estuvo compuesto por: Federico de Montalvo Jaaskelainen, Juan Miguel González y Javier García Amez. El fallo del jurado se hizo público el 21 de septiembre de 2022.

** Esa contribución ha sido posible gracias al contrato postdoctoral Margarita Salas (Fondos: NextGenerationUE, Universidad de Alcalá, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Universidades – Gobierno de España) concedido por la Universidad de Alcalá. El destino de este ha dado fruto en la integración en el CEDIS y la Universidade Nova de Lisboa. También gracias a la Ayuda Posdoctoral del Programa Propio de la UAH concedida en septiembre de 2022.

Vaya por delante que alinearse con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) en materia de acceso a los seguros y discapacidad requeriría una reforma integral del sistema asegurador en España. Esto entraña una gran complejidad no solo a nivel estatal, sino de la Unión Europea, pues se han transferido numerosas competencias en esta materia. Sin embargo, urgiendo desde aquí a que el legislador acometa esta reforma a la mayor brevedad posible para cumplir con los compromisos internacionales suscritos por España, no es necesario profundizar en tan ambiciosa empresa para mejorar la situación actual. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación podría haber sido este punto de inflexión, pero no solo no lo ha sido, sino que ha empeorado el problema inicial.

Considerando lo anterior, este artículo comienza analizando la realidad del acceso a los seguros privados por parte de personas con discapacidad previa a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante Ley 15/2022). Luego examina el recorrido seguido para llegar a los artículos 17.2 y 17.3 de la Ley 15/2022 y expone por qué estos empeoran la legislación preexistente en materia de acceso los seguros por parte de las personas con discapacidad. Finalmente, se realizan propuestas para reformular el citado artículo en clave de derechos.

II. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL ACCESO A LOS SEGUROS

II. 1. Los seguros privados como cuestión de derechos fundamentales

Una primera intuición nos podría llevar a pensar que los seguros de salud privados son un mero lujo o comodidad, pero nada más lejos de la realidad, pues estos se han convertido en llave para el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Un ejemplo muy claro de lo anterior puede encontrarse en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante RD 557/2011). Éste, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, en consonancia con el artículo 7.1 b) de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 (en adelante Directiva 2004/38/CE) relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir

libremente en el territorio de los Estados miembros, exige para la obtención del permiso de residencia en España contar con un seguro público o privado de enfermedad. Sin embargo, no existe ninguna duda de que las personas con discapacidad enfrentan elevadas barreras para la contratación de este producto, siendo rechazadas sus solicitudes en numerosas ocasiones.

Para avalar esta última afirmación, a título meramente ejemplificativo, se subrayan los siguientes hechos: En 1987, Schatz (Schatz, 1987), ya apuntaba las barreras que las personas con VIH enfrentaban en la contratación de seguros de salud privados en Estados Unidos y la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá ha constatado como en 2021 ésta sigue siendo la realidad para este colectivo en España (Ramiro Avilés y Bolívar Oñoro, 2021); en 1999 el Defensor del Pueblo ya reflejó en su Informe Anual la denegación de seguros por razón de Hepatitis B; el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante CERMI) en 2004 publicaría un documento denominado “La discriminación por razones de discapacidad en la contratación de seguros” denunciando esta situación (Pérez Bueno, 2004); existe, al menos, una sentencia que refleja estas barreras¹ y las compañías aseguradoras defendieron “su derecho” a denegar seguros por razón de discapacidad en las consultas relacionadas con la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual². Sobre esta situación también se pronunciarían dos de las mayores expertas en salud y discapacidad de Europa, Waddington y Lawson (Waddington y Lawson, 2009: 45):

“Para muchas personas con discapacidad en Europa, la prestación de asistencia sanitaria adecuada depende de la posesión de un seguro. Sin embargo, existen pruebas de que los proveedores de este tipo de seguros a menudo no están dispuestos a permitir a estas personas acceder a estos planes. Además, incluso cuando se permite la participación, con frecuencia se hace en términos mucho menos favorables y con primas más caras que las que se ofrecen a las personas

1 Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña número de recurso 507/2008. ECLI: ES:APC:2009:1067. Existe otra sentencia en la materia, pero no se cita porque al haberse alcanzado un acuerdo el juzgador no llega a entrar en fondo.

