

## DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN LOS SEGUROS PRIVADOS DE ASISTENCIA SANITARIA<sup>1</sup>

**Carmen González Carrasco**

Profesora acreditada al cuerpo de Catedráticos de Derecho Civil  
Coordinadora del Máster en Derecho Sanitario y Bioética de la UCLM  
Centro de Estudios de Consumo  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Resumen:** En el presente artículo se analiza la actual regulación del derecho de las personas discapacitadas en el acceso a los seguros de asistencia sanitaria en condiciones no discriminatorias, así como las perspectivas de futuro de esta cuestión en el marco de la reciente entrada en vigor del Texto Refundido de Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Propuesta de Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su discapacidad.

**Palabras clave:** Discapacidad, derecho a la salud, seguros de asistencia sanitaria, no discriminación.

**Title:** Discriminatory conditions for the access of disabled persons to the insurances of sanitary assistance

**Abstract:** This paper analyzes the current regulation of the right of the disabled persons in the access to the insurances of sanitary assistance in not discriminatory conditions, as well as the perspectives of future of this question in the frame of the recent entry into force of the Spanish Remolten Text about the Protection of the Disabled People's Rigths and the Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation .

**Key words:** Disability, right to the health, insurances of sanitary assistance, not discrimination.

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

**SUMARIO:** 1. Las personas con discapacidad como usuarios de servicios sanitarios y de salud: evolución legislativa. 2. Incidencia en el ámbito sanitario del real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. 3. La paradoja de la inclusión-exclusión su reflejo en los seguros de asistencia sanitaria. 4. Eficacia interprivada del principio de igualdad de oportunidades. 5. Propuesta de directiva del consejo de la unión europea por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

### **1. Las personas con discapacidad como usuarios de servicios sanitarios y de salud: evolución legislativa**

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de *Integración Social de las Personas con Discapacidad*, fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las 3.800.000 personas con discapacidad que existen actualmente en España y sus familias, en el marco de los artículos 9 , 10 , 14 y 49 de la Constitución. Dicha norma estableció un sistema basado en el modelo médico o rehabilitador, acompañado de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos, y una serie de principios que posteriormente se incorporaron a las leyes de sanidad, educación y empleo, pero no contemplaba los efectos jurídico privados de su regulación, esto es, no establecía las consecuencias de la contravención por los particulares de las normas de integración y no discriminación de los discapacitados. Posteriormente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de *igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, inauguró las técnicas civiles de protección contra la discriminación y la reguló algunas pretensiones de accesibilidad universal entre particulares, además del establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se hizo realidad con la aprobación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el *régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*.

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

con la salud (Art. 25.1.). En particular, el citado artículo establece que los Estados Partes:

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

Dicho enfoque, que supone considerar a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos ejercitables frente al resto de los ciudadanos y no como meros objetos de tratamiento y protección social, fue asumido en nuestro ordenamiento por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.

En lo que se refiere a los derechos y deberes de los agentes implicados en el uso y prestación de servicios sanitarios, la Ley 26/2011 introdujo varias novedades.

- a) En primer lugar, la exigencia del principio de **adecuación y diseño para todos en la transmisión de la información previa al consentimiento informado**, de manera que resulte accesible y comprensible a las personas con discapacidad. Para ello se introdujeron modificaciones en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (art. 5), la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (art. 6), la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y

documentación clínica (art. 7), y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (art. 8<sup>2</sup>).

- b) La norma también introdujo el principio de **no discriminación por razón de discapacidad en el acceso a las prestaciones sanitarias** en la Ley 16/ 2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (art.9<sup>3</sup>).
- c) A efectos de **acceso a la profesión**, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (art. 10<sup>4</sup>).

Pero otro artículo de la Ley de Adaptación, en concreto su artículo 14, modificó, a instancia de *CERMI*<sup>5</sup> la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS). Esta modificación ha introducido una Disp. Adic. Cuarta en la LCS que prohíbe la **denegación de acceso a la contratación de seguros (por lo tanto, también de asistencia sanitaria<sup>6</sup>), el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad**, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas

---

<sup>2</sup> Exigencias de comprensión y accesibilidad en la información previa que afectan al contrato de donación de material reproductor (art. 5 LRAH), al consentimiento previo al proceso de aplicación de las distintas técnicas de reproducción asistida (art.6), y al consentimiento previo para la donación de embriones con fines de investigación (art.15).

