

2. MERCANTIL

LA CONSIDERACIÓN DEL SEXO DEL ASEGURADO COMO FACTOR DE RIESGO EN LOS CONTRATOS DE SEGURO CONSTITUYE UNA DISCRIMINACIÓN

por

BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE IGUALDAD EFECTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES Y SU RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 2004/113/CE.—III. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PRIMA EN LA DIRECTIVA 2004/113/CE Y EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: 1. LA DIRECTIVA 2004/113/CE. 2. LA LEGISLACIÓN INTERNA ESPAÑOLA.—IV. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA RELEVANTE CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2011.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2004/113/CE (1) del Consejo, 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 (en adelante Directiva 2004/113/CE) prohíbe toda discriminación por razón de sexo en el acceso a bienes y servicios y en su suministro.

En principio, resulta clara la prohibición por la Directiva 2004/113/CE de considerar el factor del sexo para el cálculo de las primas y las prestaciones de seguro en los contratos de seguro, celebrados a partir del 21 de diciembre de 2007. No obstante, esta norma prevé una excepción en el apartado 2 de su artículo 5, según la cual los Estados miembros pueden, a partir de dicha fecha, autorizar algunas excepciones a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, a condición de que los Estados miembros estén en condiciones de garantizar que los datos actuariales y estadísticos subyacentes en que se fundan los cálculos son fiables, se actualizan con regularidad y son accesibles al público. Como consecuencia de ello, solo se permiten excepciones en los casos en que la legislación nacional no ha aplicado ya la norma de primas y prestaciones independientes del sexo. Cinco años después de la transposición de la Directiva 2004/113/CE, a saber el 21 de diciembre de 2012, los Estados miembros deben revisar la justificación de tales excepciones, atendiendo a los datos actuariales y estadísticos más recientes, y al informe elaborado por la Comisión tres años después de la fecha de transposición de la norma comunitaria.

(1) Directiva 2004/113/CE del Consejo, 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 (DO L 373, pág. 37).

La asociación de consumidores belga Test-Achats ASBL y dos particulares interpusieron ante el Tribunal Constitucional belga un recurso dirigido a la anulación de la Ley belga que transpone la Directiva 2004/113/CE. En el marco de dicho recurso, el órgano jurisdiccional belga ha solicitado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que evalúe si la excepción prevista por la Directiva 2004/113/CE es válida con arreglo a la normativa de rango superior, concretamente desde el punto de vista del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado por el Derecho de la Unión Europea.

En la sentencia del TJUE (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, en el asunto C-236/09 (*Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des Ministres*), destaca en primer lugar que, según el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), la Unión Europea, en todas sus acciones, se fija el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. A efectos de la consecución progresiva de dicha igualdad, incumbe al legislador comunitario determinar el momento de su intervención, teniendo en cuenta la evolución de las condiciones socioeconómicas de la Unión Europea. Seguidamente, el TJUE señala que, a estos efectos, el legislador comunitario estableció en la Directiva 2004/113/CE que las diferencias en materia de primas y prestaciones derivadas de la consideración del sexo, como factor para el cálculo de estas, debían quedar abolidas a más tardar el 21 de diciembre de 2007. Sin embargo, dado que el recurso a factores actuariales basados en el sexo estaba generalizado en el sector de los seguros, cuando se adoptó la Directiva 2004/113/CE, el legislador comunitario estaba legitimado para hacer efectiva gradualmente la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, con periodos de transición apropiados.

En este sentido, el TJUE recuerda que la Directiva 2004/113/CE preveía una excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo, establecida por la propia norma comunitaria, otorgando a los Estados miembros la facultad de decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, la autorización de diferencias proporcionadas para los asegurados en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo, a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos.

Como señala la Directiva 2004/113/CE, dicha facultad se reexaminará cinco años después del 21 de diciembre de 2007, atendiendo a un informe de la Comisión Europea. Ahora bien, se plantea la posibilidad de que, dado que la Directiva 2004/113/CE no regula la duración de la aplicación de las citadas diferencias, los Estados miembros que hayan ejercido tal facultad pueden permitir que las compañías de seguros apliquen el referido trato desigual sin límite temporal.

Las anteriores circunstancias llevan al TJUE a considerar que existe un riesgo de que el Derecho comunitario permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, establecida en la propia Directiva 2004/113/CE. Se trata, por tanto, de un precepto que permite a los Estados miembros afectados mantener sin limitación temporal una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, y que es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres, por lo que ha de considerarse inválido tras la expiración de un periodo transitorio adecuado.

