

EL ASEGURAMIENTO DE LA SALUD DE PERSONAS CON SÍNDROME DE DOWN.

COMENTARIOS A LA CASACIÓN 7225-2022-LIMA

Los confusos límites entre la libertad de contratación y la protección al consumidor

AMÉRICO HIDALGO GÓMEZ*

Universidad de Lima, Perú

CÉSAR R. PÉREZ GIL**

Pontificia Universidad Católica del Perú

Recibido: 29 de septiembre del 2024 / Aceptado: 30 de septiembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7425>

RESUMEN. En el presente artículo los autores analizan críticamente la sentencia en la Casación 7225-2022-Lima, que sancionó a una aseguradora por negarse a contratar un seguro de salud para una persona con síndrome de Down. Asimismo, se examinan los errores conceptuales de la decisión judicial y sus posibles impactos en el mercado asegurador peruano. Según el análisis, la sentencia incrementa las obligaciones de las aseguradoras sin considerar que los costos adicionales serán transferidos a los consumidores, lo que afectó el acceso de estos a los seguros y las prestaciones de salud. También, se destaca que el caso se resolvió en un contexto normativo limitado, lo que generó desafíos para aplicar principios constitucionales, como la no discriminación en contraposición con la libertad de contratación. Finalmente, los autores proponen que la intervención estatal en políticas públicas debe ser clara y evitar trasladar sus responsabilidades a actores privados a fin de garantizar la proporcionalidad entre derechos individuales y empresariales.

PALABRAS CLAVE: contrato de seguro / consumidor / discriminación / trato diferenciado / derecho administrativo / proceso judicial / seguros de salud

* Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Con estudios de maestría en Derecho Procesal en la Universidad del Rosario, Argentina. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experto en seguros y reaseguros de riesgos laborales, árbitro de la nómina del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud (Ceconar Susalud).

HEALTH INSURANCE OF PEOPLE WITH DOWN SYNDROME. COMMENTS ON CASEMENT 7225-2022 LIMA

THE CONFUSING BOUNDARIES BETWEEN FREEDOM OF CONTRACT AND CONSUMER PROTECTION

ABSTRACT. This article critically analyzes cassation ruling 7225-2022-Lima, which sanctioned an insurance company for refusing to provide health insurance to a person with Down syndrome. The authors also examine the conceptual errors in the judicial decision and its potential impacts on the Peruvian insurance market. According to the analysis, the ruling increases the obligations of insurance companies without considering that the additional costs will be passed on to consumers, thereby affecting access to insurance and health services. Additionally, it is highlighted that the case was resolved within a limited regulatory framework, which posed challenges in applying constitutional principles, such as non-discrimination, in contrast to freedom of contract. Finally, the authors propose that state intervention in public policies must be clear and avoid shifting its responsibilities to private actors in order to ensure proportionality between individual and business rights.

KEYWORDS: insurance contract / consumer / discrimination / differential treatment / administrative law / judicial process / health insurance

Dentro del campo del seguro, se entiende por enfermedad el desequilibrio gradualmente perturbador de las condiciones normales de vida médicamente acreditado y cuyas consecuencias son económicamente nocivas y, por ello, susceptibles de cobertura. Difieren del accidente en que Este es repentino e imprevisto.

Carlos Rodríguez

No falta quienes afirman que, si la razón de la normatividad relativas a los contratos del consumidor fuese tutelar al sujeto débil, sería sospechosa de inconstitucionalidad por el tratamiento dispar respecto a los otros sujetos débiles que no son consumidores finales.

Franceschetti Paolo

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

Artículo 1 de la Constitución Política del Perú

1. INTRODUCCIÓN

La primera vez que abordamos y analizamos el debate de este caso fue en la edición 168 de la revista *Diálogo con la Jurisprudencia*. En aquel momento, septiembre del 2012, la comunidad del derecho de seguros y reaseguros mantuvo un álgido debate respecto a la decisión adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi en su Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI¹, promulgada el 11 de julio del 2012. En dicho acto, se confirmaba en todos sus extremos la decisión adoptada por la Comisión de Protección al Consumidor 2, que sancionó a un asegurador peruano por haber incurrido en prácticas discriminatorias contra la persona al negarse a contratar y suscribir una póliza de seguro de salud debido a que el solicitante-contratante pretendía incluir en las coberturas contratadas a su menor hija nacida con síndrome de Down.

Ante la decisión adoptada por el Indecopi, el asegurador decidió cuestionar la decisión ante el Poder Judicial por la vía de proceso contencioso administrativo ordinario. Doce años después, la Corte Suprema de la República sentenció de manera definitiva este caso al emitir la Casación 7225-2022-Lima, el 1 de agosto del 2024, jurisprudencia que no solo otorgó la razón al Indecopi, sino que aportó una serie de criterios interpretativos en materia de aseguramiento de la salud de las personas y protección al consumidor que

1 Para mayor información se puede revisar dicha resolución en el siguiente enlace: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/08/04213221/sandra-celiz-vs-rimac.pdf>

merecen nuestra atención y análisis detallado (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, 2024).