2 Parlamento Europeo, ‘Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo 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’ COM (2008) 0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140 (CNS).

sin discapacidad. Esta diferenciación a menudo no se basa en cálculos y evaluaciones de riesgo cuidadosas”³

Por lo tanto, si las personas con discapacidad ven sus solicitudes de contratación rechazadas por razón de sus condiciones preexistentes de salud, pero necesitan este producto para residir de manera legal en España, prácticamente la única alternativa que tienen para cumplir con los requisitos de extranjería es mentir en el formulario de salud previo al seguro para obtenerlo. Sin embargo, conforme al artículo 10 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro (en adelante LCS), esto supone una quiebra de la buena fe e implica que el producto no prestara cobertura en caso de siniestro. Es decir, el sumatorio del requisito de la RD 557/2011, la construcción del artículo 10 LCS y las barreras que las personas con discapacidad enfrentan en la contratación de seguros, genera personas residiendo legalmente en España sin asistencia sanitaria. Aquí debemos recordar que el incorrectamente titulado Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, establece en su artículo primero que el artículo 3.2 c) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud rezará de la siguiente manera: “Para hacer efectivo el derecho al que se refiere el apartado 1 con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos: c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía”. Es decir, como estas personas deben contar con un seguro de salud privado no gozan de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

Esto nos lleva a que los preceptos del Real Decreto 557/2011 y la Directiva 2004/38/CE que establecen la obligatoriedad de contar con un seguro de salud privado para residir legalmente en el territorio español, pese a ser aparentemente neutrales, discriminan indirectamente a las personas con discapacidad a la luz de las barreras que enfrentan en la contratación de este producto. Esto no solo atenta contra la igualdad y la no discriminación, sino también, fundamentalmente, contra el derecho a la protección de la salud (artículo 43 de la Constitución Española de 1978) y las libertades de circulación de este colectivo. Esto último es especialmente grave si se considera que la construcción inicial procede de la Unión Europea y ésta es una arena construida en base a estas últimas libertades.

3 Traducción propia al español.

Esta situación, debido a que es reproducida globalmente, intentó ser atajada con el artículo 25 e) CDPD que establece la prohibición de la discriminación contra las personas con discapacidad en los seguros de salud y la obligación de velar porque su prestación se haga de manera justa y razonable. Resaltando esta importancia, la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, diría en 2018 en el marco de un informe focalizado en el derecho a la salud⁴:

“La discriminación en relación con el seguro médico es otra barrera importante para acceder a la atención sanitaria. Las tasas de cobertura suelen ser bajas porque las aseguradoras a menudo se niegan a ofrecer seguro médico a las personas con discapacidad debido a enfermedades preexistentes. La discriminación puede manifestarse también en el diseño de las pólizas de seguro, que limitan las prestaciones o la cobertura que pueda recibir una persona con discapacidad o aumentan de forma desproporcional el costo de las primas. Estas prácticas violan la CDPD”

Sin embargo, como exponemos a continuación, éste no ha sido acogido en España de manera adecuada, lo que perpetua la situación relatada en este punto.

II.2. Legislación antidiscriminatoria en materia de seguros en España

La CDPD entró en vigor en España en 2008, pero la adaptación de bastas partes de nuestro ordenamiento no se produjo hasta la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Ley 26/2011). El artículo 1.7 de esta norma contiene una previsión general sobre igualdad de trato en acceso a bienes y servicios que sería insertada como el artículo 10 bis en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la ley en la materia vigente en aquel momento⁵. En concreto, el punto uno de este artículo dice que todos los suministradores de bienes y servicios al público, ya tengan titularidad pública o privada, están obligados al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, evitando

4 Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ‘Reunión reunión grupal de expertos sobre el derecho de las personas con discapacidad al estándar más alto de salud física y mental’ <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/StandardOHealth.aspx>> consultado 15/01/2021.

5 Actualmente corresponde a la dicción del artículo 29 del RDL 1/2013.

discriminaciones, directas o indirectas, por razón de discapacidad. Cuestión que ya aparece como extraña, pues si conceptualizamos el contenido del derecho a no ser discriminado (artículo 14 CE) siguiendo el modelo de tres escalones defendido por Rey Martínez (Rey Martínez, 2011: 174-178), la prohibición de discriminaciones directas e indirectas -dimensión subjetivo-individual- componen el concepto de igualdad de trato, no el de igualdad de oportunidades -dimensión objetivo-institucional- (Rey Martínez, 2019: 56). A esto se añade el punto dos de este artículo, que resalta que lo anterior no afecta a la libertad de contratación, pudiendo elegir a la otra parte contratante siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su discapacidad. Además, el punto tres permite las diferencias de trato en el acceso a los bienes y servicios “cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados, proporcionados y necesarios”. Es decir, este marco permite que se diferencie en el acceso a los servicios si esto está justificado conforme a la construcción anterior.

