



La futura tarifa unisex para el cálculo de la prima de los seguros: ¿Más igualdad jurídica o menos sentido común?

Alfredo Betés de Toro
Abogado de Generali Seguros

I.- Evolución histórica del principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en el Derecho español

En el Derecho Civil español, común y foral, hasta el año 1975, no le estaba permitido a la mujer casada realizar actos con eficacia jurídica sin la asistencia del marido, quien debía completar su capacidad de obrar, como si la mujer fuese un menor o un incapacitado (1). La Ley de 2 de mayo de 1975 suprimió la licencia marital y el deber de obediencia de la mujer al marido, pero no fue hasta la Ley de 13 de mayo de 1981, de reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, cuando se consagró en el Código Civil el principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, plasmado pocos años antes en el art. 14 de la Constitución. El marido y la

mujer pasaban a ser iguales en derechos y en deberes y se prohibió la discriminación por razón de sexo.

Subsistieron, entonces, ciertas excepciones, de alcance muy limitado, algunas de las cuales, curiosamente, perjudicaban al marido, en beneficio de la mujer, como por ejemplo la norma, según la cual, los hijos e hijas menores de 7 años, en caso de separación o divorcio, debían quedar siempre al cuidado de la madre, "*a menos que el juez, por motivos especiales, proveer de otro modo*". Esta norma establecía una discriminación positiva a favor de la mujer, perfectamente lógica, pero el legislador posterior la suprimió, siempre en aras de que la igualdad de sexos fuera absoluta.

El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, en esta fase postconstitucional, aun habiendo comportado un paso decisivo, para el legislador contemporáneo ha resultado ser insuficiente.

II.- Las tarifas unisex pero con excepciones lógicas: la Ley Orgánica 3/2007 y la reforma del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados del mismo año

El objetivo de esta Ley Orgánica (2) se basó en eliminar los obstáculos y estereotipos sociales que, según decía la exposición de motivos, impedían alcanzar la igualdad efectiva entre el hombre y la mujer.

En materia de seguros privados, esta ley se desarrolló mediante la reforma del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (3). Las tres ideas más importantes de esta reforma fueron:

Primera idea.- Riesgo por sexo: regla general. El sexo no puede ser factor de cálculo de primas y prestaciones (4).

Segunda idea.- Riesgo por sexo: una excepción justificada. Por excepción, el sexo puede ser factor de cálculo de primas y prestaciones si se justifica que el género es un factor determinante del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos. Para justificar que el sexo es un factor determinante del riesgo, y por lo tanto puede ser factor de cálculo de primas y prestaciones, hay que utilizar tablas de mortalidad, de supervivencia, de invalidez y de morbilidad, según la modalidad del seguro, con los requisitos que se establecen en la norma. Las compañías de seguros debieron adaptarse a ella antes del 21 de diciembre de 2007 (5).

Tercera idea.- Riesgo por embarazo y parto. Ni las tablas, ni las bases técnicas pueden incorporar el riesgo por embarazo y parto, de modo que sus costes no pueden determinar diferencias de primas y prestaciones en ningún caso (6). Para adaptarnos a esta tercera idea se concedió a las aseguradoras hasta el 31 de diciembre de 2008 (7).

Esta disposición sobre el embarazo y el parto fue una norma vanguardista en confundir dos cosas distintas: una cosa es diferenciar lo que por naturaleza es diferente, y otra cosa es discriminar por razón de sexo (8). La norma dio lugar a ciertas dudas, en el seguro de enfermedad, sobre la legalidad del periodo de carencia que establecen las pólizas, en la asistencia médica derivada del embarazo y/o parto. Estas dudas fueron resueltas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (9) estableciendo que el periodo de carencia de las pólizas de salud, para los casos de embarazo o parto, debería ser, como máximo, de siete u ocho meses, ya que, por un lado, una duración superior podría ser considerada contraria a la Ley Orgánica 3/2007, y por otro lado, durante el primer mes de embarazo es difícil determinar si éste existe, y por consiguiente no se vulneraría el art. 4 de la Ley de Contrato de Seguro, que dice que el contrato de seguro es nulo si en el momento de su conclusión no existía riesgo o ya había ocurrido el siniestro.