De igual modo, el tiempo transcurrido desde nuestro primer abordaje del caso amerita volver a hacerlo y replantear nuestro análisis inicial. Esto se realiza en función de los nuevos principios y criterios que regulan el aseguramiento universal de la salud, la contratación de seguros y el aseguramiento de enfermedades y dolencias preexistentes o enfermedades congénitas en el Perú.

En el presente artículo, pretendemos analizar los fundamentos conceptuales invocados por la Corte Suprema de la República para resolver de manera definitiva este caso, los alcances y efectos de la sentencia casatoria en nuestro ordenamiento jurídico y en el sistema de seguros en general, con especial énfasis en la contratación de planes privados de aseguramiento de la salud. Además, presentamos nuestras opiniones y conclusiones sobre la sentencia casatoria, exploramos las posibles afectaciones a los derechos del asegurador y, finalmente, proponemos algunas conclusiones.

Queremos agradecer a las revistas, tanto a la que nos publicó en el 2012 como a la que publica la presente edición, por brindarnos la oportunidad de contribuir al debate sobre este tema en beneficio de la comunidad de profesionales del derecho de seguros. Además, estamos agradecidos por permitirnos exponer nuestras opiniones y apreciaciones, y plantear nuestra interpretación y visión sobre este asunto.

2. RESUMEN DE ANTECEDENTES DEL CASO

El 27 de enero del 2011, un consumidor (en adelante, el denunciante) denunció a una reconocida aseguradora del mercado por presuntas infracciones a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), promulgada el 2 de septiembre del 2010. Sustentó sus argumentos en que, en el mes de octubre del 2010, solicitó la suscripción —entiéndase contratación— de un seguro de asistencia médica a favor de su hija recién nacida. Informó de máxima buena fe que la menor padecía de una condición genética congénita conocida como síndrome de Down.

El denunciante argumentó y demostró ante el Indecopi que, mediante diversos correos electrónicos, la aseguradora le comunicó que no suscribiría ni emitiría la cobertura y póliza de seguro solicitada para su hija, pues en ejercicio de su autonomía privada y libertad de contratar, tenía la plena capacidad de determinar libremente las políticas de suscripción y contratación de sus seguros. Asimismo, consideró que las personas con síndrome de Down mantienen altas probabilidades de padecer patologías colaterales o recurrentes, motivos por los cuales el riesgo no sería asegurable.

El 28 de abril del 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor 2 de Lima Sur admitió a trámite la denuncia por la presunta infracción de los

artículos 1, literal d) del numeral 1.1, y 38 del Código, en tanto la aseguradora denunciada habría realizado actos de discriminación por motivos de origen al haber impedido injustificadamente la suscripción y cobertura del seguro de asistencia médica a favor de la hija del denunciante por la condición genética ya mencionada. Asimismo, mediante la Resolución 3329-2011/CPC, promulgada el 13 de diciembre del 2011, la Comisión de Protección al Consumidor de la sede Lima Sur 2 declaró fundada la denuncia contra la aseguradora por infracción a los artículos 1, literal d) del numeral 1.1, y 38 del Código, ya que llegó a la conclusión de que la aseguradora incurrió en un acto de discriminación al haber impedido injustificadamente el aseguramiento de la hija del denunciante. Ordenó que, en calidad de medida correctiva, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, la aseguradora cumpliera con atender la solicitud de afiliación de la hija del denunciante. Además, sancionó a la aseguradora con una multa de 50 UIT.

La aseguradora apeló la decisión de la comisión tras argumentar que no contaba con un producto como el solicitado, es decir, un seguro de asistencia médica para personas con síndrome de Down, pues tienen un mayor riesgo de contraer enfermedades. Asimismo, la aseguradora argumentó en su recurso de apelación que su actuar calificaba como un trato diferenciado lícito, pues obedece a razones objetivas y justificadas, y que no contravenía la ley y no podía ser objeto de sanción.

El 11 de julio del 2012, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual confirmó la Resolución 3329-2011/CPC que emitió la Comisión de Protección al Consumidor de la sede Lima Sur 2. Declaró fundada la denuncia en contra de la aseguradora por infracción de los artículos 1, literal d) del numeral 1.1, y 38 del Código, 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. Asimismo, en calidad de medida correctiva, confirmó que, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, la aseguradora debía cumplir con atender la solicitud de afiliación de la hija del denunciante. Además, redujo la multa impuesta a 45 UIT. Frente a ello, el asegurador demandó la nulidad del acto administrativo en la vía de proceso ordinario, por lo que el caso se resolvió con la Casación 7225-2022-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de agosto del 2024.