<sup>3</sup> Se modifica el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 16/ 2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que queda redactado del siguiente modo:

« 2. Las Administraciones Públicas orientarán sus acciones en materia de salud incorporando medidas activas que impidan la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas, sociales o de discapacidad, tenga especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.»

<sup>4</sup> Esta norma fue modificada en su art. 22.3 al efecto de imponer en las convocatorias de plazas de personal con formación sanitaria especializada una reserva del 7% de las a personas discapacitadas que superen el proceso selectivo, acrediten la discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las funciones correspondientes a la especialidad a la que se opta.

<sup>5</sup> Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

<sup>6</sup> A partir del Reglamento de Mutualidades de Previsión de 1943 y, muy especialmente, de la primera Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1954, se reconoce que la actividad que realizaban las entidades de asistencia sanitaria era una operación aseguradora, de modo que se produce una diferenciación de funciones: el ámbito de gestión y responsabilidad de la entidad, transformada en sociedad anónima, es la obtención y administración de recursos económicos dirigidos a garantizar la financiación del esquema de provisión de servicios sanitarios a favor de los asegurados, mientras que los profesionales sanitarios pasan a ocuparse en exclusiva de la actividad de prestación de asistencia sanitaria. Esa disociación se mantienen en la actualidad y así, la actividad que desarrolla la entidad aseguradora es esencialmente distinta a la realización de cualquier tipo de prestación médica o sanitaria, y consiste en concertar con facultativos, con centros sanitarios o con ambos la disponibilidad de sus servicios respecto al beneficiario de la póliza suscrita con la entidad, y en hacerse cargo del coste generado por la utilización de aquellos servicios que se encuentran dentro del alcance de la cobertura de la misma. En este sentido, la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (texto refundido por RD Legislativo 6/2004, en adelante TRLOSSP) configura la actividad de las entidades de asistencia sanitaria como empresas aseguradoras y que, por ello, deben atenerse a los requisitos establecidos en la misma para obtener la autorización administrativa (cf. art. 5 TRLOSSP) y –dejando de lado determinadas actividades expresamente permitidas, cf. arts. 3.1 y 4 TRLOSSP– debe tener como único objeto social exclusivamente la práctica de operaciones de seguro (cf. art. 11 TRLOSSP).

previa y objetivamente<sup>7</sup>. Esta prohibición, aunque no afecta directamente al derecho de acceso a los servicios sanitarios prestados por la Administración Pública sanitaria ni a la asistencia privada prestada a través de entidades aseguradoras concertadas con el sistema de mutualismo administrativo, cobra la máxima relevancia en un sistema sanitario en el que el Servicio Nacional de Salud (el asegurador público universal) coexiste con un mercado de seguros privados, en su mayoría de contratos de seguros de asistencia sanitaria (o de enfermedad de acuerdo con la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1995), que suplementan las prestaciones del SNS<sup>8</sup>. En los apartados siguientes se analizarán las consecuencias de esta norma en el derecho de las personas discapacitadas en el acceso a los seguros de asistencia sanitaria en condiciones no discriminatorias, y las perspectivas de futuro que aguardan a este problema, que la previsión general que la Disp. Adic. Cuarta de la Ley de Contrato de Seguro – que además no se ha conservado en la regulación del contrato de seguro que propone la Comisión General de Codificación en la propuesta de Código mercantil actualmente en fase de tramitación en el Ministerio de Justicia – no ha sido capaz de impedir<sup>9</sup>.

## **2. Incidencia en el ámbito sanitario del real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social**

El pasado martes 3 de diciembre (2013) se publicaba en el BOE el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social* (en adelante, TRDPD). La norma refunde y asume las líneas generales de las propuestas de mejora que las asociaciones de apoyo a la discapacidad habían conseguido tras décadas de reivindicaciones en el ámbito de la salud. Dichos logros ya se habían ido introduciendo en leyes dispersas, pero carecían de un tratamiento conjunto que se hacía más necesario en tanto

---

<sup>7</sup> En la nueva redacción de la Disp. Adic. Cuarta de la LCS en virtud de la reforma operada por el art. 14 de la Ley 26/2011 no se incluyó el último párrafo de la propuesta del informe “Las discriminaciones por razón de discapacidad en la contratación de seguros” (López-Bueno, L.C. Cuadernos CERMI nº 11, Pág.77: “Únicamente se entenderán causas justificadas y razonables aquellas cuyo fundamento derive de los adecuados estudios que acrediten la existencia de riesgos incrementales o específicos”).