III.- La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2011 en el caso Test-Achats. La fecha clave: 21 de diciembre de 2012

Solo un comentario a la reforma legislativa expuesta en el apartado anterior, que me sirve de introducción al análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el establecer plazos de carencia en las pólizas de salud contratadas por mujeres, en los casos de embarazo, se basa en una realidad tan evidente, como preterida: la diferencia biológica entre el hombre y la mujer hace que el hombre, ni pueda "*quedarse encinta*", "*ni dar lugar a un alumbramiento*" como decían los derogados arts. 959 y siguientes del Código Civil. Por lo tanto, establecer en las pólizas de salud, plazos de carencia solo para la mujer, y no para el hombre, en caso de embarazo y/o parto, no tiene su origen en una discriminación por razón de sexo, sino en la evidencia de una realidad fisiológica distinta, y en la legítima aspiración del asegurador a evitar el fraude en el seguro, del que, evidentemente, en este caso, solo puede ser sujeto activo una mujer, y no un

hombre. Por eso, establecer plazos de carencia en casos de embarazo o parto, en las pólizas de salud, nada tiene que ver con el principio de igualdad jurídica entre sexos, sino que más bien se relaciona con el principio de la buena fe contractual y del deber de declarar el riesgo en el momento de contratar el seguro.

Por este motivo, después de esa reforma del año 2007, a la que me he referido en el apartado anterior, yo creía que solo el legislador español estaba desfocalizando el problema. Creía que solo el legislador español estaba confundiendo discriminación por razón de sexo con diferenciación por razones objetivas, hasta que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2012 me convenció que este defecto de perspectiva, no solo es del legislador español, sino que es también del poder judicial comunitario.

Esta sentencia ha declarado nulo de pleno derecho el artículo 5.2 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE (10) que era la norma que permitió establecer la excepción citada antes, según la cual, el sexo sí podía ser factor de cálculo de primas y prestaciones del seguro si se justificaba a partir de datos actuariales y estadísticos. Efectivamente, esta norma quiso no perder de vista que una cosa era prohibir la discriminación por razón de sexo, y otra cosa era prohibir la aplicación de soluciones diversas ante realidades objetivas y estadísticas diferentes. Atendiendo a este principio, el art. 5.2 de la Directiva permitió, con buen criterio, autorizar diferencias, en función del sexo, en las primas y en las prestaciones del seguro.

Pero la sentencia en cuestión ha declarado que la norma, según la cual, las primas y prestaciones deben ser independientes del sexo, es una norma absoluta y no puede tener excepción alguna, aunque estas excepciones estén basadas en razones objetivas y estadísticas. Por lo tanto, los Estados miembros no pueden mantener esa excepción a la norma porque es contraria a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Y además pone fecha de caducidad a la excepción: a partir del 21 de diciembre de 2012 ya no podrán existir diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de los seguros por razón de sexo, aunque el sexo sea, como efectivamente es, un factor determinante en la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales, objetivos y estadísticos. Esta sentencia deja fuera el ámbito de la previsión social y mejoras voluntarias empresariales (11).

La Resolución de 6 de julio de 2012 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ha declarado inaplicables, a partir del 1 de enero de 2013, las tablas de mortalidad GKM-95 (para los hombres) y GKF-95 (para las mujeres) y ha aprobado las nuevas tablas de mortalidad PASEM 2010. Para completar la adaptación del Derecho Español a esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentran en trámite de elaboración legislativa determinados proyectos de normas que modificarán el régimen jurídico de ordenación de los seguros privados (12).

IV.- El sentido común de las normas con vocación de permanencia y el sinsentido de las tarifas de primas unisex

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, al establecer la tarifa unisex no ha querido distinguir entre discriminación por razón de sexo y diferenciación en función de variables biométricas, una de las cuales puede ser el género, pero también hay otros factores, que en este caso no se cuestionan, como la edad.

En esta consideración es importante recordar que el Tribunal Supremo declaró que para distinguir entre un seguro de vida y un producto financiero debía atenderse a si las primas se habían calculado utilizando (i) un tipo de interés técnico y (ii) unas tablas de mortalidad que diferencien por razón de la edad y el sexo.

Esta doctrina jurisprudencial anticipada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (13), se fijó en esos factores actuariales, para distinguir entre los seguros de vida, a prima única, de capital diferido y duración anual y aquellos otros seguros simulados, que comercializaron algunas aseguradoras en los años ochenta, con el fin aplicarles un tratamiento tributario más beneficioso. En aquellos años, las prestaciones de los seguros de vida de capital diferido, para caso de supervivencia, tributaban como incrementos de patrimonio (hoy se llaman ganancias patrimoniales) no sujetos a retención en la fuente, a diferencia de los depósitos bancarios, que tributaban como rendimientos de capital mobiliario, sujetos a retención, y por consiguiente sometidos a control de la Administración Tributaria. Pues bien, esa doctrina jurisprudencial tuvo acogida en la Ley de Contrato de Seguro, que fue modificada en el año 2002, precisamente, para introducir los criterios de técnica actuarial, basada en variables biométricas, como el elemento esencial que define la naturaleza jurídica propia del contrato de seguro de vida.