A este deficiente marco genérico se añadiría el específico, gestionado a través del artículo 14 de la Ley 26/2011, que contempla la introducción de una disposición adicional 4ª en la Ley 50/1980 de contrato de seguro (en adelante LCS) que prohíbe denegar el acceso a la contratación, establecer procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados e imponer condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, excepto si estas acciones se encuentran “fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”. Es decir, esta previsión viene a endurecer el límite contenido en el precepto general.

Es cierto, que este texto recoge íntegramente la propuesta hecha por CERMI e incluso va más allá, exigiendo que se aporten no solo “causas justificadas y razonables” sino “causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”. Sin embargo, esto no garantiza la alineación con la CDPD y, efectivamente, esta cláusula de cierre, aun siendo más dura que la del precepto general, aleja a esta previsión del artículo 25 e) CDPD, pues, como ya hemos referido, en la Convención velar porque los seguros se presten de manera justa y razonable es un añadido y no un límite a la prohibición de la discriminación en la prestación de seguros de salud y de vida. Este artículo de la CDPD fue construido así teniendo en cuenta que como los seguros de salud privados son clave para el ejercicio de los derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los demás, los Estados Parte deben establecer medidas de accesibilidad y ajustes razonables para que todas las personas puedan acceder

a estos (Cuenca Gómez, 2018: 704-705). Al fin y al cabo, la función principal de la CDPD que es llevar a cabo una reformulación de los derechos humanos tradicionales que rompa con su falso universalismo (Barranco Avilés, 2014: 23) y permita que sean ejercidos por este colectivo en igualdad de condiciones con los demás. Cuando estas medidas de accesibilidad y ajustes razonables no son tomadas por los Estados Parte, el incumplimiento de la CDPD es patente, pues se genera una situación como la aquí relatada, en la que las personas con discapacidad no pueden acceder a los seguros de salud privados y, consecuentemente, ejercer su derecho a la salud en igualdad de condiciones con los demás.

III. HISTORIA DE UNA ETERNA REFORMA LEGISLATIVA

III.1. Modificaciones en la redacción del artículo

El 21 de enero de 2021 se presentó en el Congreso la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. La novedad de esta propuesta no escapa al escrutinio de los parlamentarios, como puede ser apreciado en las palabras del señor Agirretxea Urresti en el debate de su toma en consideración:

“Esta proposición de ley tiene su historia, porque ya he dicho que llevamos varias legislaturas por estos lares, conocemos su génesis e incluso su tramitación y negociación, allá en 2008 (...). Después (...) volvieron ustedes a traerla en 2013 y volvimos a debatirla en 2018, cuando ya llegó hasta el trámite de ponencia. Pero el destino es muy suyo y la volvió a trastocar con un fin de ciclo legislativo, y aquí está de nuevo. Parece que es una proposición de ley condenada a deambular por esta Cámara” (página 12).

Sin embargo, el problema no reside en perseverar en la propuesta, sino en lo que apuntaba el señor Rego Candamil también en el debate de su toma en consideración:

“En todo caso, estamos delante de una propuesta que consiste en reciclar el proyecto de ley que presentaron en 2011 con el Gobierno de Rodríguez Zapatero en forma casi de copia y pega, muy poco riguroso” (página 14).

El origen de esta última afirmación puede apreciarse en el texto del artículo inserto en esta proposición tendente a prohibir la denegación o el establecimiento de diferentes condiciones en los seguros por alguno de los motivos expresamente mencionados

en la norma. Si observamos su primera propuesta de redacción en el artículo 19.2 del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación con número 121/000130 admitido a trámite y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 10 de junio de 2011, ésta reza de la siguiente manera:

“No podrá denegarse el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines ni establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo dos de la presente Ley, salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en el apartado dos del artículo 4.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en ningún caso y bajo ninguna justificación podrá constituir el sexo un factor que determine diferencias de trato en las primas y prestaciones de las personas aseguradas.”

Sin embargo, si acudimos a la propuesta de redacción inserta como artículo 15.2 de la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación con número 122/000121 admitida a trámite y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 29 de enero de 2021, ésta establece:

“No podrá denegarse el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines ni establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo 2 salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros”.

Es decir, son dos dicciones que se parecen, pero que, como explicaremos más adelante, distan mucho de ser iguales. Sea como fuere, partiendo de la última, durante la primera fase de enmiendas al texto se presentaron las siguientes alternativas de reforma de este artículo:

- Enmienda número 34 firmada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común:

“No podrá denegarse el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines ni establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo 2 de la presente

Ley, salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros, y en los términos establecidos en el artículo 2.3 de esta Ley”

- Enmienda número 115 firmada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV):

“No podrá denegarse el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines ni establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo 2, salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en ningún caso y bajo ninguna justificación podrá constituir el sexo ni la raza un factor que determine diferencias de trato en las primas y prestaciones de las personas aseguradas.”

