

SEXO Y SEGURO*

Carlos Vargas Vasserot

Prof. Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Almería

Resumen

En el año 2003, siguiendo la política de igualdad de sexo iniciada de modo institucional por el Tratado de Ámsterdam, la Comisión Europea presentó una Propuesta de Directiva del Consejo para aplicar el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso de bienes y servicios y su suministro. La Exposición de Motivos de dicha propuesta de Directiva dedicaba gran parte de su contenido al seguro, y de una manera bastante categórica rechazaba la utilización del sexo como factor determinante para evaluar el riesgo de los asegurados. La reacción del sector asegurador no se hizo esperar. Finalmente el 13 de diciembre de 2004 se promulgó la Directiva del Consejo 2004/113/CE, por la que se aplica – o mejor dicho, pretende aplicar-- el principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro. En este estudio se expondrán algunas de las razones que existen a favor y en contra del uso del sexo en la tarificación de riesgos en los seguros, y nos detendremos en el contenido de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dedica su Título VI (arts. 69-72) a la *igualdad de trato en el acceso de bienes y servicios y su suministro*, con especial referencia a los seguros. Por último se comprobará como el esperado desarrollo reglamentario de la Ley, a través del RD 1361/2007 que modifica varios artículos del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros

· El origen de este trabajo tiene su origen en mi participación en el Seminario y Foro de Debate Interdisciplinar titulado *Diagnóstico del principio de libertad efectiva en la esfera de lo privado*, organizado por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Almería y subvencionado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), el 11 de abril de 2008. Por el público no especializado al se dirigía el seminario (alumnos de Derecho de la Universidad de Almería) opté por usar en la exposición del tema un estilo distinto al habitual, digamos más desenfadado. Aunque para su publicación he revisado con cierta profundidad el contenido de aquella charla, no he querido abandonar la filosofía del trabajo original.

Privados, prevé supuestos excepcionales de diferenciación sexual de primas y prestaciones por sexo que dejan muy en entredicho la pretendida homogeneidad en materia de sexo en la contratación de determinados seguros.

I. Preliminar

Lejos de lo que el título de este estudio pueda inducir a pensar a alguno, la presente aportación nada tiene que ver con cuáles son las prácticas sexuales idóneas para reducir el riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual o para evitar embarazos no deseados. Se trata de algo mucho más nimio: la pretendida igualdad de trato, entre hombres y mujeres, a la hora de contratar seguros. En la elección del título existe una evidente intención de dar cierto toque de humor a un tema, que como casi todos los jurídicos, es bastante aburrido.

Pero también existe una razón lingüística para no incluir la palabra *género* en el título ni usarla a lo largo de la exposición, al estilo de muchos de los trabajos que sobre esta materia se han publicado o de cómo en el ámbito anglosajón denominan a las Directivas de la UE para intentar evitar la discriminación sexual en distintos sectores del ordenamiento (*Gender Equality Directives*). En las lenguas romances, como es el castellano, el género es un accidente gramatical por el que los nombres, adjetivos, artículos y pronombres pueden ser masculinos o femeninos, pero no sirve para distinguir entre sexos, como ocurre en inglés. Creo que es curioso recordar que la utilización del género (*gender*) como sustitutivo del sexo (*sex*) en ese ámbito lingüístico procede del puritanismo británico y sólo después se generalizó su uso común. Estamos ante un ejemplo de lo que en inglés se conoce como falsos amigos (*false friends*), esto es, palabras que suenan como en nuestro propio idioma pero que tienen significados distintos. Y por eso cuando oigo hablar de *violencia de género* no puedo evitar pensar que es de género, pero como

categoría, como clase, y sin género de duda –y aquí utilizo correctamente el término-- de la más deleznable¹.

Entrando ya en el contenido de esta modesta aportación sobre la incidencia del sexo en la contratación de seguros, quiero advertir de la existencia de trabajos monográficos sobre esta cuestión muchos más extensos y completos que el que ahora se presenta². El contenido de esta modesta aportación sobre la incidencia del sexo en la contratación de seguros se centrará en los aspectos más relevantes, novedosos y conflictivos generados tanto por la Directiva del Consejo 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro, como por la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (se cita LOI) que la traspone. El objetivo del estudio es básicamente analizar las consecuencias y efectos que esta ley, y su reciente

¹ De gran interés me parece el informe elaborado por la Real Academia Española de la Lengua el 19 de marzo de 2004 sobre el aspecto lingüístico de la denominación de la Ley Integral contra la violencia de género ([http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000001.nsf/\(voAnexos\)/archBB81F7452A4355C0C12571F000438E7A/\\$FILE/Violenciadeg%C3%A9nero.htm](http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000001.nsf/(voAnexos)/archBB81F7452A4355C0C12571F000438E7A/$FILE/Violenciadeg%C3%A9nero.htm)). Incomprensiblemente, a pesar de las recomendaciones de la RAE en contra de la utilización de la palabra género, el 28 de diciembre de 2004 se promulgó la Ley con el título proyectado. Parece que los políticos de nuestro país se creen, incluso en materia lingüística, por encima de los miembros y *miembras* (sic) de la RAE.