Pretender que el hombre y la mujer sean iguales en derechos y en deberes debe ser un principio jurídico universal. Velar porque esa igualdad jurídica quede garantizada en todos los órdenes de la vida civil es una aspiración legítima y democrática, al menos en el mundo occidental. Pero esta igualdad ante la ley no quiere decir que el hombre y la mujer sean iguales en todos sus comportamientos, y mucho menos quiere decir que no existan diferencias entre ellos por razones puramente biológicas.

Que las mujeres conducen mejor que los hombres es un dato objetivo porque está basado en estadísticas y es un hecho que tiene una base técnica que lo justifica.

Que las mujeres tienen una esperanza de vida superior a la de los hombres es también otra realidad que no se puede negar, porque lo demuestran las tablas de mortalidad, con bases estadísticas, distintas para hombres y mujeres. Y que esas diferencias, basadas en el sexo, deben tener su influencia en el cálculo de la prima, no solo es un principio básico de la ciencia actuarial y de las normas de suficiencia y equidad que regulan la tarificación de las primas (14), sino que, además, es una consecuencia de justicia material y de sentido común. ¿O es que acaso pagar a los hombres una renta superior que a las mujeres por la misma prima del seguro de vida, por tener aquéllos una esperanza de vida media inferior, debe considerarse antijurídico por discriminatorio? (15) ¿Y que las mujeres paguen menos por su seguro de autos que los hombres, por conducir mejor que ellos, debe ser también tachado antijurídico por discriminatorio?

Como decía mi, ahora ya viejo profesor de Derecho Civil, **RODRIGO BERCOVITZ**, cuando nos anunciaba que iba a hacernos exámenes tipo test: los exámenes tipo test –decía– son más fáciles de aprobar si el alumno tiene sentido común, porque las reglas del derecho civil patrio en materia de obligaciones, contratos y derechos reales están regidas por el sentido común.

Cuando la justicia material y el sentido común inspiran las normas jurídicas, éstas perviven en el tiempo, por muchos cambios sociales y tecnológicos, y revoluciones digitales que se produzcan. Al fin y al cabo, si la norma tiene sentido común siempre nos quedará la analogía para colmar las lagunas de las leyes (16). Pero me temo que la tarifa unisex de los seguros no se apoya en estos principios generales del derecho.

(1) Las normas que hace más de un siglo promulgó el legislador de entonces –y que subsistieron hasta la Constitución de 1978– “respondían a un tipo de familia, unas concepciones y hasta unos prejuicios radicalmente patriarcales”. La cruz Verdejo y Sancho Rebullida. Ed. Civitas. 1981.

(2) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de Marzo de 2007).

(3) El Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, modificó el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados para implantar la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de factores actuariales (BOE de 23 de Octubre de 2007).

(4) Art. 71.1 de la Ley Orgánica 3/2007 y art. 76.6 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

(5) Art. 71.1 y disposición final tercera de la Ley Orgánica 3/2007 en relación con los arts. 34 y 76.7 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y disposición final segunda del Real Decreto 1361/2007. Estas normas tienen su razón de ser en el art.5.2 de la Directiva 2004/113/CE que se cita luego.

(6) Art. 71.2 de la Ley Orgánica 3/2007 en relación con los arts. 34, 76.7 y 80 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

(7) Disposición final octava de la Ley Orgánica 3/2007 y disposición final segunda Real Decreto 1361/2007.

(8) Sin embargo, es costumbre decir que las tarifas unisex tienen su causa en la normativa de la Unión Europea sobre “no discriminación por sexo en los seguros”. En este sentido, véanse las páginas 16 y siguientes del nº 74 de la Revista de la Mutualidad de la Abogacía.

(9) Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (Subdirección General de Ordenación del Mercado de Seguros) de 12 de febrero de 2008.

(10) Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

(11) En efecto, paradójicamente, quedan fuera del ámbito de aplicación de la sentencia los seguros de previsión social y mejoras voluntarias empresariales en los que sí se puede diferenciar las primas por razón del sexo.

(12) Las normas a derogar serán, fundamentalmente, el párrafo 2º del art. 71.1 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, y los arts. 34 y 76.7 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

(13) En efecto, el Tribunal Supremo dio carta de naturaleza a la doctrina establecida en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, entre otras, de 21 de diciembre de 2001 y de 17 de enero de 2002.

(14) La tarifa de primas se ha de ajustar a los principios de indivisibilidad, invariabilidad, equidad y suficiencia (art. 76.6 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados).

(15) Ver al respecto un reciente artículo sobre el efecto de las nuevas tarifas unisex publicado en la revista de la compañía de seguros alemana Generali Versicherungen.

(16) Conforme al art. 4.1 del Título Preliminar del Código Civil, *ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio iuris debet esse*.