3. ANÁLISIS

Cuando Indecopi recibió la denuncia del consumidor y tuvo que analizar y resolver el presente caso, todavía no se había promulgado la Ley del Contrato de Seguro, la Ley de Seguramiento Universal de la Salud, ni La Ley de Preexistencias Médicas² ni sus

2 Se puede consultar dicha ley en el siguiente enlace: <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29561.pdf>

modificatorias. El supervisor especializado en salud y asistencia médica de aquel entonces no contaba con las competencias y funciones que ostenta actualmente, por lo que dejó la regulación de los planes privados de salud al regulador del mercado de seguros. Asimismo, el consumidor solo podía ampararse y reclamar con base en los derechos otorgados por el Código, compendio legislativo que a dicha fecha poseía menos de dos años de vigencia.

El cambio en nuestra legislación en materia de protección al consumidor, seguros, asistencia médica, preexistencias y funciones y competencias de los distintos organismos reguladores, supervisores y garantes de los derechos de las personas en la década del 2010 al 2020 fue mayúsculo y aportó cambios a varios paradigmas del mercado de seguros y de la prestación de servicios de asistencia médica y salud de las personas. En este contexto, la decisión adoptada por el Indecopi para resolver la presente denuncia inicialmente fue catalogada como errada y ampliamente criticada por los profesionales del derecho de seguros, incluyéndonos. El transcurrir del tiempo y de las diversas modificaciones normativas introducidas al sistema de planes de asistencia médica y seguros de salud, así como adoptar una línea de pensamiento más crítica e imparcial, nos obliga a replantear, casi en su totalidad, nuestro análisis inicial.

En el 2012, dicho análisis se enfocó en las posibles vulneraciones al derecho a la libertad de contratar, al libre mercado y a los derechos procesales y procedimentales del asegurador, quien actuaba y se comportaba en el mercado como un agente netamente privado amparado en el principio constitucional de que si no está prohibido, está permitido. En aquel momento, omitimos empatizar con la persona humana, analizar el marco constitucional y los derechos fundamentales en conflicto, interpretar ponderando derechos y plantear un análisis libre de sesgo. Por ello, pretendemos corregir dicha omisión en esta oportunidad.

Con esta finalidad, antes de analizar a detalle el fallo emitido por la Corte Suprema en la Casación 7225-2022-Lima, planteamos una revisión breve del marco jurídico vigente aportado por las reformas al sector realizadas a partir del 2012 con la promulgación de la Ley del Contrato de Seguros y las múltiples normas de reforma al aseguramiento universal de la salud y respecto al reconocimiento y tratamiento de enfermedades y dolencias preexistentes.

3.1. Legislación vigente sobre el aseguramiento privado de la salud en el Perú

Actualmente, se encuentra vigente la “Ley marco de aseguramiento universal en salud”, aprobada mediante Ley 29344 del 9 de abril del 2009, compendio normativo que también sufrió extensas modificaciones desde su vigencia, cuyo Texto Único Ordenado se promulgó mediante el Decreto Supremo 020-2014-SA del 12 de julio del 2014. Esta norma contiene los principios y fundamentos sobre los cuales todos los participantes

del sistema de aseguramiento de la salud, atención y asistencia médica regulan su accionar.

Los principios más resaltantes del artículo 4 del TUO de la Ley 29344 son los siguientes: universalidad, en virtud a que se declara que el acceso a un plan de aseguramiento de la salud es una garantía para toda persona residente en el Perú; integralidad, en virtud a que la persona tiene derecho a acceder a todas las prestaciones de salud necesarias para solucionar determinados problemas de salud; y equidad, en virtud a que se prioriza la atención de dolencias de poblaciones vulnerables y se establecen mecanismos de subsidios, prohibiendo todo mecanismo de selección adversa.

En el numeral 4 del artículo 5 de esta ley, se precisa que el “aseguramiento universal de la salud” es un sistema “regulado”, por lo que todo actor que participe en él, sea administrando o financiando fondos de atenciones médicas, queda adscrito a sus regulaciones, a las que emita el supervisor y regulador del sistema (Susalud) y a las modificaciones a la normativa que posteriormente se emitan. Esto, en aplicación del principio de irreversibilidad que rige al sistema y en virtud de que no es posible retroceder o revertir los efectos de derechos previamente adquiridos por los usuarios del sistema de aseguramiento universal de la salud.

Asimismo, podemos observar que la normativa vigente favorece el libre ejercicio del derecho fundamental de toda persona de acceder a un sistema de aseguramiento de su salud, ya sea público, privado o mixto. Por ello, debemos interpretar que, actualmente, el criterio de suscripción, incorporación o contratación de un seguro de salud es irrestricto, por lo que corresponde incorporar automáticamente a la cobertura contratada por los padres al hijo nacido durante la vigencia de la relación contractual del seguro, sin distinción alguna por motivo de origen, raza, sexo o condición económica.

En consecuencia, el padecimiento de una condición cromosómica congénita, como el síndrome de Down, actualmente no representa una causa justificada ni un trato diferenciado de selección entre consumidores. Eso es así, sobre todo, si tenemos presente la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional, a través del expediente 00419-2022-PA/TC del 2022, respecto al principio de dignidad humana y trato igualitario, el cual refiere que corresponde tratar de manera equitativa a quienes presenten similares condiciones y de manera diferente a quienes ostenten, objetiva y justificadamente, una situación diferente (Tribunal Constitucional, 2023, fundamento 36³).