<sup>8</sup> La decisión de permitir doble cobertura depende de las características del sistema sanitario de cada país. En ausencia de doble cobertura, el sistema público tendría que absorber gran parte de la demanda de asistencia que actualmente cubren los proveedores privados contratados por la póliza adicional. Pero por ejemplo, en Canadá, se prohíben los seguros privados que tengan la misma cobertura de los públicos para que la calidad de éste sea óptima (FREIRE, J.M. La nueva fiscalidad de los seguros sanitarios privados y el Sistema Nacional de Salud. Instituto de Estudios Fiscales.) Gaceta sanitaria: Organó oficial de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, ISSN 0213-9111, Vol. 13, Nº 3, 1999, págs. 233-235. El trabajo de JIMÉNEZ-MARTÍN, S y JORGENSEN, n. (“Inmigración y demanda de seguros sanitarios”, Gaceta Sanitaria 2009, 23, supl. 1, págs. 19-24) muestra a través de dos tipos de muestras diferentes (doble cobertura de ciudadanos cubiertos por INSS y funcionarios del mutualismo administrativo) cómo la congestión provocada por el aumento poblacional ha incidido en el aumento de las decisiones de doble cobertura del primer grupo y las de elección por asistencia privada del segundo).

<sup>9</sup> Como ejemplo pueden encontrarse casos como éste en las plataformas de acción ciudadana operativas en internet: <https://www.change.org/es/peticiones/mapfre-atiende-mapfre-seguros-aceptad-a-valeria-en-vuestro-seguro>

en cuanto todas ellas habían experimentado modificaciones en virtud de la entrada en vigor de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de *Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

El TRPDPD aborda los derechos relacionados con el acceso<sup>10</sup> de las personas discapacitadas a la salud en los artículos 6, (respeto a la autonomía de las personas con discapacidad en la toma de decisiones relativas a su tratamiento y a su salud), 10 (derecho a la prevención<sup>11</sup> de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad), y 11 (prevención de discapacidades y de intensificación de deficiencias). Pero, al igual que la Ley de adaptación 26/2011, a la que refunde, sólo enuncia de forma general el principio de no discriminación en el acceso a las prestaciones sanitarias, imponiendo a los poderes públicos el deber de adoptar las medidas necesarias para favorecer el acceso de las personas con discapacidad a los servicios y prestaciones relacionadas con su salud en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos (art. 10 *in fine*). No se aborda, por lo tanto, una regulación específica del derecho de acceso a los seguros de salud o asistencia sanitaria<sup>12</sup> que concrete, para este ámbito, el principio de no discriminación expresado en la Disp. Adic. Cuarta de la Ley de Contrato de Seguro.

---

<sup>10</sup> En otros artículos del TRPDPD se abordan otras mejoras de las prestaciones sanitarias dirigidas a las personas discapacitadas, como la formación de equipos multiprofesionales de atención, calificación y reconocimiento del grado de discapacidad a la discapacidad (art. 12), así como otras complementarias, como la exigencia de que los hospitales infantiles, de rehabilitación y aquellos que tengan servicios pediátricos permanentes, ya sean de titularidad pública o privada que regularmente ocupen al menos la mitad de sus camas con pacientes cuya estancia y atención sanitaria sean financiadas con cargo a recursos públicos, cuenten con una sección pedagógica para prevenir y evitar la marginación del proceso educativo de los alumnos de edad escolar ingresados en dichos hospitales (art. 20.b).