² Un clásico sobre esta materia es el estudio de Perry C. BEIDER, «Sex Discrimination in Insurance», *Journal of Applied Philosophy*, núm. 4, 1987, pp. 65-75. Véase también el trabajo de Jane KEITHLEY, «Sex discrimination and private insurance: should sex differences make a difference?», *Policy & Politics*, vol. 20, núm. 2, 1992, pp. 99-110. En Alemania, el referente es el trabajo de Dirk LOOSCHELDER, «Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht», Dir. Leible/Schlachter, Munich, 2006, 141-158. De la escasa doctrina jurídica española que ha tratado el tema destacan los estudio de Alfredo MUÑOZ GARCÍA, «La igualdad en los contratos de seguros», VV.AA., *Igualdad de Mujeres y Hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Dir. Montoya Melgar, Cizur Menor (Navarra), 2007, 23 pp; y de Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, «Seguros de vida y discriminación sexual: La Propuesta de Directiva del Consejo 2003/0265, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2004, pp. 1-25 (<http://www.indret.com/es/index.php>). Desde un punto de vista más actuarial, de gran interés, M.^a Elena SÁEZ DE JÁUREGUI SANZ, *La estrategia de discriminación de precios entre sexos en el sector aseguradora: una cuestión de solvencia*, Madrid, ICEA, 2004; y Luís María SAEZ DE JÁUREGUI SANZ, «La igualdad efectiva de mujeres y hombres: aspectos relacionados con las tablas actuariales de supervivencia», *Actuarios*, núm. 26, 2007, pp. 1-16 (<http://www.actuarios.org/esp/revista26/DOSSIER.pdf>).

desarrollo reglamentario, introducen en el régimen legal del contrato de seguro y cuáles son las realidades y perspectivas de futuro respecto a su regulación.

II. La normativa comunitaria sobre igualdad de trato en el acceso de bienes y servicios y su suministro

En el año 2003, siguiendo la política de igualdad de sexo iniciada de modo institucional por el Tratado de Amsterdam, en sus modificaciones al Tratado de Roma, que incluía una referencia específica a la igualdad entre el hombre y la mujer como misión de la Comunidad (arts 2 y 3), la Comisión Europea presentó una Propuesta de Directiva del Consejo para aplicar el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso de bienes y servicios y su suministro [COM/2003/0657 final - CNS 2003/0265]. La Exposición de Motivos de dicha propuesta de Directiva dedicaba gran parte de su contenido al seguro, y de una manera bastante categórica rechazaba la utilización del sexo como factor determinante para evaluar el riesgo de los asegurados. Se decía, por ejemplo, que «las Compañías de seguros toman el sexo como factor determinante al evaluar el riesgo porque es de fácil utilización y no por su valor real como indicador de la esperanza de vida», o que «separar a hombres y mujeres en grupos diferentes –como hacen algunas aseguradoras para determinados tipos de seguros–, es una diferencia de trato injustificada, de la cual se deriva una desventaja para unos u otras, lo que se trata de un proceder que debe considerarse discriminatorio, por lo que hay que emprender acciones legislativas que lo prohíban». Y, lo que me parece muy interesante, reconocía que aunque esas diferencias sean estadísticamente ciertas son «moralmente inaceptables» como justificación de un diferente trato de primas, coberturas y cuotas anuales de los seguros. Como declaró la Comisaria Europea de Empleo y Asuntos Sociales Anna DIAMANTOPOULOU: «la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios, incluidos los seguros, es inaceptable»³.

³ Nota de prensa publicada el 5 de noviembre de 2004 en *European Report* con el título «Anti-discrimination: Diamnatopoulou to unveil gender equality law».

En virtud de estas reflexiones, abogando sobre todo por unos seguros y unas primas neutras en cuestión de sexo, la Comisión propuso el siguiente el contenido del artículo 4 de la Directiva (Propuesta de Directiva 2003/0265): «Los Estados miembros velarán por que se prohíba tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines en todos los nuevos contratos celebrados a partir de....».

La reacción del sector asegurador no se hizo esperar. El *Comité Européen des Assurances* (CEA), federación de las asociaciones de aseguradores y reaseguradores de Europa –a la que pertenece UNESPA--, elaboró varios informes en contra de la obligatoriedad para las aseguradoras europeas de ofrecer seguros con primas unisexo, anunciado por las autoridades comunitarias⁴. Sin entrar todavía en el contenido de estos informes, en ellos se defendía el uso de factores actuariales basados en el sexo para calcular las tarifas y prestaciones en determinados tipos de seguros (vida, automóviles y enfermedad) y, de no ser así, auguraban un notable incremento de las primas de los seguros y una pérdida de competitividad de las entidades aseguradoras europeas en el contexto mundial. Lo cierto es que el sector asegurador generó un estado de opinión en contra de la normativa proyectada –como puede comprobarse con una simple búsqueda en Internet de noticias relacionadas con el tema-- que finalmente se tradujo en un cambio evidente en el texto final de la Directiva⁵.

⁴ *Equality of treatment between men and woman. Prohibition of private insurance calculation on a gender-dependent basis* (28/05/2003); *Gender equality in insurance: CEA answers frequently asked questions* (19/01/2004); y *Draft gender equality directive: EP vote shows split views - CEA now calls on EU Council to look beyond political goals and to weigh impact on consumers* (10/03/2004).