3 El referido expediente 00419-2022-PA/TC afirma lo siguiente: “Efectivamente, es uniforme, pacífico y reiterado el criterio de este Tribunal Constitucional en virtud del cual, ‘no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato

Lo expuesto hasta este punto permite arribar a la conclusión preliminar que, de haber ocurrido el caso bajo análisis durante la vigencia de las normas del sistema de aseguramiento universal de la salud, la sanción impuesta al asegurador hubiera sido mayor. Esto, debido a que omitió actuar pruebas, en el procedimiento de denuncia, que demostraran de manera objetiva que no era posible suscribir o contratar el riesgo.

3.2. El seguro de salud en la Ley del Contrato de Seguros

Nuestra vigente Ley del Contrato de Seguros posee tres artículos que regulan la contratación de seguros de salud, los cuales procederemos a analizar detalladamente en párrafos posteriores. Previamente, advertimos al lector que debemos tener presente que no podemos confundir un plan privado de aseguramiento de la salud —seguro de salud— con un plan de asistencia médica por crédito de aportaciones a la seguridad social en salud —planes EPS—, ya que, si bien ambos solventan atenciones médicas, la forma de financiamiento de estas son bastante diferentes; sin embargo, ambos tipos de aseguramiento se encuentran adscritos al sistema de aseguramiento universal de la salud y poseen supervisión y regulación por parte de Susalud.

El primero de los artículos que analizaremos de la Ley del Contrato de Seguros es el siguiente:

Artículo 117.- Seguro de salud

Por el seguro de salud el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a reparar las consecuencias económicas producidas por la enfermedad del asegurado. La prestación del asegurador podrá consistir en el reembolso al asegurado de los gastos derivados de la asistencia médica, una indemnización a suma alzada en caso de invalidez temporal o permanente u otras contingencias acordadas en la póliza. La prestación podrá consistir también en garantizar al asegurado los servicios de asistencia médica, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su costo. (Ley 29946 del 27 de noviembre del 2012)

Para tal efecto, los planes de seguro de salud y el tratamiento de preexistencias se rigen por la Ley 29344, “Ley marco de aseguramiento universal en salud”, su reglamento y normas complementarias. Lo mencionado se expresa en el artículo 118 de la Ley 29946, el cual considera que “las enfermedades preexistentes están cubiertas dentro

en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. ... La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables’ (Sentencias 00048-2004-PI/TC, fundamento 61; 00012-2010-PI/TC, fundamento 5)” (Tribunal Constitucional, 2023, fundamento 36).

del sistema de seguros y de EPS, como mínimo, hasta los límites del contrato original o anterior". Se entiende por preexistencia a cualquier condición de alteración del estado de salud diagnosticada por un profesional médico colegiado, conocida por el titular o dependiente y no resuelta en el momento previo a la presentación de la declaración jurada de salud.

En la misma línea, el artículo 119 de la ley antes citada dispone lo siguiente respecto a los exámenes genéticos: "El asegurador está prohibido de exigir exámenes genéticos previos a la celebración de contratos de seguro y no puede condicionar la aceptación, vigencia o renovación de coberturas de seguro a la realización de dichos exámenes" (Ley 29946).

Las definiciones propuestas por los artículos citados de la Ley del Contrato de Seguro nos permiten afirmar que, al contratar un plan privado de salud, el objeto o prestación principal de dicho contrato consiste en la restitución económica de las consecuencias producidas por el padecimiento de una dolencia o condición en la persona asegurada. Esta definición permite concluir que no es el asegurador quien presta directamente el servicio de asistencia médica, sino que puede ejecutar su prestación valiéndose de la ayuda de terceros, en este caso particular, hospitales, clínicas, centros de salud y médicos en general.

También se consideran cubiertas las preexistencias, tanto en planes de seguro como en planes EPS, es decir, a cualquier condición que altere el estado de salud del asegurado que haya sido diagnosticada por un profesional médico y que no haya sido resuelta antes de la presentación de la declaración jurada de salud. Las enfermedades crónicas, progresivas, degenerativas, incurables o que requieren tratamiento continuado son, por naturaleza, condiciones preexistentes que todo asegurador debe asumir desde la entrada en vigencia de la Ley del Contrato de Seguro y de la "Ley marco de aseguramiento universal en salud".

Previamente, publicamos nuestra interpretación y análisis sobre la actual regulación de preexistencias y el alcance de la cobertura en los distintos planes de aseguramiento de la salud. Ahora, deseamos comentar con mayor detalle la particular disposición del artículo 119 de la Ley del Contrato de Seguros, ya que prohíbe al asegurador exigir exámenes genéticos como condición previa a la celebración y suscripción del riesgo.