<sup>11</sup> En este sentido, el art. 11 establece que las administraciones públicas competentes promoverán planes de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, en los que se deberá conceder especial importancia a los servicios de orientación y planificación familiar, consejo genético, atención prenatal y perinatal, detección y diagnóstico precoz y asistencia pediátrica, incluida la salud mental infanto-juvenil, asistencia geriátrica, así como a la seguridad y salud en el trabajo, a la seguridad en el tráfico vial, al control higiénico y sanitario de los alimentos y a la contaminación ambiental.

<sup>12</sup> El seguro privado de asistencia sanitaria está marcado por una acusada confusión conceptual. Los artículos 105 y 106 de la LCS (Ley 50/1980) aparecen encabezados con el título "seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria" lo que parece indicar la existencia de dos seguros diferentes. Diversidad que es confirmada por el artículo 105 LCS, que distingue ambos seguros por el tipo de prestación que asume el asegurador, de forma que en el seguro de enfermedad el asegurador se obliga al pago de ciertas sumas o a los gastos de asistencia médica y farmacéutica derivados de la asistencia sanitaria, mientras que en el seguro de asistencia sanitaria de carácter directo el asegurador asume directamente la prestación de unos servicios médicos y quirúrgicos ; y también por el artículo 106 LCS, que utiliza el plural "seguros" haciendo referencia a dos tipos de seguro diferentes. La referida confusión conceptual se refleja también en la práctica aseguradora. Por un lado, porque las compañías de seguros ofrecen un tipo de seguro de reembolso de gastos por asistencia sanitaria (seguro de reembolso de gastos médicos) pero que no se contrata como seguro de enfermedad propiamente dicho. De otro lado, porque las compañías aseguradoras ofrecen un seguro mixto en el que el asegurador se obliga de forma alternativa al reembolso de los gastos médicos o a la prestación de servicios sanitarios, denominándolo asimismo de asistencia sanitaria. Sobre ello, GONZALEZ CARRASCO, MC. Algunas cuestiones acerca de los seguros de salud en España, Revista Aranzadi Civil nº 3, 2007, págs. 2691-2709.

### 3. La paradoja de la inclusión-exclusión su reflejo en los seguros de asistencia sanitaria

La protección de la discapacidad en el ámbito sanitario rompe los esquemas típicos de la relación entre el avance médico y la mejora de la situación del usuario de servicios sanitarios, precisamente porque la relación entre los avances médicos y la discapacidad es contradictoria. El siempre bienvenido desarrollo de la medicina conlleva un aumento de niveles sociales de discapacidad, puesto que conlleva alarga la esperanza de vida y permite un mayor grado de supervivencia de personas con grandes secuelas discapacitantes. Por otra parte, los importantes avances experimentados en el campo de las técnicas de reproducción asistida no pueden analizarse de forma separada de las cifras de prematuridad incapacitante, a menos que nos resignemos a resbalar por la pendiente inclinada de una limitación meramente economicista del esfuerzo terapéutico neonatal. Se ha dicho, con razón, que la discapacidad es un elemento "perturbador" para los sistemas tradicionales de salud, que introduce perplejidad e incertidumbre, en un sistema poco flexible, concebido para el canon de usuario medio<sup>13</sup>. De ahí surge el "desajuste", en el campo de la atención sanitaria, entre las demandas de salud y reconocimiento de la dignidad de las personas con discapacidad y las prestaciones uniformes provistas por los sistemas de salud<sup>14</sup> y por las compañías aseguradoras de asistencia sanitaria, que tienden a eliminar lo que no encaja, lo que no renta, lo que molesta.

En efecto, la situación de los discapacitados en relación con el acceso a los seguros de salud es especialmente compleja, porque el mercado asegurador tiende a confundir la situación preexistente referente a la "salud" del solicitante con su situación de "discapacidad".

---

<sup>13</sup> Pérez Bueno, L.C. "Discapacidad y asistencia sanitaria". CERMI 2006, pág. 8.