- Enmienda número 234 firmada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos:

“No podrá denegarse el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines ni establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo 2 salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros. El asegurador que haga uso de esta excepción deberá presentar a la persona interesada junto con la denegación un informe personalizado donde se detalle la excepcionalidad de la situación, la finalidad legítima y por qué la acción tomada es un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. El fallo en aportar este documento supondrá una aceptación automática en el contrato propuesto. Sin perjuicio de lo dispuesto los párrafos anteriores, en ningún caso podrá constituir el sexo un factor que determine diferencias de trato en las primas y prestaciones de las personas aseguradas.»

No obstante, el informe de la ponencia seguiría reflejando la redacción contenida en la Proposición y así sería aprobado este artículo por la Comisión de Igualdad con competencia legislativa plena y enviado al Senado. El único cambio destacable es que aquí el artículo ya adoptó la numeración que se

refleja en el texto final de la norma, esto es, paso de ser el artículo 15.2 al 17.2. Con esto, en el Senado, únicamente el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) reiteraría su petición con la enmienda número 136 y a ésta añadiría en la enmienda número 137 que se adicionase a este artículo 17 un punto 3 con la siguiente dicción:

“Los sitios web y las aplicaciones informáticas deberán cumplir los requisitos de accesibilidad para garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso de las personas usuarias, en particular de las personas con discapacidad y de las personas mayores”

Finalmente, no se acogería ninguna enmienda para la modificación del artículo 17.2, pero sí se añadiría un punto 3 a este artículo, quedando redactados de la siguiente manera:

“2. No podrá denegarse el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines ni establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo 2 salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros.

3. Los sitios web y las aplicaciones informáticas tenderán a cumplir los requisitos de accesibilidad para garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso de las personas usuarias, en particular de las personas con discapacidad y de las personas mayores”

III. 2. Análisis crítico de los artículos 17.2 y 17.3 de la Ley 15/2022 a la vista de su historia

Como puede comprobarse, existen tres diferencias entre el artículo del Proyecto de 2011 y la dicción final de los artículos 17.2 y 17.3 de la Ley 15/2022. En primer lugar, se ha eliminado el párrafo segundo, pese a la insistencia del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en la tramitación parlamentaria. Esta no incorporación podría estar motivada en que la discriminación por razón de sexo en los seguros ya queda suficientemente vetada por el artículo 94 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante Ley 20/2015) y el artículo 71 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que traen causa del fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Test-Achats* sobre el artículo 5 de la Directiva del

Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Es más, aunque el artículo establece un estándar diferente a lo dispuesto en estas normas, parece que esta prohibición parece salvada con la remisión total a la “normativa en materia de seguros”. No obstante, debemos recordar que la propuesta del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) no hacía solo referencia al sexo como el Proyecto de 2011, sino que también hacía alusión a la raza. Este último motivo no tiene una protección equivalente a la aludida para el sexo, pese a la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y a que alguna doctrina establece que el sector no diferencia ya por este motivo (Mabbett, 2011). Por lo que quizá si hubiese sido conveniente acoger la propuesta íntegra de este Grupo Parlamentario.

En segundo lugar, se ha incluido un punto tres con el objetivo de que los sitios web y asimilados cumplan con los requisitos de accesibilidad necesarios para garantizar la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad y las personas mayores. La motivación que se aporta es ir en la línea de la Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público (en adelante Directiva (UE) 2016/2102) y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante RDL 1/2013). Con ésta, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) se ha olvidado de que el alcance subjetivo de la Directiva (UE) 2016/2102 son “los organismos del sector público” y que en el artículo también se hace referencia a los seguros privados. Por esto, una referencia a la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, o, aún más flagrantemente, al artículo 96.6 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, artículo de cabecera sobre accesibilidad por razón de discapacidad en los seguros, era necesaria. Es más, si se hubiese hecho la tarea de reflexión necesaria en base a este último artículo y al RDL 1/2013 se hubiese constatado que los sitios web y las aplicaciones no son accesibles por definición a determinadas personas con discapacidad y mayores. Por lo que lo cabal hubiese sido establecer que, en caso de que las personas no pudiesen acceder a este tipo de

plataformas, los servicios deberían de prestarse de tal manera que no dejen a nadie atrás, incluso si eso implica tener oficinas físicas.