⁵ Ese cambio de opinión se percibe claramente si se compara el texto de la opinión del Comité Económico y Social Europeo favorable a la propuesta de dicha Directiva de 3 de junio de 2004 (2004/C 241/13), publicada en el DOCE el 28 de septiembre de 2004, y el acuerdo al que llegaron el 4 de octubre de ese mismo año los Ministros de Asuntos Sociales de la UE que relativizaban mucho la inicial prohibición de operar con el sexo como factor actuarial.

El 13 de diciembre de 2004 se promulgó la Directiva del Consejo 2004/113/CE, por la que se aplica – o mejor dicho, pretende aplicar-- el principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro. Como es fácil de comprobar, se perciben importantes diferencias entre la redacción del artículo 4 de la Propuesta y el contenido del artículo 5 de la Directiva (*Factores actuariales*) que pasamos, aunque sea parcialmente, a transcribir:

«1. Los Estados miembros velarán por que en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los caso en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de los datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación con la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y se actualicen con regularidad.

3. En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no darán lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente. Los Estados miembros podrán aplazar la aplicación de las medidas necesarias para cumplir el presente apartado hasta dos años después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar....».

Las cosas cambiaron bastante en un solo año y de lo anunciado a lo finalmente promulgado hubo un gran trecho. El *lobby* asegurador hizo sus

deberes. Centrándonos en el primer y segundo apartado del artículo 5 de la Directiva de 2004, y comparándolo con el artículo 4 de la Propuesta de 2003, ya no se prohíbe en aquélla tener en cuenta el sexo como factor actuarial como hacía ésta, sino que se dice que tan solo que el hecho de tener en cuenta el sexo no puede dar lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente. La diferencia es sustancial. En rigor, si se prohíbe considerar el sexo como factor actuarial en los seguros, deberían excluirse en los cuestionarios de seguros preguntas relativas al sexo y proscribir la utilización estadística de tal circunstancia para calcular los riesgos inherentes a cada grupo de personas. Según la Directiva aprobada la utilización del sexo como factor actuarial está permitida pero, en principio, no puede significar una diferencia de trato. Pero decimos *en principio*, por que, como se encarga de precisar el apartado segundo de dicho artículo, la Comisión permite que los Estados miembros decidan a qué modelo acogerse en cuanto permitir o no la existencia de primas y prestaciones diferenciadas por sexos.

Así, y tal como establece el apartado 2.º *in fine* del artículo 5 de la Directiva, antes del 21 de diciembre de 2007 los Estados miembros de la UE debían decidir si autorizaban o no que las diferencias sexuales pudiesen afectar al contenido contractual del seguro, y si, como han hecho la mayoría, permiten estas diferencias debían reexaminar dicha decisión el 21 de diciembre de 2012 (5 años).

Debemos partir de que los dos planteamientos, diferenciar o no por sexo las primas y prestaciones, son válidos y contamos con ejemplos de países en los que los factores actuariales se desglosan por sexo para evaluar el riesgo de asegurar a hombre y a mujeres en determinados tipos de seguros (España, Alemania, Reino Unido, Irlanda) y otros mercados en que no (Francia, Suecia). El debate estaba abierto, y, a diferencia de lo que había ocurrido con las

cotizaciones a fondos de pensiones profesionales, aquí sí que lo ganaron los defensores de admitir esas diferencias⁶.

III. Razones a favor y en contra del uso del sexo en la tarificación de riesgos en los seguros

A favor de que se permitiese esta diferenciación de primas y seguros por sexo, como han puesto de manifiesto las asociaciones de aseguradores y numerosos especialistas y profesionales del sector, existen importantes razones de índole económica y técnica que derivan de los principios generales que informan la institución del seguro⁷.

De manera muy sucinta, remitiéndome a los trabajos clásicos sobre la materia para su profundización sobre los aspectos económicos del seguro⁸, cabe señalar el seguro funciona bajo la *ley de los grandes números* (que es

⁶ La neutralidad con respecto al sexo en los sistemas estatales de seguro social es un hecho y ya se ha legislado para garantizar la no discriminación sexual. En este ámbito, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en varios pronunciamientos ha considerado discriminatorio exigir cotizaciones diferentes a hombres y mujeres en sistemas de pensiones profesionales puesto que constituyen un elemento de retribución [Asunto C-200/91Coloroll (sentencia de 28 de septiembre de 1994) y asunto C-152/91 Neath (sentencia de 22 de diciembre de 1993)] (con más detalles, Ingebor HEIDE, «Igualdad de sexos en la seguridad social. Jurisprudencia del Tribunal Europeo», Revista internacional del trabajo, vol. 123, núm. 4, 2004, pp. 337-382). Una polémica parecida surgió en EE.UU. a raíz del conocido caso de *Los Angeles Department of Water and Power v Manhart* 435 US 702, 707 (1978) que tuvo una gran repercusión doctrinal (por todos, David D. MC MCCARTHY y John A. TURNER, «Risk Clasification and sex discrimination in Pensions Plans», *The Journal of Risk and Insurance*, vol. 60, núm. 1, 1993, pp. 85-104), en el que se discutía la licitud de que en los planes de pensiones las mujeres, por su mayor esperanza de vida, tuviesen mayores retenciones sobre sus salarios que los hombres. La Corte Suprema ratificó las resoluciones de los tribunales inferiores de declarar ilegal esas prácticas en los planes de pensiones pero esto --como pone de manifiesto FERNÁNDEZ CRENDE, op. cit., pp. 18-19-- no significó un cambio legislativo en los seguros privado ya que actualmente sólo el estado de Montana prohíbe de forma expresa el uso de tablas específicas basadas en el sexo en materia de seguros.