Dicha disposición posee amplio fundamento lógico y jurídico. Permitir que se realicen exámenes genéticos al solicitante del seguro como condición previa a la suscripción del riesgo implica implementar un sistema de selección de personas, lo que asegura únicamente a aquellas que no presenten riesgo genético, lo que constituye una práctica discriminatoria prohibida. Además, se eliminaría el riesgo del contrato de seguro, lo que implicaría la nulidad absoluta del pacto contractual debido a que el riesgo es la característica principal y naturaleza del contrato de seguro.

A manera de reflexión, de haber ocurrido el caso bajo análisis después de la entrada en vigor de las disposiciones de la Ley del Contrato de Seguro, el Indecopi hubiera tenido a su disposición mejores definiciones jurídicas que le permitieran resolver la denuncia. También hubiera existido evidencia más relevante y contundente respecto a la práctica discriminatoria en que habría incurrido el asegurador. Sin embargo, la dificultad y riqueza del caso bajo análisis, justamente, radica en que todas estas reformas que llenaron vacíos normativos e integraron el sistema de seguros con el de aseguramiento universal de la salud son posteriores al acto administrativo que puso fin a la instancia del Indecopi.

Entonces, podemos apreciar que el Indecopi tuvo que resolver el caso amparándose únicamente en las disposiciones del Código y los principios constitucionales que protegen derechos fundamentales de las personas. De igual modo, el asegurador afrontó un procedimiento de denuncia por infracciones a las normas de protección al consumidor bastante serio y delicado a pocos meses de la entrada en vigor del Código, pues carecía de un marco regulatorio en materia de contratación de seguros y se limitó a defender su postura con base en su interpretación de las costumbres del mercado asegurador, reguladas en el vetusto y ahora derogado Código de Comercio.

Complicando más las cosas, la ausencia de personal debidamente capacitado en la nueva normativa de protección al consumidor establecida por el Código generó un escenario de “tormenta perfecta” en el que el asegurador no pudo plantear una óptima estrategia de defensa ante el Indecopi, pues este no contaba con personal capacitado para resolver controversias de esta complejidad. Asimismo, el sistema jurídico se encontraba plagado de vacíos normativos que permitían resolver la solicitud del denunciante fuera del procedimiento administrativo.

3.3. El principio de no discriminación por motivos de origen y su tratamiento en el Código de Protección y Defensa del Consumidor

El Código de Protección y Defensa del Consumidor prohíbe expresamente toda práctica de discriminación en contra de los consumidores y usuarios. Contiene dos artículos que abordan por separado y de manera uniforme este límite. El primero de ellos lo hace desde la óptica de la protección general o de la garantía al libre ejercicio de los derechos del consumidor. La segunda adopta la óptica de la prohibición general de un tipo de conducta del proveedor frente al consumidor.

La primera aproximación a la prohibición de prácticas discriminatorias la encontramos en el literal d) del numeral 1.1 del artículo 1 del Código establecido por la Ley 29571. Esta norma legal dispone que,

en los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen 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.

La segunda aproximación a la prohibición de prácticas discriminatorias la encontramos en los numerales 38.1 y 38.3 del artículo 38 del mismo código (Ley 29571, 2010):

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.

...

38.3. 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.

En materia de contratación de seguros, por tratarse de un contrato por adhesión en el que puede presumirse una relación vertical y de asimetría informativa entre proveedor y consumidor, esta implica que todo análisis de una posible práctica discriminatoria debe efectuarse con mucho cuidado, detalle y conocimiento técnico de las materias que involucran el conflicto, ya que colisionan derechos constitucionalmente protegidos de ambas partes. En efecto, tanto el derecho a la dignidad humana como los de la libertad de empresa y de la libertad de contratar, entraron en conflicto durante el presente caso, que tuvo que resolverse aplicando técnicas interpretativas de ponderación, razonabilidad y hermenéutica, ante la ausencia de un marco normativo específico que determine un método de tutela en particular.

A la fecha, la solución al conflicto entre el denunciante y su asegurador es de conocimiento público. Cuando el caso fue resuelto por el Tribunal del Indecopi, fuimos bastante críticos a la decisión adoptada por dicho órgano, principalmente debido a las múltiples infracciones al derecho al debido procedimiento del asegurador. Adicionalmente, consideramos que la multa y sanción impuesta resultaba cuantiosa y exagerada, desde la óptica que nos proporcionaba la palestra de los intereses del asegurador y su comportamiento como una entidad netamente privada.

En ese sentido, las reformas al sistema de seguros y de aseguramiento universal de la salud aportaron como criterio interpretativo que los planes privados de aseguramiento de salud, los planes asistenciales y las prestaciones de asistencia médica constituyen servicios extensamente regulados y supervisados. Además, se encuentran obligados a respetar y cumplir su marco normativo, sobre todo, el marco constitucional vigente.

Previamente, concluimos que, de haberse resuelto el presente caso durante la vigencia de nuestro ordenamiento actual, la sanción impuesta al asegurador hubiera sido mayor. Y nos reafirmamos en ello no solo porque nuestra normativa vigente posee disposiciones expresas respecto a la obligación de admitir la afiliación a un plan de aseguramiento de la salud de personas que poseen condiciones preexistentes, sino porque, en aplicación del principio de primacía de la constitución, toda práctica discriminatoria contra la persona o que afecte la dignidad humana es severamente sancionada por nuestra legislación actual, incluyendo responsabilidad penal, administrativa y civil.