Como consecuencia de ello, el TJUE declara, en su reciente sentencia, inválida con efectos a 21 de diciembre de 2012, la excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo en el sector concreto de los seguros. A partir de la fecha indicada, la nulidad de los actuales mecanismos para la determinación de las primas de los seguros, permite prever un efecto adverso

derivado de la aplicación de una política tarifaria sin distinción de sexos, que está siendo objeto de críticas en los Estados miembros (2).

La relación entre el principio de igualdad de trato por razón de sexo y el seguro siempre ha sido controvertida, toda vez que enfrenta dos intereses. De un lado, la igualdad de sexo es un principio fundamental en el Derecho de la Unión Europea; y de otro, las compañías aseguradoras en la determinación de los riesgos asegurables, tienen por práctica generalizada la división entre hombres y mujeres. La solución dada en el artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE, antes mencionado, ha resultado insatisfactoria a la hora de conciliar los dos elementos de la relación, por lo que nos proponemos desentrañar los motivos por los cuáles la relación entre igualdad de sexo y contrato de seguro es controvertida, y señalar el impacto de la Directiva 2004/113/CE en este sector; con la pretensión de averiguar una posible solución. Para ello, habremos de partir del examen del concepto de igualdad, para continuar con el análisis de la relación entre la igualdad de sexo y el contrato de seguro, con especial referencia a la legislación de la Unión Europea y a la interna, y completarlo con la revisión de la jurisprudencia relevante y, en particular, la reciente sentencia que comentamos del TJUE de 1 de marzo de 2011. Nuestro trabajo finaliza con algunas conclusiones referidas al contenido del artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE, y en particular al impacto del principio de igualdad en los titulares de contratos de seguro.

II. EL CONCEPTO DE IGUALDAD EFECTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES Y SU RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 2004/113/CE

La igualdad ha sido reconocida como principio fundamental en los derechos nacionales y en el de la Unión Europea, y se ha fundamentado en una serie de argumentos relativos a los derechos humanos (3). Por lo que a la Unión Europea respecta, en las últimas décadas se ha extendido el principio general de igualdad, al particular de la igualdad de sexo desde el ámbito laboral, que era el tradicional, a otros siendo ejemplo de ello la Directiva 2004/113/CE, y en la que se reproducen los problemas derivados de la delicada relación entre la igualdad de sexo y el seguro.

Tradicionalmente, el sector asegurador ha recurrido al sexo como factor para determinar las primas de seguro, siendo fundamental para establecer las políticas de gestión e inversión de las aseguradoras. La división entre hombres y mujeres en diferentes grupos con el fin de valorar los riesgos asegurables es una práctica común, que resultó afectada por la Directiva 2004/113/CE (art. 5), que requiere a los Estados miembros que garanticen el respeto a la igualdad de sexo en todos los contratos de seguro. Por todo ello, transcurridos unos años desde la entrada

(2) Entre los comentarios que la sentencia de 1 de marzo de 2011 del TJUE ha provocado se encuentran Mok, M. R., *Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 2011, núm. 120; CASTELLANETA, M., «Esclusa la possibilità di discriminazione uomo-donna nei contratti stipulati con le compagnie assicurative», en *Guida al Diritto*, 2011, núm. 13, págs. 80-82; PICOD, F., «Invalidité d'une dérogation en faveur des femmes», en *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011, núm. 11-12, pág. 543; X., «Primes d'assurances: respect de l'égalité hommes-femmes», en *Recueil Le Dalloz*, 2011, núm. 11, pág. 746.

(3) La fundamentación de la igualdad, como principio fundamental, en argumentos relativos a los derechos humanos puede verse en el asunto 305/05 *Ordres des barreaux francophones et germanophone and others* 2007 ECR I-5305.

en vigor de la Directiva 2004/113/CE, y con la reciente sentencia de 1 de marzo de 2011 del TJUE, ha llegado el momento de revisar la relación entre la igualdad de sexo y la tarificación de las primas en el contrato de seguro.

El concepto de la igualdad de sexo ha evolucionado desde el primer momento en que fue recogido en el Derecho comunitario, en particular en el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (1957), que corresponde al vigente artículo 157 del TFUE. A partir de entonces, el citado principio ha sido desarrollado gradualmente partiendo de una obligación negativa, en el sentido de prohibir la discriminación, hasta convertirse en una obligación positiva tendente a la promoción de la igualdad. En la actualidad, el principio de igualdad de trato ha sido elevado a la consideración de valor constitucional (4) a través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que ha entrado en vigor en virtud del Tratado de Lisboa (art. 6 del TFUE). La Carta establece que todos los sujetos son iguales ante la ley y prohíbe cualquier clase de discriminación, entre otras, por razones de sexo, y reitera que la igualdad entre hombres y mujeres debe ser garantizada en todos los ámbitos [arts. 20, 21(1) y 23(1) de la Carta].