⁷ Con una visión muy crítica de la regulación de la LOI, antes de su desarrollo reglamentario y a tras el análisis de algunos aspectos de la teoría general del Derecho, MUÑOZ GARCÍA, op. cit., loc. cit.

⁸ En castellano, por todos: Joaquín GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1973, pp. 12-35; Francis T. ALLEN, *Principios generales de seguros*, México-Buenos Aires, pp. 7-24; y Antígono DONATI, *Los seguros privados*, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 7-13.

como se denomina a la tendencia de una gran masa de datos a ajustarse a los principios del cálculo de probabilidades y que permite, a través de numerosas observaciones, obtener la probabilidad estadística de que un hecho se repita) y se basa en una serie de fundamentos técnico-económicos, entre los que a los efectos de este estudio destacan dos: el *principio de homogeneidad de riesgos* y el *principio de especialidad del riesgo*. Según el primero, las distintas situaciones de riesgo han de agruparse y tratarse de manera homogénea para tarificarlas correctamente, operando una solidaridad entre los sujetos sometidos a los mismos riesgos. Según el segundo, para que el seguro funcione debe individualizarse el riesgo de cada caso a través de sus circunstancias concretas.

Estadísticamente probado que la esperanza de vida para las mujeres es mayor que para los hombres, lo que se traduce en que para constituir el mismo capital las primas de los seguros de rentas de las mujeres deben ser mayores que la de los hombres. En cambio, en los seguros de vida para caso de muerte, al tener las mujeres mayor probabilidad de supervivencia que los hombres en un mismo intervalo de tiempo, la prima es menor para aquéllas. En los seguros de automóviles, el componente del sexo es uno de los numerosos factores que se tienen en cuenta a la hora de fijar la prima, y en lo que respecta a la responsabilidad civil por el uso de vehículo a motor sus primas son menores que la de los hombres al ser mayor la responsabilidad de éstas en el ámbito de la seguridad vial, con un menor número de siniestros y de menor gravedad. En los seguros de salud se hace la tarificación de primas teniendo en cuenta bases estadísticas que se fundamentan en el sexo y en el tramo de edad en el que se encuentra el asegurado, que reflejan la frecuencia de utilización de los servicios médicos y de la siniestralidad del paciente, lo que hasta ahora ha significado un mayor precio de las primas para las mujeres jóvenes por el riesgo de embarazo y a veces en un mayor precio para los hombres de edad más avanzada por las mayores posibilidades de sufrir una enfermedad.

Pues bien, según el Informe del CEA de 2004, la imposición de tablas unisexo, aunque lograra evitar la discriminación entre sexos, provocaría un trastorno en la tarificación de primas que conllevaría una subida generalizada de los precios de las primas para equilibrar la pérdida de solvencia derivadas de la existencia de una variable aleatoria adicional a la que hacer frente (plus por la incertidumbre que se genera). De igual modo, si se opta por utilizar otros factores alternativos al sexo en la tarificación de riesgos, se produciría un incremento en los costes de gestión de las aseguradoras, que también se repercutiría al consumidor del seguro vía precios. De este modo, esta medida social de no discriminación sexual terminaría siendo soportada exclusivamente por los asegurados del sexo que disfrute actualmente de menores primas y no por la sociedad en su conjunto. Esto, por ejemplo, perjudicaría a las mujeres en los seguros de responsabilidad civil por el uso de vehículos a motor o seguros de daños de los automóviles y en los seguros de rentas, que verán un incremento en sus primas.

Y esto a su vez puede producir un fenómeno de *selección adversa* de seguros, que es como se denomina al problema que aparece cuando las aseguradoras cobran la misma prima a riesgos distintos y se provoca la huida de las personas que tienen menos riesgos, que dejan de contratar esos seguros porque la prima no corresponde al riesgo asegurado (pensemos en las mujeres que ven como les suben sus seguros de responsabilidad civil por uso de vehículo a motor) y se quedan aquellos que aportan peores riesgos pero que proporcionalmente pagan menos primas, con lo que aumenta las posibilidades de que acontezcan siniestros. Se produce un efecto adverso sobre la composición del colectivo asegurado que significa fallas en la tarificación de riesgos que inciden directamente en la solvencia de las aseguradoras⁹.

⁹ Sobre todo esto, MUÑOZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 16. Hay otro principio del seguro que me parece de gran interés para oponerse a la no diferenciación sexual de primas, como es el de la transferencia del riesgo por el mecanismo del reaseguro. Y creo que es de interés porque hay que recordar que todos los riesgos asegurados se agrupan y se reaseguran, por lo que el asegurador en realidad gana por la diferencia de prima que le cobra al asegurado y el que paga al reasegurador, muchas veces de países fuera de la Unión Europea (Suiza). Si a los

La gran mayoría de especialistas del mundo del seguro consideran lícito el trato diferenciado porque los hombres y mujeres a efectos de determinados riesgos son diferentes. Se dice que discriminatorio es, tanto tratar a los iguales de manera diferente como tratar a los diferentes como iguales. Pero creo que se olvida que existe un límite insoslayable contenido en el artículo 14 de la Constitución Española y ratificado en varias normas comunitarias (art. 141 Tratado de Roma, arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) e internacionales (art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), como es la prohibición de discriminación por razón de sexo, raza, religión y otras circunstancias personales y sociales.