En último lugar, se ha cambiado la dicción “en los términos previstos en el apartado dos del artículo 4” por “en los términos previstos en la normativa en materia de seguros”. Este último cambio surge del informe de la ponencia sobre la Proposición de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación con número 122/000077 que fija el artículo con la siguiente dicción:

“No podrá denegarse el acceso a la contratación de seguros o servicios financieros afines ni establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por razón de alguna de las causas mencionadas en el artículo 2 de la presente Ley, salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en ningún caso y bajo ninguna justificación podrá constituir el sexo un factor que determine diferencias de trato en las primas y prestaciones de las personas aseguradas”

Esta modificación podría haber sido motivado por la aceptación parcial de la enmienda al texto número 96 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso que proponía la siguiente articulación:

“(…) en los términos previstos en el apartado dos del artículo 4 y en las disposiciones adicionales cuarta y quinta de la Ley de Contrato de Seguro

En el ámbito de los contratos de seguros o servicios financieros afines, se considerará proporcionada a la finalidad del seguro, y por tanto, no constituirá discriminación, el establecimiento de diferencias de trato, cuando para el acceso o para la evaluación del riesgo sean factores determinantes el estado de salud, la edad o la situación de discapacidad, y dicha evaluación esté basada en datos actuariales y estadísticos precisos, o en el conocimiento o la experiencia médica pertinente y fiable”

No obstante, el problema con este cierre comienza ya con la propia dicción de este artículo, pues añade un estándar de evaluación (en los términos previstos en la normativa en materia de seguros)⁶

⁶ Prohibición absoluta en caso de sexo y justificación basada en causas objetivas, justificadas y razonables que se encuentren documentadas previa y objetivamente en caso de la

a un artículo que es en sí mismo una medida para juzgar (salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes). Aun así, como hemos visto, esta redacción no ha sido alterada en la tramitación parlamentaria.

Aquí partimos de este precepto parece contener una deficiente plasmación del estándar utilizado para deslindar entre diferencias conformes y discriminaciones contrarias al ordenamiento jurídico. Debe recordarse que el Fundamento Jurídico 2 de la STC 27/2014⁷ concluye que “el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”. Es decir, el artículo parece hacer únicamente referencia parcial a la “justificación objetiva” y a la última parte de esta doctrina jurisprudencial.

Respecto a la referencia parcial a la “justificación objetiva”, debemos tener en cuenta que la aceptación en un contrato de seguro o las condiciones impuestas no solo dependen de las circunstancias que declare una persona, sino que las preguntas insertas en los cuestionarios previos a la contratación se han seleccionado con una motivación concreta y sus respuestas tienen un impacto determinado en la valoración del riesgo y subsiguiente fijación de la cuantía de la prima. Por lo tanto, si la norma hace referencia a que se puede diferenciar en la contratación de seguros por “las condiciones objetivas de las personas solicitantes” está obviando que la elección de los factores utilizados para valorar el riesgo no es neutral en términos discriminatorios, sino que como subrayan Blake y Lima Rego pueden tener origen en el estigma o los prejuicios (Lima Rego, 2015: 10-11; Blake, 2019: 55-56). Esta cuestión se agrava aún más cuando en la enmienda 96 se propone que la evaluación del riesgo se haga basada “en datos actuariales y estadísticos precisos” o “el conocimiento o la experiencia médica pertinente y fiable” como si estos extremos pudiesen desasociarse para la materia tratada.

Asimismo, con el objetivo de integrar las referencias a las disposiciones adicionales cuarta y quinta LCS, parece que la ponencia consideró conveniente sustituir la dicción “en los términos previstos en el apartado dos del artículo 4” por “en los términos previstos en la normativa en materia de seguros”. Sin embargo, aquí existen dos problemas

discapacidad.

⁷ Sentencia núm. 27/2014 (Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:2014:27).

fundamentales que pueden apreciarse atendiendo al artículo 4.2 de la proposición y a las disposiciones adicionales cuarta y quinta LCS. El artículo 4.2 tanto de la Ley 15/2022 como de la Proposición 122/000121 reza de la siguiente manera:

“No se considera discriminación la diferencia de trato (...) pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”

Sin embargo, las disposiciones adicionales cuarta y quinta LCS rezan de la siguiente manera:

No se podrá discriminar a las personas con discapacidad (disposicional adicional cuarta LCS) / VIH u otras condiciones de salud (disposición adicional quinta LCS) en la contratación de seguros (...) “salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”