Acompasado al desarrollo legislativo del Tratado constitutivo, la legislación comunitaria ha establecido una compleja regulación de desarrollo que ha ampliado el ámbito de aplicación del principio de igualdad, y que ha sido clasificada por la doctrina en tres generaciones de Directivas (5). La primera de ellas pretendía la aplicación del principio de igualdad en materia de pagos, igualdad de trato y seguridad social en relación a algunos aspectos del mercado común; la segunda extiende la aplicación del principio de igualdad a otros aspectos como la raza, la edad y la discapacidad; y es la tercera de las generaciones la que completa la expansión del principio con la inclusión de la igualdad de sexo. Las Directivas integradas en este grupo se clasifican en las que pretenden reorganizar el mercado y dotar de una legislación más accesible; y en otras que continúan el proceso de llevar la igualdad de sexo a ámbitos más allá del estrictamente laboral, extendiéndolo al mayor número de sectores posible. La Directiva 2004/113/CE pretende este objetivo.

Junto a la ampliación del ámbito de aplicación del principio de igualdad de sexo a otros ámbitos distintos del laboral, hay que destacar que la naturaleza de este principio también se ha ido sofisticando y perfeccionando. En un principio comprendía únicamente el concepto de discriminación directa y discriminación indirecta, consistiendo la primera en tratar por razón de sexo, entre otros motivos, a una persona de manera menos favorable que a otra; mientras que la indirecta se refiere al efecto que producen determinados requisitos, prácticas o condiciones que, siendo neutrales en un principio, su efecto resulta adverso y desproporcionado para un grupo concreto de personas. A las anteriores discriminaciones cabe añadir la relativa al abuso, ya sea de tipo sexual o no.

Por ser característico de la orientación del Derecho comunitario, hay que destacar el enfoque individualista con el que se configura el concepto de igualdad. En otras palabras, la legislación de la Unión Europea garantiza el derecho de los particulares a ser tratados de manera igual con independencia del hecho

(4) Vid. BELL, M., «Equality and the European Union Constitution», en *Ind. Law J.*, 33, 2004, págs. 242-260.

(5) En torno a las generaciones de las Directivas relativas al principio de igualdad, vid., WADDINGTON, L., «The development of a new generation of sex equality directives», en *Maastricht J. Eur. Com. Law*, 11, 2004, pág. 1.

de pertenecer o no a un grupo (6), como el TJUE ha reflejado en numerosas sentencias que han reforzado el principio de igualdad consagrado en la legislación europea, y ampliando con ello el ámbito de aplicación del propio principio (7).

A pesar de todo lo anterior, la relación entre la igualdad de sexo y el contrato de seguro ponen de manifiesto que el concepto del principio de igualdad continúa siendo complejo y difícil de garantizar. Prueba de ello es, como hemos comentado, el problema suscitado en torno al recurso en la práctica al sexo como factor para determinar la prima en algunos contratos de seguro. El sector asegurador se sustenta sobre una actuación basada en la selección o, si se quiere, antiselección de riesgos, y argumenta que, en ese contexto, el recurso al sexo para calcular las primas garantiza que los prestadores de servicios de seguros son más precisos y rigurosos y, en consecuencia, más justos. De hecho, durante las negociaciones de la Directiva 2004/113/CE, el grupo de presión de los aseguradores llamó la atención sobre la importancia del factor del sexo en el establecimiento de un riesgo con precisión, y que imponer una prohibición total de su uso en el cálculo de la prima causaría un efecto perjudicial en la competitividad de las primas, lo que podría afectar en último término a los consumidores, dado que tendrían que pagar primas más elevadas. En cualquier caso, el permitir el uso del sexo para este fin, en principio, parece que violaría un derecho fundamental. En este contexto, la principal preocupación es la privación a los asegurados de una cobertura adecuada en aquellos contratos de seguro necesarios como son los de circulación, vida o salud (8).

Desde la estricta perspectiva de los derechos fundamentales, y no desde la del funcionamiento de los mecanismos asegurativos, parece que el concepto individualista de la igualdad de sexo propio de la Unión Europea es cercenado por el hecho de la valoración de los riesgos en los contratos de seguros en función de los distintos grupos de hombres y mujeres. Esta es la orientación seguida por la Abogado General Kokott en su opinión previa a la sentencia de 1 de marzo de 2011 del TJUE.

III. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PRIMA EN LA DIRECTIVA 2004/113/CE Y EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Centrándonos en la particular discriminación por razón de sexo en la determinación de la prima del contrato de seguro, partimos de la relevancia del sexo del asegurado en la valoración del riesgo, y su consiguiente evaluación a través de mecanismos estadísticos y actuariales en orden a la tarificación de la prima.

Con el fin de abordar la determinación del riesgo en el contrato de seguro, es necesario partir del concepto y la función que el riesgo desempeña en los contratos de seguro. La doctrina en general ha reiterado el carácter de elemento fundamental del riesgo en el contrato de seguro. El concepto del riesgo comprende

(6) En torno a esta cuestión, vid. VAN SCHOU BROECK, C., THIERRY, Y., «Fairness and equality in insurance classification», en *Geneva Pap.*, 31, 2006, págs. 190-211.

(7) En relación a la ampliación del ámbito de aplicación llevado a cabo por el TJUE, vid. el asunto C-303/06, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law* [2008] ECR 5603.

(8) Vid. EC Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Study on the use of age, sex, religion or belief, racial or ethnic and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sector, Main Report, CIVIC Consulting, 2010, pág. 31 y sigs.

una complejidad que deriva de la variedad de acepciones a que responde, y de la coincidencia, e incluso solapamiento, con otros elementos presentes en todo contrato de seguro como son el interés asegurado, el objeto o la suma asegurada. En este sentido resulta esencial delimitar adecuadamente el riesgo asegurado con el fin de lograr su correcta tarificación. Identificar, definir y valorar el riesgo son operaciones sin las cuales resulta imposible lograr su adecuada tarificación.

Con carácter necesario, todo riesgo ha de comprender dos elementos igualmente esenciales, o si se quiere, dos caracteres. En primer lugar, la posibilidad de que en el futuro acaezca un evento incierto y, junto a la misma, la existencia de una incertidumbre respecto al acaecimiento del evento dañoso, que puede generar en el titular del interés asegurado un perjuicio económico.

En cualquier contrato de seguro la definición del riesgo es fundamental, y su ausencia lleva a afirmar la inexistencia del contrato mismo. El modo en que el riesgo sea objeto de cobertura por parte de las aseguradoras puede serlo bien de manera global (9), o bien de una manera restrictiva. Comoquiera que sea esta delimitación, la misma representa el eje en torno al cual se estructura el propio contrato de seguro.

El riesgo relevante es el determinado en el propio contrato de seguro y que, de manera constante o variable, está presente durante toda la vigencia del contrato, agravándose o disminuyendo.

En la práctica es bien conocido el recurso de las aseguradoras a los clausulados de sus pólizas, a través de los cuales cubren o excluyen los riesgos que consideran que están en condiciones de asumir. Esta delimitación de los riesgos concretos ha conllevado la desnaturalización del contrato de seguro cuando, a través de la exclusión de los riesgos, el contrato ha quedado vacío de contenido hasta el punto de carecer de su propia razón de ser (10). En este sentido, conviene tener en cuenta que las cláusulas delimitadoras del riesgo no constituyen necesariamente, cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Lo afirmado tiene como consecuencia que las mismas integran el contenido del contrato, sin necesidad de la observancia de los requisitos especiales en materia de incorporación al contrato. En suma, la concreción del riesgo asegurado no supone la limitación de los derechos del asegurado.

La referencia al riesgo objeto de cobertura implica la existencia de un riesgo que puede ser asegurable, y que es asumido por la aseguradora garantizando su cobertura, pues las aseguradoras especifican el riesgo que están dispuestas a asumir. En efecto, la delimitación del riesgo concreto en el contrato del seguro a través de las cláusulas delimitadoras persigue la definición y concreción del objeto del contrato del seguro, de modo que cualquier evento acaecido fuera de la delimitación contractual, o que caiga dentro del ámbito de las exclusiones del contrato, carecerá de la consideración de siniestro cubierto por la póliza.

(9) El ejemplo típico del principio de la universalidad del riesgo, de carácter global, se encuentra en el Derecho marítimo, como ilustramos en DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., *La jurisprudencia española en materia de seguro marítimo (1879-1998)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobierno Vasco, 2000, 158 págs.

(10) Abordamos este problema en un reciente estudio, DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., «Las políticas legislativas en materia de acción positiva y su incidencia en el contrato de seguro de salud», en *Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social*, directores: CRESPO GARRIDO, M. y MORETÓN SANZ, F. Presentación: LASARTE ÁLVAREZ, C., Colex, 1.ª ed., 2011, págs. 55-76.