Entonces, resulta plausible que, al momento de adoptar la decisión final sobre el presente caso, el Tribunal del Indecopi afrontó gran incertidumbre al ponderar la tutela de los derechos constitucionalmente protegidos en conflicto, al inclinarse, con justa razón, hacia la tutela del derecho fundamental a la salud y a no ser discriminado por motivos de origen, frente al derecho al debido procedimiento del asegurador denunciado. Asimismo, respecto a la graduación de la sanción y la cuantía de la multa impuesta por Indecopi al asegurador, solo comentaremos que esta equivale a la cuarta parte de la multa o sanción que impondrá, actualmente, cualquiera de los reguladores y supervisores del mercado de seguros o del sistema de aseguramiento universal de la salud. En un mercado supervisado y regulado, las prácticas de discriminación hacia las personas y usuarios, o que afecten derechos de poblaciones vulnerables, son severamente sancionadas por las entidades supervisoras.

3.4. La Casación 7225-2022-Lima y sus efectos en el mercado asegurador de la salud peruano

Tal como hemos comentado, la aseguradora, una vez que fue sancionada por discriminación a nivel del Tribunal del Indecopi, interpuso una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial, con la que cuestionó la legalidad de lo resuelto a nivel administrativo. En este sentido, explicaremos lo sucedido en sede judicial y lo resuelto por la Corte Suprema sobre la presente controversia.

3.4.1. De lo actuado en sede judicial

Mediante escrito de demanda, del 9 de octubre del 2012, la aseguradora solicitó al Poder Judicial, vía acción contencioso administrativa, las siguientes pretensiones. En primer lugar, solicitó que se declare la nulidad total de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, la cual confirma la Resolución 3329-2011/CPC-INDECOPI emitida por la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi. Como segunda pretensión, solicitó que, como consecuencia de la nulidad de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, se reconozca y se declare que existen votos conformes entre los

vocales Oscar Darío Arrús Olivera, Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle y Hernando Montoya Alberti, de la Sala de Defensa de la Competencia 2 del referido tribunal, en el sentido de revocar la resolución de primera instancia que declaró fundada la denuncia por infracción de los artículos 1, literal d) del numeral 1.1, y 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, por haber incurrido en actos de discriminación. Reformándola, dispusieron declarar infundada la denuncia por actos de discriminación.

En relación con ello, la aseguradora adjuntó como medios de prueba diversos estudios, informes técnicos y análisis que acreditaban como causas objetivas y justificadas para no otorgar el seguro de salud solicitado por el señor Miguel Ángel Céliz Ocampo para su hija con síndrome de Down. Entonces, en sentencia de primera instancia, del 23 de agosto del 2009, el Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda interpuesta por la aseguradora.

Por su parte, el juzgado sustentó en su sentencia que, de la revisión del expediente administrativo, no se generó convicción a través de los estudios, informes técnicos y análisis, lo que permitió concluir que, en forma anterior a la comisión del trato desigual, la aseguradora contaba con tales elementos de prueba capaces de excluir la posibilidad de la existencia del trato desigual debido a especulaciones o prejuicios en su origen (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024). Asimismo, el juzgado argumentó que

la sola probabilidad de que una persona nacida con síndrome de Down pueda tener un mayor riesgo de desarrollar determinadas enfermedades no constituye, *per se*, una causa suficiente de rechazo si es que antes de la denegatoria no hubo una evaluación en virtud a factores de riesgo específicos. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024, p. 36)

Finalmente, el juzgado se pronunció sobre la determinación de la infracción imputada, es decir, si la conducta atribuida a la aseguradora a nivel administrativo constituía un supuesto de discriminación o si se configuraba en el tipo base de selección injustificada de clientela. Sobre ello, debemos precisar que la discriminación se manifiesta mediante una valoración negativa de características inherentes (naturales o adquiridas) de un determinado colectivo humano plasmada en una relación de consumo. En el presente caso, la negativa de brindar cobertura a las personas nacidas con síndrome de Down no se sustenta en criterios objetivos tomados sobre la base de la condición de este grupo de personas, sino en el riesgo del universo de madres aseguradas de concebir un hijo con una condición congénita de esta naturaleza, por lo que no se puede equiparar la conducta imputada a la selección injustificada de clientela. Por estos argumentos, la demanda debería ser declarada infundada.

Ante el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora contra la sentencia de primera instancia, del 12 de septiembre del 2009, la Quinta Sala Especializada en

lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda. Ante ello, el Colegiado Superior consideró que la aseguradora no acreditó una causa objetiva y justificó la denegación totalmente del seguro de salud solicitado por el denunciante para su hija con síndrome de Down. Esta causa objetiva y justificada, que debió acreditar la aseguradora, debió ser anterior al trato desigual, tal como lo ha indicado el juez de primera instancia.