Es decir, en primer lugar, esta diferencia de dicción nos hace dudar sobre cuál va más lejos, por una parte, el artículo 4.2 de Ley 15/2022 parece imponer un estándar mayor cuando exige una finalidad legítima y test de proporcionalidad, pero, por otra parte, las disposiciones adicionales cuarta y quinta aportan el requisito de la existencia de prueba documental objetiva previa de las causas alegadas. Con esta dicción, podría argumentarse en favor de una lectura integrada de la norma y del estándar más favorable en cada caso, pero a buen seguro se erigirían detractores de esta interpretación en base a la voluntad expresa del legislador de cambiar un estándar por el otro. En segundo lugar, la normativa en materia de seguros que genera este cambio de dicción solo esta dirigida a las personas con discapacidad, VIH u otras condiciones de salud, lo que parece chocar con un artículo destinado a proteger un rango de motivos muy amplio. Es cierto, que existe normativa aseguradora que también protege por razón de sexo, como el artículo 94 de la Ley 20/2015, pero esta situación no se reproduce con todos los demás motivos. Por todo esto, no cabe sino considerar como desacertada la decisión de mantener inalterado este cierre.

Respecto a la segunda cuestión, cambiar la dicción “supere un juicio de proporcionalidad (...) sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida” (STC 27/2014)⁸ por “proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio” implica de partida que se obvian las repercusiones que la denegación de ese producto va

⁸ Sentencia núm. 27/2014 (Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:2014:27).

a generar en la persona y, como hemos subrayado, entre estas consecuencias está el igual disfrute de los derechos fundamentales (Kuschke, 2018: 62). Si ésta es una norma dirigida a la protección de las personas, no parece lógico que este amparo se difumine bajo el manto de la protección absoluta de la empresa. Es más, podríamos incluso emplear el término “desaparecer” porque los mecanismos de resolución de conflictos en materia de seguros presentan deficiencias importantes de largo denunciadas⁹ y el estigma en condiciones de salud como el VIH puede erigirse como barrera para acudir a estos procesos.

Además, ¿qué significa que se puede denegar la contratación de un seguro o establecer diferencias de trato si es proporcionado a la finalidad del seguro? ¿quiere esto decir que si la finalidad del seguro es prestar asistencia sanitaria pueden realizarse estas acciones en base a la salud de la persona? Esto parece ser lo que defiende la aclaración propuesta en la enmienda número 96. Esta lectura nos llevaría a afirmar que este artículo no opera para los elementos conectados con la finalidad del seguro, esto es, no se podrá rechazar la contratación o diferenciar en un seguro por los motivos contenidos en la ley, salvo los relacionados con la valoración del riesgo, entonces ¿cuál es la virtualidad de esta norma? Recordemos que el artículo 10 LCS solo avala que el formulario previo a la contratación de un seguro cuestione sobre aquellas circunstancias que tengan impacto en la valoración del riesgo. Por lo tanto, como no es posible discriminar en base a elementos desconocidos, la virtualidad de esta previsión sería nula.

IV. ALGUNAS PROPUESTAS PARA LA REFORMA

Queda fuera de toda duda que el Estado para cumplir con la CDPD debería como mínimo justificar satisfactoriamente conforme a ésta por qué estas barreras siguen existiendo, lo que puede implicar una reforma masiva de los seguros privados o de la vinculación que permite considerar a estos como llave para el ejercicio en igualdad de condiciones con los demás. Sin espacio aquí para detenernos en tan ambiciosa empresa, se propone que la una potencial reforma del artículo 17.2 de la Ley 15/2022 contenga los siguientes puntos: la prohibición de la denegación de acceso a la contratación y renovación de seguros por los motivos protegidos en la norma; la posibilidad de establecer diferencias si pueden

⁹ Ministerio de sanidad, consumo y bienestar social, “Seguimiento de las recomendaciones año 2018 propuestas por la oficina de atención a la discapacidad” <<https://oadis.vpsocial.gob.es/fr/informesOPE/Ano2018/Pdf/SegRec2018.pdf>> consultado 15/01/2021.

justificarse objetivamente y atienden a una finalidad legítima y son medio adecuado necesario y proporcionado para alcanzarla; la motivación anterior no puede tener origen en el estigma, los prejuicios o cualquier causa relacionada con las diferencias que traen causa de la discriminación en sí misma; el asegurador que haga uso de la excepción propuesta deberá presentar a la persona interesada un informe en el que se razone la diferencia de trato conforme a los puntos anteriores; si no se aporta la documentación anterior en el mismo acto, la persona ganará el derecho de acceder al contrato de seguro solicitado en unas condiciones estándar.

Una propuesta similar sería la ya aludida la enmienda número 243 al texto firmada por Ciudadanos. Con esta propuesta se hubiesen conseguido abordar diversas deficiencias que presenta la dicción actual del artículo 17.2 de la Ley 15/2022.