Hagamos un silogismo exagerado que nos haga reflexionar en voz alta sobre si es o no discriminación tratar de manera diferente a hombres y mujeres en el seguro. Si los hombres y mujeres son diferentes a efectos de determinados riesgos y esto justifica una tarificación diferente de sus seguros, porqué no usamos este mismo criterio entre distintas razas. Permítanme poner un ejemplo inventado, sin ninguna base real, que nos puede hacer ver las cosas de una manera diferente.

Imaginemos que los mejores conductores del mundo son los finlandeses (no tengo ni idea, pero dada la larga lista de campeones del mundo de automovilismo de ese país –Mika Häkkinen, Kimi Räikkönen, Marcus Grönholm, Keke Rosberg o Heikki Kovalainen— la suposición no es del todo descabellada), y que se demuestra estadísticamente que de las dos razas nórdicas que habitan ese país (escandinavos y samis) una de ellas conduce, a efectos del seguro, mucho mejor. ¿Creen que es, por decirlo de manera fina, *pertinente* que a la hora de contratar un seguro en Finlandia pregunten la raza del asegurado y que esto pueda significar una diferencia de primas? Y seguro que se pueden hacer –que no significa que se deba— estudios estadísticos sobre qué razas son las más longevas, las más propensas a tener infartos o,

aseguradores se le imponen el uso de tablas *unisex* y los reaseguradores optan, como hasta ahora, por diferenciar los riesgos por sexo, las entidades europeas pueden ver como pierden competitividad.

incluso, las más morosas en el pago de primas. Pero nadie que esté en su sano juicio defiende que los miembros de una raza deban pagar más que la de otra por sus seguros o por productos o servicios bancarios.

Pues lo mismo pasa con las diferencias de sexo. Lo que ocurre es que estamos más acostumbrados y percibimos ese trato discriminatorio como menos malo. Pero sobre todo es que existen razones económicas de peso por las que a casi todo el mundo beneficia el *status quo* y que se siga como hasta ahora, esto es, teniendo en cuenta el sexo como factor actuarial, puesto que si se homogeniza ese tratamiento se va a terminar perjudicando a quien se quería proteger.

El sexo como factor actuarial es un criterio barato (ya que indudablemente son muy escasos los costes asociados a su percepción), seguro (puesto que es fácil verificar dicha circunstancia personal) y permanente (al menos mucho más que los estilos de vida que es la otra variable multidimensional que se podría barajar), por lo que es fácil entender por qué su uso está generalizado en el sector de los seguros¹⁰. La prohibición de utilizar el sexo en la tarificación del riesgo del seguro se traduciría en una subida de primas para compensar el incremento de la incertidumbre que genera no poder usar esa variable y por la necesaria asimilación, por arriba, del precio de los seguros, y es probable que aquéllos que podrían beneficiarse de la medida terminen pagando más prima que ahora por sus seguros, por lo que al final serán los propios consumidores de esos seguros los que financien esta loable política social de antidiscriminación sexual.

¹⁰ La Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva afirma que el uso del sexo como factor actuarial está siendo sustituido progresivamente por otros factores más exactos para predecir el riesgo, abogando porque el estilo de vida como variable multidimensional (estado civil, empleo, factores socioeconómicos, consumo de tabaco, hábitos alimenticios, etc.) explica mejor las diferencias en esperanza de vida entre hombre y mujeres. Pero coincido en este sentido con las conclusiones a las que llega FERNÁNDEZ CRENDE, *op. cit.*, pp. 20- 25, al señalar que a pesar de que los estilos de vida pueden constituir una variable más precisas a la hora de clasificar riesgo y, en consecuencia, contribuir a aumentar en cierta forma la eficiencia del mercado de seguros de vida, no es menos cierto que éstos se asocian a elevados costes de gestión y verificación que, en última instancia, se traducirían en un aumento del precio del seguro para todos: «quizá el sexo sea efectivamente un criterio odioso, pero acaso el único factible».

Que existen razones económicas y técnicas a favor de la diferencia de trato no hay lugar a duda. La duda está en si deben primar estas evidencias sobre el principio de igualdad de trato, que es un derecho fundamental. La última palabra, sin perjuicio de la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de ese trato diferenciado, la tiene el legislador, que en cualquier momento puede considerar que la separación de hombres y mujeres en grupos diferentes a efectos de valoración de riesgos y el consecuente trato diferente para unos y otros quede subordinado a la promoción de la igualdad de trato¹¹.

IV. Realidades y perspectivas de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en los seguros privados en España

El 23 de marzo de 2007 se promulgó la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El Título VI de la Ley (arts. 69-72) está dedicado a la *Igualdad de trato en el acceso de bienes y servicios y su suministro*, con especial referencia a los seguros, trasponiendo así, a falta del posterior desarrollo reglamentarios, el contenido de la Directiva 2004/113/CE. De dichos artículo, el 71 (*Factores actuariales*) pensado para garantizar la igualdad de trato de los asegurados en contratos de seguros, tiene en su apartado primero el siguiente tenor literal:

«Se prohíbe la celebración de contratos de seguros o servicios financieros afines en los que al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones en las personas aseguradas. No obstante, reglamentariamente se podrá fijar los supuestos en los que sea admisible determinar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables».