<sup>14</sup> Desajuste que existe también a otros efectos. Es difícil seguir manteniendo con coherencia una política inclusiva de reconocimiento de la plena dignidad y titularidad de derechos de los discapacitados mientras que se afirma (art. 11 TRPDPD) que los planes públicos de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades tienen que centrarse especialmente en los servicios de orientación y planificación familiar, consejo genético, atención prenatal y perinatal y detección y diagnóstico precoz; planes que hasta el momento, conducen a la desaparición del problema y no a su adecuada cobertura por medio de políticas públicas de ayuda a las situaciones de discapacidad. Muestra de ello es la doctrina jurisprudencial sobre las acciones de *wrongful birth*, tendente a considerar, en suma y sin perjuicio de los adornos con que la conclusión se quiera expresar, que el nacimiento de una persona con deficiencias discapacitantes de carácter congénito no detectadas por error en el diagnóstico prenatal es un daño a indemnizar a los familiares a los que se les impidió plantearse el aborto permitido por la actual LO 2/2010 de 3 de Marzo "de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo". En sentido, por citar sólo las últimas, SSTS 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4000) y STS 1ª 157/2013, de 14 de marzo (RJ 2013, 2422) en las que, a pesar de que se considera irrelevante la (prueba de) la decisión de abortar, se afirma que el ..."daño resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad".

Hasta la actualidad, las iniciativas de entidades privadas en el ámbito sanitario se han centrado en la oferta específica de aseguramiento de salud para discapacitados<sup>15</sup> y seguros de dependencia<sup>16</sup>. Pero la Disp. Adic. Cuarta LCS, en la redacción incorporada por el art. 14 de la Ley 26/2011, prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen *documentadas previa y objetivamente*. En el ámbito de los seguros privados de asistencia sanitaria, ello conlleva un cambio de enfoque que exige pasar del concepto de discapacidad como enfermedad al concepto de discapacidad como deficiencia física, sensorial, intelectual o mental que puede presentar una persona, y las barreras físicas y sociales y que limitan su participación y el ejercicio de derechos, aspectos por lo tanto no necesariamente relacionados con el estado de salud previo a la contratación de la póliza.

Es preocupante en este sentido que la redacción de la actual Disp. Adic. 4ª de la Ley de Contrato de Seguro haya desaparecido de la redacción con que se presenta el capítulo dedicado a este contrato en el Borrador de Proyecto de Código Mercantil que se encuentra actualmente en ciernes en el Ministerio de Justicia. Porque el TRPDPD no contiene ninguna referencia explícita al contrato de seguro (como tampoco al resto de situaciones particulares relacionadas con la salud, como el consentimiento informado, los trasplantes o a la reproducción asistida, que se encuentran reguladas en sus normas específicas). Y si bien es cierto que el principio de no discriminación en materia de seguros de asistencia sanitaria podría considerarse comprendido en el principio de más amplio alcance que prohíbe la discriminación en el acceso a los servicios<sup>17</sup>, y en concreto, a los relacionados con la salud (art. 10 TRPDPD), los términos con que se expresa

---

<sup>15</sup> "Sanitas Accesible" fue el primer seguro médico privado que surgió en el mercado español como respuesta a las necesidades de aseguramiento privado de la asistencia sanitaria de personas con discapacidad.

<sup>16</sup> Informe de conclusiones, propuestas y recomendaciones sobre promoción de la igualdad de oportunidades, accesibilidad y calidad de vida de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario (proyecto de investigación sobre salud y discapacidad en Europa), de la Fundación Sanitas (28 de abril de 2008).

<sup>17</sup> Artículo 29 TRPDPD. *Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.*

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

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

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

dicho artículo son más ambiguos de lo que sería deseable, como pasamos a comprobar.

#### 4. Eficacia interprivada del principio de igualdad de oportunidades

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

En el marco del principio de autonomía privada, la entidad aseguradora puede decidir si brinda o no el servicio de seguro específico para personas con discapacidad, o con determinada discapacidad. En efecto, la falta de productos idóneos de salud para personas que escapan del "estándar" es un problema de política de salud pública que corresponde al Estado resolver<sup>18</sup>, y no a la empresa privada. Pero si se afirma la eficacia interprivada del principio de no discriminación que rige en nuestro ordenamiento, especialmente tras la Adaptación de nuestra normativa interna a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26/2011 ahora objeto de refundición concretado en el art. 7.3 TRPDPD), la pregunta no es qué productos o servicios debe comercializar una entidad aseguradora (medida de acción positiva que el TRPDPD no contempla en el ámbito privado), sino en qué condiciones es lícito a la misma denegar el acceso a una póliza de seguro de asistencia sanitaria estándar o cobrar una prima superior por la contratación de la misma a una persona discapacitada (efecto interprivado del principio de igualdad y no discriminación por razón de discapacidad en el acceso a los servicios relacionados con la salud). Si entendemos que el TRPDPD contempla esta previsión, sólo debería poderse negar el acceso a una póliza ordinaria de asistencia sanitaria, excluir determinados riesgos o aumentar el precio de la