En primer lugar, el artículo 17.2 solo se refiere al acceso a la contratación y a los condicionados de los contratos de seguros. No obstante, no es coherente prohibir la primera acción y permitir el rechazo de la renovación por los motivos mencionados sin ningún tipo de requisito ni control, por lo que para evitar contiendas judiciales sobre interpretación se considera necesario reformar el artículo para hacer alusión expresa a este otro momento contractual.

En segundo lugar, con esta reformulación propuesta se elimina la mezcla de estándares y requisitos tendentes a deslindar una diferencia conforme al ordenamiento jurídico y una discriminación contraria y se reemplazada con la copia literal de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Proposición. Esto también podría realizarse a través de la referencia cruzada que contenían las anteriores proposiciones, pero se considera que de esta manera se aumenta la claridad expositiva. Esto se debe a que la referencia a la normativa de seguros a buen seguro desencadenará una suerte de aplicación de la normativa de seguros como “ley especial” que dejase a esta ley que analizamos como mera “ley general” de aplicación residual.

En tercer lugar, se ha impuesto el requisito de justificación documental de uso de la excepción. Esta es la pieza central de la modificación propuesta, puesto que actualmente las disposiciones adicionales cuarta y quinta carecen de eficacia porque las contrataciones se rechazan con una simple alusión a aquellas circunstancias que se preguntan en el formulario de salud y no existe un procedimiento ágil que lleve a las aseguradoras a un cumplimiento expreso de éstas. En previsión de que surjan informes estandarizados para sortear esta excepción se añade el requisito de la personalización, que entendemos

no se cumple con un mero membrete, sino con un análisis apurado de cada perfil.

En cuarto lugar, se penaliza el incumplimiento de este requisito con una medida muy grave, la obligación de aceptar a la persona en el contrato de seguro. Parece claro, a la vista de lo ya referido sobre la eficacia, que, si no existe consecuencia directa del cumplimiento de este estándar, la previsión puede quedar desvirtuada, de ahí esta introducción. Algunos podrán pensar que esta es una muy grave sanción, pero a ellos recuerdo que el artículo 10 LCS no solo obliga a declarar el estado de salud en un formulario, que en ocasiones podrá ver un superior jerárquico en el trabajo o el colegio profesional, sino que si se omite algún dato la compañía aseguradora podrá rescindir el contrato y en caso de que se produzca el siniestro podrá liberarse del pago de la prestación convenida en caso de culpa grave o dolo. Es decir, que si el empleador ofrece un seguro de vida y no se contesta a la pregunta sobre el VIH para que no se entere debido al estigma asociado al VIH, en caso de fallecimiento es posible que los beneficiarios no lo cobren. Por lo tanto, parece que la garantía de adoptar prácticas no discriminatorias es correlativa en gravedad a la impuesta para evitar omisiones en el formulario de salud, unos se aseguran de que los potenciales asegurados no van a ocultar información y otros de que la declaración de una circunstancia de salud no va a conllevar directamente un rechazo en la contratación del producto y la invasión en su privacidad tendrá un fin. No obstante, es posible que pudiese rebatirse esta opción en sede jurisdiccional aludiendo a la libertad de empresa y la penetración en su núcleo esencial de esta medida, pues podría desestabilizar la estabilidad financiera de estas compañías. Aquí recordamos que si esto ocurre será producido por las mismas aseguradoras, pero aún así es posible buscar sanciones más flexibles que la propuesta. Un ejemplo sería la creación de un grupo de expertos de la Dirección General de Seguros y Pensiones especialmente dedicado a revisar de manera ágil los casos en los que no se aporte esta documentación y con poder para exigirla y sancionar a las compañías en caso de incumplimiento. Aún así esta última opción requeriría un estudio profundo sobre la compatibilidad de este sistema con el derecho de la Unión Europea.

Adicionalmente, debe destacarse que este artículo debería ir unido a una disposición que prevea su entrada en vigor en un plazo prudencial de tiempo (quizá seis meses o un año) porque cumplir con los términos propuestos requerirá de un trabajo previo por parte de las compañías aseguradoras. Si no se concede se podría cuestionar la constitucionalidad de este punto por ir contra la libertad de empresa.