¹¹ Como señalaba Comisión en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva 1003/0265, en relación a las diferencias laborales entre hombres y mujeres y la reticencia de los empresarios a dar empleo a mujeres en edad fecunda, dado el riesgo de que se ausentaran por baja de maternidad: «aun siendo estadísticamente cierto, esto es moralmente inaceptable como justificación de una diferencia de trato entre hombre y mujeres en el mercado laboral».

Permítanme aprovechar una *Carta al Director* publicada en el periódico *El País* del 24 de julio de 2008 (p. 26), para tratar el estado de la cuestión en el Derecho español y las consecuencias y efectos del incumplimiento de la LOI en materia de discriminación sexual a los efectos del seguro:

Cuando me disponía a contratar un seguro privado de salud, me he sorprendido al comprobar que yo, por el hecho de ser mujer, tengo una cuota bastante superior a la de mi marido. Entiendo que esto no debería ser posible si atendemos a lo que dice la Ley de Igualdad que se aprobó el pasado año, que lo prohíbe expresamente y regula el derecho a indemnización por su incumplimiento. Parece que no se han activado los cauces necesarios para logara la aplicación de la ley y que tendremos que seguir peleando solas para evitar discriminaciones tan evidentes como éstas que figuran en las propias webs de las aseguradoras. Parece que no se han activado los cauces necesarios para logara la aplicación de la ley y que tendremos que seguir peleando solas para evitar discriminaciones tan evidentes como éstas que figuran en las propias webs de las aseguradoras. Aun tenemos un largo camino para lograr esa ansiada igualdad ¿Quién debe actuar en estos casos? ¿Las mujeres de una en una o la Administración?

Esta carta plantea varias cuestiones jurídicas que vamos a intentar resolver como colofón a este estudio:

1. ¿Están prohibidas las diferencias de primas entre los seguros de hombres y mujeres?
2. ¿Cuándo entra en vigor las previsiones legales para evitar las discriminaciones sexuales en materia de seguros?
3. ¿Qué consecuencias tienen el incumplimiento de la LOI en esta materia y que vías de reclamación tienen los asegurados?

1. Respecto a la primera cuestión, y a pesar de la aparente contundencia de la declaración contenida en el artículo 69.1 de la LOI, por el que todas las personas físicas o jurídicas que suministren bienes o servicios disponibles para el público, incluidos los seguros, están obligadas en sus actividades y en las transacciones consiguientes «al cumplimiento del principio

de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo», y del contenido del ya comentado artículo 71.1 LOI, por el que «se prohíbe la celebración de seguros en los que al considerar el sexo como factor actuarial se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas», se permite este trato diferenciado por razón del sexo. Así, a pesar de esa la cláusula general de trato no discriminatorio contenida en ambos preceptos, la Ley las excepciona inmediatamente después, al admitirlas, primero cuando «estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios» (art. 69.3 LOI), y después de manera especial para el seguro al habilitar al Gobierno para que reglamentariamente fije los supuestos en los que sea admisible determinar diferencias por sexo de las primas y prestaciones (art. 71.1, 2.º LOI).

En concreto, la disposición final tercera de la LOI, en su apartado tercero, establece que el Gobierno podrá fijar, antes del 21 de diciembre de 2007 y mediante Real Decreto, supuestos excepcionales de diferenciación sexual de primas y prestaciones por sexo. Con ese objeto se promulgó el RD 1361/2007, de 19 de octubre, que modifica varios artículos del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (ROSSP), en materia de desarrollo de la LOI. Se cumple en plazo con lo con lo previsto en el la Directiva 2003/113/CE, que establecía esa fecha límite de finales de 2007 para que los gobiernos de los Estados miembros admitiesen esas diferencias de trato en los seguros privados por razón de sexo.

De los preceptos del ROSSP reformados, ahora nos interesa el artículo 76 (*Pólizas y tarifas de primas*), en la nueva redacción de apartado 7 que establece lo siguiente: «Cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes, fiables y acreditables en función del análisis del riesgo realizado por la entidad, podrán admitirse diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente».