---

<sup>18</sup> Sin desbarrar, como en el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-236/09 (Test-Achats). El artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/EC permitía decidir si hacer o no diferenciación entre hombres y mujeres en las primas de seguros, cuando éstas están basadas en información estadística y actuarial adecuada y exacta. El punto fundamental de la Sentencia es que se deben imponer criterios estrictos al tratar los derechos fundamentales, aunque las diferencias biológicas claras y demostrables actuarialmente entre los sexos justificasen –como justifican, a veces, como es el caso de la circulación, a favor de un precio más bajo para mujeres- la diferenciación en las primas. En 2011 entró en vigor la prohibición tajante de utilizar la variable sexo como herramienta dentro de la valoración de riesgos y determinación de precios en todo tipo de seguros, lo cual es una forma de invitar a la demagogia de la guerra de géneros, pero estableciendo que pague la fiesta el sector privado.

prima si ello está directamente relacionado con estudios actuariales determinantes de diferencias justificativas de tales actuaciones, con independencia de que la legislación sectorial del contrato de seguro la contemple o no en el futuro.

A diferencia de lo que ocurre con un seguro de dependencia o un seguro de vida, el aseguramiento de personas con discapacidad no puede limitarse a la previsión de productos específicos, de la misma manera que no puede considerarse un producto específico el seguro para personas de determinadas razas o de mujeres. Mientras la imposibilidad de caminar es una deficiencia, la imposibilidad de desplazarse por la ciudad por falta de accesibilidad, es una discapacidad. Comprender la discapacidad desde la deficiencia genera una identificación de esta con la enfermedad (entendida como la alteración del estado de la salud), pues se asume que la "deficiencia/enfermedad" es una situación que debe ser "curada" o "rehabilitada"<sup>19</sup>. No obstante, las personas con discapacidad, al margen de sus deficiencias, pueden o no gozar de una buena salud. Equiparar "discapacidad" con "enfermedad" lleva a concluir, equivocadamente, que las personas con discapacidad no pueden ser aseguradas. Un cambio de enfoque, diferenciando entre la condición de salud de la persona y su situación de discapacidad, exige determinar qué enfermedades o deficiencias podrán ser aseguradas o no, tras un examen adecuado de su situación previa al aseguramiento, como ocurre con cualquier persona que no tiene discapacidad.

Por ello, cuando las empresas aseguradoras alegan que no cuentan con un seguro específico para personas con discapacidad vinculan, equivocadamente, discapacidad y enfermedad<sup>20</sup> e incurrir en el concepto de discriminación indirecta tipificada como infracción grave en el TRPDPD (art. 81.a), ya que la discriminación indirecta existe *cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios* (art. 2.d TRPDPD).

## **5. Propuesta de directiva del consejo de la unión europea por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual**

---

<sup>19</sup> La deficiencia sería esa característica de la persona consistente en un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona (o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas); mientras que la discapacidad está compuesta por factores sociales que restringen o impiden el acceso y ejercicio a derechos de estas personas en condiciones autónomas. Mientras la imposibilidad de caminar es una deficiencia, la imposibilidad de desplazarse por la ciudad por falta de accesibilidad, es una discapacidad.

<sup>20</sup> Situación que se agrava especialmente en el caso de grupos concretos como personas con discapacidad psíquica, discapacidad neuromuscular y enfermedad mental (López Bueno, L.C., Cuadernos CERMI ...cit. nº 11, Pág. 77).