Mediante la resolución del 28 de noviembre del 2022, la Corte Suprema declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la aseguradora, en mérito de las siguientes causales:

1. *Infracción normativa del artículo VII del “Título preliminar” del Código Procesal Civil.* Se alega que la Sala Superior infringió la norma invocada, toda vez que ha omitido pronunciarse respecto de todos los errores y vicios denunciados en el recurso de apelación interpuesto por la parte de la aseguradora.
2. *Infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil.* Se argumenta que, en el caso de autos, se ha demostrado con medios probatorios contundentes que la aseguradora no discriminó de ninguna forma a la señorita Céliz. Conforme a lo estipulado en el artículo 39 del Código de Protección al Consumidor, se ha acreditado la existencia de una causa objetiva y justificada del trato diferenciado que pueda dar a alguno de los consumidores. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024)
3. *Infracción normativa del artículo 15 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por el Decreto Legislativo 1033.* Se alega que el 22 de diciembre del 2011 se interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala de Defensa de la Competencia 2 del Indecopi, mediante Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, que es materia de impugnación mediante el presente proceso, por el cual se confirmó la Resolución 3329-2011/CPC. Conforme se aprecia en la referida resolución administrativa, esta fue aprobada con los votos favorables de los vocales Miguel Antonio Quirós García y Camilo Nicanor Carillo. Este último, al ser el presidente de la Sala, hizo un uso indebido del voto dirimente al considerar ilegalmente que existió empate respecto a la votación de la referida resolución. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024)
4. *Infracción normativa del artículo 38 del Código de Protección al Consumidor.* Se alega que el trato desigual o diferenciado que el proveedor tiene frente a algún consumidor o grupo de consumidores sí se encuentra permitido, siempre y cuando se fundamente en causas objetivas y justificadas, tal como está demostrado en el presente caso. La Corte Suprema precisó que la cuestión que se

pretende afrontar en sede casatoria consiste en determinar si, dentro del procedimiento administrativo, se acreditó o no la existencia de razones objetivas y justificadas para que la empresa demandante se haya negado a afiliarse a Sandra Paloma Céliz Rossi al seguro general de salud Red Salud, y si, por ello, se habría infringido el artículo 38 del Código de Protección al Consumidor. Asimismo, corresponde determinar si el presidente de la Sala del Indecopi hizo uso indebido del voto dirimente al considerar que existió empate en la votación de la resolución administrativa impugnada y si se habría infringido el artículo 15 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por el Decreto Legislativo 1033. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024)

Ahora bien, al analizar y resolver la Corte Suprema, sobre las causales admitidas y denunciadas por la aseguradora, concluye que la sentencia de la Sala Superior explica y justifica las premisas factuales y jurídicas elegidas por el Colegiado Superior, por lo que cumple con la exigencia de logicidad en la justificación interna de la resolución examinada. Asimismo, se verifica la realización de una valoración probatoria según los medios de prueba actuados en el proceso, lo que desestima las causales procesales del recurso casación que, según se alegaba, fue omitida de pronunciamiento por la instancia superior.

Asimismo, con respecto a la Resolución 3329-2011/CPC, materia de cuestionamiento en el presente proceso, el presidente de la Sala de la entidad administrativa demandada usó indebidamente el voto dirimente toda vez que no existió empate en la votación de la resolución, pues existían los votos conformes suficientes que declararon en mayoría infundada la denuncia por la comisión de actos de discriminación, por lo que se habría infringido la disposición normativa denunciada. La Corte Suprema concordó con lo expuesto en la Sala Superior, la cual detallaba que existían tres sentidos en la votación realizada por los vocales del Tribunal del Indecopi en la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, y que, habiéndose suscitado un empate en la votación, era el presidente del Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual quien tenía el voto dirimente en el presente caso.

Por otro lado, con respecto a la causal de fondo, la Corte Suprema consideró que la aseguradora no acreditó una causa objetiva y justificada para denegar totalmente el seguro de salud solicitado por el denunciante para su hija con síndrome de Down. Ello se consideró en razón de que no todas las personas que padecen de síndrome de Down pueden presentar las mismas patologías colaterales, sino que depende de cada caso evaluar los riesgos en que estas patologías se produzcan. En otras palabras, si bien las personas con dicho síndrome pueden adolecer con mayor incidencia de ciertas patologías, ello no es una regla para todos los casos. En este sentido, una persona con síndrome de Down puede ser evaluada al igual que cualquier adulto que solicita el aseguramiento para determinar riesgos preexistentes. Esta situación podría justificar exclusiones por enfermedades congénitas o reajustes de las primas, pero no la denegatoria total.