Es decir, el Gobierno no ha establecido una lista de seguros que pueden considerar el sexo como factor determinante en la evaluación de riesgos (por ejemplo, sólo en los seguros de vida, de asistencia sanitaria y de uso de vehículo de motor que son lo que suelen haber diferencias de primas por sexos), sino que ha dejado que sean las propias aseguradoras las que acrediten mediante datos actuariales y estadísticos cuáles son los seguros en los que el sexo se considera un factor actuarial determinante y es justificable un trato diferente por sexo. Esto genera cierta inseguridad jurídica y abre el abanico a nuevos tratamientos diferenciados por razón de sexo. Es posible que existan datos estadísticos que demuestren que los hombres miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles, son más propensos a incumplir los deberes inherentes a sus cargos de administradores que las mujeres que ocupan dichos puestos, y esto podría justificar una diferencia de prima en caso de contratar un seguro de responsabilidad de administradores y directivos. O estadísticas que reflejen que las mujeres requieren más que los hombres a la grúa cuando se pincha un neumático y que esto signifique un seguro de asistencia en carretera más caro que el de los hombres. O, y este sí es un caso real, que las mujeres sean más prudentes en la conducción y signifique, como de hecho pasa, una menor prima por el seguro de responsabilidad civil por uso del vehículo. No obstante, aquí, como casi siempre, la última palabra la tiene la Administración, ya que a ella le corresponde decidir cuándo los datos actuariales y estadísticos en los que se basa esa diferenciación son «pertinentes, fiables y acreditables». Y aunque no está muy claro, y hay que esperar a ver cómo suceden los acontecimientos, no parece que los seguros con primas diferencias sean otros que los basados en las tablas actuariales de mortalidad, de supervivencia, de invalidez y de morbilidad que se usan en la actualidad [arts. 34.1, letra b) y 80 ROSSP]¹²,

¹² Como señala SAEZ DE JÁUREGUI SANZ, «La igualdad efectiva de mujeres y hombres...», cit., pp. 2-4, en España la propia Administración ha recomendado el uso de tablas actuariales de este tipo diferenciadas para hombres y mujeres. El ROSSP (disp. transit. 2.º.5), permitía la utilización para los seguros de supervivencia las tablas GRM80 (varones) y GRF80 (mujeres) con dos años menos de edad actuarial y en seguros de fallecimiento las tablas GKM80 (varones) y GKF80 (mujeres). Posteriormente, la Circular 1/2000 de la DGS recomendaba el uso de las tablas GKM95 (varones) y GKF95 (mujeres) para fallecimientos, y las GRM95 (varones) y GRF95 (mujeres) para supervivencia. El 3 de octubre de 2000, la DGS dictó otra

esto es, los seguros de vida, en caso de muerte y supervivencia, los seguros de rentas, y los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria.

En este trato diferenciado, hay un límite legal, prescrito en la Directiva 2004/113/CE (art. 5.3), en la LOI (arts. 70 y 71.2), y que ha sido desarrollado por el RD 1361/2007 al reformar varios artículos del ROSSP [art. 34.1, letra b), art. 76.7 y art. 80 *in fine*]: la prohibición de considerar los costes relacionados con el embarazo y el parto o maternidad en el cálculo de las primas, prestaciones y tablas de mortalidad, supervivencia, invalidez y morbilidad¹³.

2. En cuanto a los plazos de la entrada en vigor de la prohibición hay que partir de que la Directiva 2004/113/CE reconocía que el recurso a factores actuariales basados en el sexo está generalizado en el sector del seguro y otros servicios financieros afines, por lo que para evitar un reajuste repentino del mercado la prohibición de usar el sexo como factor actuarial sólo se

resolución en la que promovía la utilización de las tablas actuariales de supervivencia PERM2000 (varones) y PERF2000 (mujeres) que aún hoy son la que se utilizan en el ámbito de los seguros privados.

¹³ Aparte de la declaración contenida en el artículo 8 LOI, que considera discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, el artículo 70 prescribe que en el acceso de bienes y servicios ningún contratante puede indagar sobre la situación de embarazo de una mujer demandante de los mismos, salvo por razones de protección de su salud, lo que en el ámbito de los seguros privados significa que el cuestionario de los seguros no se pueden preguntar sobre esta cuestión. Recientemente la DGS se ha pronunciado a favor de la licitud de los plazos o periodos de carencia en la asistencia médica derivada del embarazo o parto, es decir, de la existencia de un plazo contando a partir de la fecha de efecto del seguro durante el cual no entra en vigor la póliza para este tipo de eventualidad médica consulta resuelta por este organismo el 2 de febrero de 2008). Según la DGS, establecer periodos de carencia en los seguros médicos no contradice lo recogido en el artículo 71 LOI, ya que dicho plazo es una cláusula lícita que tiene como objeto la concreción del riesgo objeto de cobertura y por tanto se trata de una cláusula delimitativa lícita. No obstante, señala, y esto es muy interesante, que «dichos periodos de carencia deberán ser como máximo de siete u ocho meses, ya que por un lado, una duración superior no contribuye a garantizar más la existencia de riesgo de embarazo en el momento de la celebración del contrato y podría ser contraria a la LOI; y por otro lado, durante el primer mes de embarazo es difícil determinar si éste existe y por lo tanto no es posible conocer de forma cierta si se producirá el evento, existiendo todavía el riesgo en ese periodo». Asimismo, «dicha carencia no puede ser aplicada cuando se produzca un parto prematuro que se derive de un embarazo que si se hubiese desarrollado de forma normal hubiera finalizado con un parto fuera del plazo de carencia impuesto, no pudiendo considerar el parto prematuro como acto doloso ya que está fuera de la voluntad del asegurado».

aplicará a los nuevos contratos de seguros celebrados después de la fecha de incorporación de la Directiva¹⁴.