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

Pero dichas normas autorregulatorias pasarán a formar parte de forma expresa de nuestro ordenamiento jurídico, si llega a aprobarse la Propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea<sup>21</sup> 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<sup>22</sup>. El objetivo de la nueva Directiva es completar el marco legal existente sobre discriminación con un planteamiento horizontal, estipulando para ello disposiciones comunes para todas las condiciones por las que una persona pueda sufrir un trato desigual y ampliando el ámbito de aplicación real, de modo que se ofrezca una seguridad jurídica mínima a todos los ciudadanos de la Unión, incluidos aquellos que se desplazan entre los Estados miembros. En lo que al acceso y contratación de seguros se refiere, la exposición de motivos de la Propuesta parte del dato de que la Comisión ha recibido muchas quejas relativas a la discriminación en las aseguradoras y la banca. Pero también de la realidad de que la aplicación de criterios de edad o discapacidad en estos sectores para valorar el perfil de riesgo de sus clientes no siempre representa una discriminación, y de que *“si las aseguradoras no pudieran tener en cuenta en absoluto la edad y la discapacidad, los costes adicionales que de ello se derivarían correrían a cargo del resto de los asegurados, lo que redundaría en unos gastos generales mayores y en una menor disponibilidad de cobertura para los consumidores”*. La

---

<sup>21</sup> La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad sea adoptada como marco para abordar la protección de las personas con discapacidad frente a la discriminación. El texto de la propuesta puede consultarse en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0426:es:NOT>

<sup>22</sup>El Tratado de Ámsterdam permitió a la Comunidad a actuar para luchar contra la discriminación basada en una serie de nuevos motivos, como la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual. En el desarrollo del artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, la normativa comunitaria ha sido muy desigual. Mientras que la igualdad sin distinción de raza u origen étnico está amparada en el suministro y acceso a los bienes y servicios, a la vivienda, la educación, el transporte, la salud, la seguridad social y la asistencia social, la defensa frente a la discriminación por motivos de discapacidad sólo se contempla en el ámbito del trabajo, a través de la Directiva 2000/78/CE. Para reforzar la igualdad de oportunidades, la UE puso en marcha la Agenda Social Renovada (2008), que contempla una propuesta del Consejo de la Unión Europea para la nueva directiva de igualdad de trato entre las personas fuera de la esfera del empleo.

Comisión afirma tener previsto entablar un diálogo con el sector de los seguros, junto con otras partes interesadas pertinentes, a fin de facilitar la comprensión común de los ámbitos en los que la edad o la discapacidad constituyen factores importantes para el diseño y la tarificación de los productos que ofrecen. Por ello, la propuesta determina que los Estados miembros podrán decidir autorizar diferencias de trato siempre que existan “datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos” para determinar el riesgo asociado a la edad o la discapacidad (art. 2). Datos actuariales cuya comunicación, según el art. 206 de la Directiva 2009/138/CEE, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y reaseguro y su ejercicio<sup>23</sup>, los Estados pueden exigir a las aseguradoras que operen en el ámbito de los seguros complementarios o sustitutorios de asistencia sanitaria sin vulnerar por ello el principio de libertad de mercado y libre establecimiento, siempre y cuando no se exija con carácter previo a su comercialización.

Pero una vez superado el escollo de la discriminación en el acceso a la contratación de una póliza de asistencia sanitaria, el problema de la falta de cobertura persiste. Porque como regla general, las condiciones generales de las pólizas de seguros de asistencia sanitaria excluyen de la cobertura los tratamientos de las enfermedades o lesiones que el asegurado padecía antes de contratar la póliza. En el caso de personas con discapacidad, este requisito prácticamente vacía de utilidad el contrato y perjudica especialmente a quienes viven en las regiones donde el sistema sanitario público está menos preparado para atender sus necesidades. En otros países<sup>24</sup> se ha optado por establecer la obligatoriedad de contar con productos específicos para personas con discapacidad. De seguir esta vía, la obligatoriedad de que las entidades aseguradoras cuenten con un seguro específico constituiría un ajuste de no discriminación que tendría que superar el test de la razonabilidad, en los términos del art. 66 TRPDPD. A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m) del mismo cuerpo legal, se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. A este fin, las administraciones públicas podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables.

---

<sup>23</sup> Directiva Solvencia II, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.

<sup>24</sup> V. gr. Perú, donde Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud y su Reglamento (Ley nº 29344) obliga a las entidades aseguradoras de salud a crear planes específicos de aseguramiento de la asistencia sanitaria de las personas con discapacidad.