Finalmente, con respecto a la razonabilidad de la medida de exclusión total de las personas con síndrome de Down, que soliciten su inscripción al seguro de salud Red Salud, la Corte Suprema concordó con lo resuelto por la Sala Superior, en el sentido de que existen otras opciones menos extremas que, sin llegar a la exclusión total, pueden satisfacer la prestación, como es el caso de exclusiones específicas o parciales, y ajustes a las primas del seguro de salud. Esto es así toda vez que la autonomía de la voluntad no resulta ser ilimitada, sino que debe de respetar diversos derechos constitucionales, entre ellos, el derecho del consumidor, el cual no puede ser excluido por tener alguna discapacidad. Por el contrario, el Estado peruano prohíbe la discriminación contra personas con discapacidad en la prestación de seguros de vida y garantiza que estos se presten de manera justa y razonable (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024).

4. CONCLUSIONES

En forma previa a la exposición de nuestras conclusiones, queremos advertir que estas se enfocarán en el caso bajo estudio y en el ordenamiento vigente a la fecha en que fue resuelto por el Tribunal del Indecopi. Luego de la exposición de nuestro análisis, concluimos lo siguiente:

- De haber ocurrido la presente controversia después de la entrada en vigor de las disposiciones de la Ley del Contrato de Seguro y de la “Ley marco de aseguramiento universal en Salud”, el Indecopi hubiera tenido a su disposición mejores definiciones jurídicas que le permitieran resolver la denuncia. También hubiera existido evidencia más relevante y contundente respecto a la supuesta práctica discriminatoria en que habría incurrido el asegurador.
- Lamentablemente, este marco jurídico no había sido implementado y el caso tuvo que resolverse aplicando integraciones e interpretaciones del ordenamiento jurídico vigente en aquella fecha, lo que permitió cuestionar la tipicidad y legalidad de la infracción y sanción impuesta.
- El Tribunal del Indecopi, al momento de resolver la presente controversia (hace doce años), evidenció desconocer los alcances y regulaciones particulares del sistema de seguros, pues confundía los conceptos de suscripción, valoración del riesgo, siniestro y vigencia de cobertura. Asimismo, no tuvo en cuenta los conceptos, límites ni estructuras que regían el aseguramiento de la salud en el Perú, y confundían obligaciones del sistema de seguridad social con las del aseguramiento privado de la salud.
- No coincidimos con la postura de lo resuelto a nivel judicial, ya que, si bien es un derecho fundamental de las personas con discapacidad el acceder a servicios de salud de calidad, consideramos que la tutela e implementación de

garantías de ese derecho corresponde, en primer término, al Estado peruano en el marco de la seguridad social, protección de poblaciones vulnerables e integración de la persona con discapacidad, todas a cargo de un sector ministerial específico. Los privados que deseen implementar negocios o participar con fines de lucro en la implementación de estas políticas públicas deben otorgar su consentimiento y sometimiento a las reglas y normas que lo rigen. No puede obligarse a una entidad privada asumir y cumplir obligaciones y compromisos del Estado sustentándose únicamente en el criterio discrecional de un organismo estatal.

- No coincidimos con la postura de lo resuelto a nivel judicial, toda vez que consideramos que existió una vulneración flagrante del derecho a la defensa del asegurador en tanto fue sancionado por una imputación no admitida a trámite en la denuncia y porque fue sancionado sobre la base de interpretaciones e integraciones del sistema de protección al consumidor. Estos hechos implican vulneraciones a los principios de legalidad y tipicidad del derecho administrativo sancionador.
- Por último, podemos concluir que, si bien la autonomía de la voluntad no resulta ser ilimitada, sino que debe respetar diversos derechos constitucionales, entre ellos, los derechos fundamentales y los derechos del consumidor, no debemos confundir las obligaciones que emanan del sistema de seguridad social con las del aseguramiento privado de la salud. Mucho menos, debemos compeler, con base en dicha confusión, a un privado a asumir obligaciones fundamentadas en el criterio discrecional, y hasta arbitrario, de un organismo estatal.

REFERENCIAS

- Corte Suprema de Justicia de la Republica del Perú. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Casación 7225-2022-LIMA (J. S. P. Cartolin Pastor; 1 de agosto del 2024). <https://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/Descarga.asp?Referencias=Q0EyMDI0MDgwMQ==>
- Decreto Supremo 020-2014-SA. Por medio del cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 29344. 12 de julio del 2014. Diario oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/197192-020-2014-sa Ley 29344 del 2009>. Por la cual se establece el marco normativo del aseguramiento universal en salud. 9 de abril del 2009. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H984689>
- Ley 29571 del 2010. Por la cual se establece el Código de Protección y Defensa del consumidor. 2 de septiembre del 2010. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682697>

Ley 29946 del 2012. por la cual se establece la Ley de Contrato de Seguro. 27 de noviembre del 2012. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1068058>

Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se confirma la Resolución 3329-2011-CPC. 11 de julio del 2012.

Resolución Final 3329-2011/CPC [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se protege los derechos de los consumidores frente a actos discriminatorios en el mercado de seguros.13 de diciembre de 2011

Tribunal Constitucional. (2023). Expediente 00419-2022-PA/TC (Pleno. Sentencia 303/2023). 6 de junio del 2023. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00419-2022-AA.pdf>