El Estado español, haciendo uso de la facultada concedida por la Directiva, retrasó la entrada en vigor de la norma, primero al establecer de manera transitoria que «en tanto no se aprueben las disposiciones reglamentarias a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 71.1 de la presente Ley, las entidades aseguradoras podrán continuar aplicando las tablas de mortalidad y supervivencia y los demás elementos de las bases técnicas, actualmente utilizados, en los que el sexo constituye un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos» (disp. transit. 5.^a). Y después, al establecer en la disposición final segunda del RD 1361/2007 que los artículos reformados del ROSSP entraban en vigor:

- a) el 21 de diciembre de 2007, en cuanto a los requisitos para considerar el sexo como factor determinante en la evaluación del riesgo;
- b) y el 31 de diciembre de 2008, en cuanto a la prohibición de considerar los costes relacionados con el embarazo y el parto en el cálculo de primas, prestaciones.

Por tanto, en el caso de la señora que escribió enojada la carta al director del periódico, y suponiendo que solicitase el seguro de asistencia sanitaria en las mismas fechas en que se publicó (julio de 2008), hay que decirle que, lamentándolo mucho, si esa diferencia de prima se basa en tablas actuariales homologadas y validadas no hay nada que reclamar. En 2009 también será legal esa diferencia de trato por razón por sexo pero, al menos, no podrán tenerse en cuenta los costes relacionados con el embarazo y la

¹⁴ Además se propone que los Estados miembros pueda aplicar el principio de igualdad de trato a la utilización de factores actuariales después de un período transitorio que se prolonga seis años una vez concluido el periodo general de incorporación de la directiva de dos años, con lo que se le concede a las entidades aseguradoras de un total de ocho años para adaptar sus prácticas al contenido del mismo.

maternidad en su tarificación, aunque esto seguramente significará una subida de primas generalizada de los asegurados de la entidad para compensar la prohibición de utilizar esa variable en la tarificación de riesgos de las mujeres en su caso concreto lo mismo baja el precio de su prima.

Y esté estado de las cosas continuará hasta el 21 de diciembre de 2012, que es la fecha que según la Directiva 2004/113/CE, los países miembros de la UE reexaminará su política en materia de discriminación sexual en materia de seguros, teniendo para ello en cuenta el Informe que publiqué la Comisión Europea sobre la prácticas vigentes en los Estados miembros acerca de la utilización del sexo como factor para el cálculo de primas y beneficios (arts. 5.2 y 16).

3. Por último, sobre las consecuencias del incumplimiento de las previsiones de la LOI y las vías de reclamación ante dichos incumplimientos, aunque en el caso analizado no hay nada que reclamar por actuar la entidad aseguradora en el marco de la legalidad vigente, cabe señalar que la LOI establece un régimen general y otro específicos para los seguros sobre las consecuencias derivadas de un incumplimiento normativo de su contenido. Según el artículo 72.1 LOI, «sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de suministro de bienes y servicios sufra una conducta discriminatoria, tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos», lo que no es mucho ya que viene a reiterar un principio general de Derecho privado (art. 1.902 CC) y parte del contenido del artículo 10 LOI¹⁵. Y esta misma reiteración se produce en el ámbito concreto de las vías de reclamación de los contratos de seguros o de servicios financieros afines en el artículo 72.2 LOI, que remite expresamente al citado artículo 10, que califica de nulos los actos y estipulaciones que produzcan discriminación (art. 72.2 LOI, que hay que poner

¹⁵ Art. 10 LOI: «Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias».

en relación con el art. 6.3 CC y con la prohibición de cláusulas lesivas para los asegurados contenida en el art. 3 LCS)¹⁶.

Lo que sí constituye una novedad es el derecho que se le concede al tomador del seguro perjudicado por el uso *ilegal* del sexo como factor actuarial para diferenciar primas y prestaciones del seguro, «a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y eficacia del contrato» (art. 72.2 *in fine*). Todo esto, sin perjuicio, claro está, de las sanciones administrativas que puede recibir la entidad aseguradora por el incumplimiento de las disposiciones legales de ordenación y supervisión del seguro que se consideran muy graves y que pueden llegar hasta la revocación de la autorización para operar en uno o en varios ramos (arts. 40 y ss. LOSSP).

Para finalizar, creo interesante mencionar, las vías de reclamación que tiene el tomador de un seguro o asegurado que considere que su seguro no cumple la legalidad en materia de discriminación sexual. Siempre se puede acudir a los tribunales y jueces competentes (art. 61.1 LOSSP), pero esta vía suele ser lenta y costosa, por lo que se está incrementando el uso de vías alternativas de conflicto para que los interesados sometan sus diferencias a un arbitraje de consumo o un arbitraje convencional (art. 61.2 LOSSP). Por último, aunque es lo primero que se debe hacer, entre otras cosas por ser gratuito, se debe acudir a los órganos de defensa del asegurado que, en su caso, tenga la entidad (art. 63 LOSSP), que es un paso necesario para presentar una reclamación ante el Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Participe en Planes de Pensiones. Este es un órgano adscrito a la DGS de carácter gratuito, y aunque el informe que realiza resolviendo la queja o reclamación presentada por los usuarios de seguros y servicios afines no tiene carácter vinculante, al ser un informe de expertos suelen ser tenido muy en cuenta para la resolución judicial de los litigios sobre seguros. En caso de que se considere que existen cláusulas abusivas en relación al sexo en

¹⁶ MUÑOZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 21-22.

determinados contratos de seguros, las asociaciones de consumidores y usuarios y otros colectivos pueden emprender acciones colectivas de cesación del uso (art. 54 RDL 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la LGDCU).