En cualquier caso, teniendo en cuenta cómo funciona el proceso legislativo en la España del año 2022, no podemos esperar que este artículo vaya a ser siquiera modificado. Por lo tanto, la clave parece residenciarse en eso que la doctrina constitucional ya tenía de sobra asentado, pero que al legislador aparece como novedad en el artículo 7 de la Ley 15/2022, el control de convencionalidad. Es decir, habrá que esperar a que surja un litigio estratégico en la materia, para que España se alinee con la CDPD. Para esto y pese a que la CDPD tiene su propio Comité, quizá lo más adecuado sería acudir al recién estrenado por España procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante CEDS). Es más, el artículo E de la Carta Social Europea Revisada (en adelante CSER) ha sido utilizado por el CEDS para sentar reiteradamente la conclusión de que este artículo requiere que los Estados Parte tengan en consideración la situación de los grupos vulnerables y tomen acciones positivas para situar a todas las personas en el mismo punto de partida. Es decir, que España queda obligada no solo bajo la CDPD sino bajo la CSER a situar a todas las personas en el mismo punto de partida para el acceso a la asistencia sanitaria, lo que, como hemos visto aquí, no ocurre bajo la legislación actual. Cualquiera hubiese dicho que con la pandemia provocada por el CoVid-19 habíamos aprendido que denegar la asistencia sanitaria a una parte de la población es una mala política de salud pública.

V. CONCLUSIONES

Las personas con discapacidad llevan enfrentando de largo barreras en la contratación de seguros. El Legislador es consciente de esto y se ha comprometido conforme al artículo 25 e) CDPD a luchar contra esta situación, pero los esfuerzos hasta el momento han sido planteados en términos que no permiten dar cumplimiento a esta previsión. Por esto, sin perjuicio de la necesidad de una reforma más profunda para una completa alineación con la CDPD, la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación presentada en el Congreso en enero de 2021 se presentó como una oportunidad para encarar el camino correcto. Sin embargo, la no admisión de enmiendas de mejora a provocado que el artículo 17.2 de la Ley 15/2022 se aleje aun más de la CDPD que la legislación preexistente a la materia. En concreto, este artículo únicamente parece aportar una visión parcial de los requisitos que se exigen generalmente para deslindar una diferencia permitida en el ordenamiento jurídico de una discriminación contraria a éste. Asimismo, se entremezcla con la normativa de seguros dejando el

alcance de la previsión en entredicho. Esto y la falta de sanción alguna por su incumplimiento unido a la inexistencia de procesos ágiles de resolución de conflictos en la materia podrían redundar en la completa ineficacia de la previsión. Por lo tanto, se propone una reformulación de este artículo que elimine estas fallas y se sugiere acudir al procedimiento de reclamaciones colectivas del CEDS para provocar este cambio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Barranco Avilés, M.C. (2014). Derechos Humanos y vulnerabilidad: Los ejemplos del sexismo y el eddismo. En M.C. Barranco Avilés & C. Churruca Muguruza (eds.). *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos* (pp. 17-44). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Blake, V.K. (2017). Rethinking the Americans with Disabilities Act's Insurance Safe Harbor. *Laws*, 6, 1-14.
- Cuenca Gómez, P. (2018). Discapacidad y Derechos Fundamentales. En J. Lucas Martín y J.M. Rodríguez Uribe (coords.), *Derechos Humanos y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Kuschke, R. (2018). Disability discrimination in insurance. *De Jure*, 5,1, 50-64.
- Lawson, A. y Beckett, A. E. (2021). The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis. *The International Journal of Human Rights*, 25, 1, 348-379.
- Lima Rego, M. (2015). Statistics as basis for discrimination in the insurance business. *Law, Probability and Risk*, 14,2, 119-134.
- Pérez Bueno, L.C. (2004). *La discriminación por razones de discapacidad en la contratación de seguros*. CERMI.
- Ramiro Avilés, M.A. y Bolívar Oñoro, M.V. (2021). El acceso de las personas con VIH a la contratación de seguros. *Ministerio de Sanidad, CESIDA y Clínica Legal UAH*.
- Rey Martínez, F. (2011). ¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 167-181.
- Rey Martínez, F. (2019). *Derecho antidiscriminatorio*. Pamplona: Aranzadi.

- Schatz, B. (1987). The AIDS Insurance Crisis: Underwriting or Overreaching? *Harvard Law Review* 100 (1782),1785-1786.
- Suay Rincón, J. (1985). *El principio de igualdad en la justicia constitucional* Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Thiery, Y. y Van Schoubroeck, C. (2006). Fairness and Equality in Insurance Classification. *The Geneva Papers on Risk and Insurance. Issues and Practice: Special Issue on Law and Economics and International Liability Regimes*, 31, 2, 190-211.
- Waddington, L. y Lawson, A. (2009). *Disability and non-discrimination law in the European Union: An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*. Luxemburgo: European Commission.