La individualización del riesgo en cada modalidad de contrato de seguro resulta esencial en el momento precontractual, en la conclusión del contrato y en la ejecución del mismo, para el caso de acaecimiento del evento de cuya ocurrencia y consecuencias económicas se pretende asegurar. Por ello, la técnica de selección y antiselección de los riesgos, en combinación con los factores actuariales y estadísticos, es la que hace viable la asunción del riesgo por las aseguradoras.

La determinación del riesgo en el contrato de seguro requiere una referencia a la aleatoriedad del mismo con el fin de aclarar que el carácter contingente del riesgo, su valoración y su previsibilidad, se sustenta en una base mutua y estadística. En otras palabras, el carácter aleatorio del contrato de seguro no significa que las aseguradoras no intenten combatir las consecuencias de la aleatoriedad, porque el *aleas* y la base actuarial son complementarios. En este contexto, existen riesgos sobre los que se carecen de datos estadísticos y otros sobre los que la ley, o las directivas comunitarias imponen un tratamiento uniforme y uniformador. Ejemplo de ello es la Directiva 2004/113/CE, la discriminación por razón de sexo en la tarificación de las primas y la sentencia del TJUE que comentamos en estas páginas. El problema deriva del hecho de que la aleatoriedad sigue presente desde el punto de vista contractual y de la ordenación y supervisión de los seguros.

Llegados a este punto, y por su intrínseca relación, corresponde abordar la fijación de la prima en función del riesgo y de su determinación. La prima es la contraprestación que recibe el asegurador por la asunción del riesgo (11). Como hemos señalado, siendo el riesgo variable durante la vigencia del contrato de seguro, también habrá de serlo la tarificación de dicho riesgo en función de la cobertura proporcionada a través de la prima. Ello es así por la intrínseca relación referida: la prima es la contraprestación por el riesgo pero, al tiempo, es una contribución actuarial y mutualista (12). Aclarado el carácter esencial de la prima en el contrato de seguro, y la necesidad de que las partes, asegurado y asegurador, la pacten, resalta el problema planteado por la sentencia examinada del TJUE, de 1 de marzo de 2011, por cuanto parece que pretende «igualar las primas con independencia de que los riesgos, los hechos veraces y objetivos acreditan una y otra vez, y sirven de sustento a la propia técnica del seguro» (13).

Desde la perspectiva técnica y actuarial, la prima debe ser suficiente, pues lo contrario impediría a las aseguradoras cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de seguro (14). Asimismo, la prima debe ser proporcional, equitativa e

(11) *Ex* artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Sobre el carácter obligatorio de la prima, la STS 16 de mayo de 1991 (RJ 1991/3677) señala que la prima representa un requisito básico en la conmutatividad del contrato de seguro.

(12) *Vid.* la STS citada en la anterior nota y la STS de 20 de marzo de 1989 (RJ 1989/2284).

(13) En este sentido, se expresan VEIGA COPO, A. y SÁNCHEZ GRAELLS, «Discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro», en *Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro*, marzo, 2011, págs. 6-33, pág. 16, y califican la sentencia del TJUE, de 1 de marzo de 2011, de «descabellada, donde interpreta o mantiene una concepción raquítica y muy personal de lo que es discriminación y no discriminación, amputada en todo caso».

(14) En torno a la obligación de las entidades aseguradoras de constituir provisiones técnicas adecuadas, *vid.* el artículo 25.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados (LOSP).

indivisible. Es preciso aclarar que la equidad predicada de la prima se refiere a la valoración de los riesgos asumidos en el contrato de seguro, en otras palabras, que los riesgos sean en la medida de lo posible análogos en siniestralidad (15).

Partiendo de las anteriores aclaraciones relativas al contrato de seguro, que consideramos básicas para el correcto enfoque del principio de igualdad de trato en el contrato de seguro, corresponde revisar si legalmente cabe considerar el sexo del asegurado como factor de riesgo o, expresado más simple, si se permite discriminar. Los anteriores criterios hermenéuticos y funcionales permiten afirmar que la opción regulatoria de la discriminación por razón de sexo, en los términos que se expondrán, se incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/113/CE y de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Resulta fundamental la valoración, medición y determinación del riesgo a través de métodos estadístico-actuariales, la utilización del criterio del sexo del asegurado como factor de riesgo en los seguros en que las personas de distinto sexo no representen una identidad de riesgos. En consecuencia, los asegurados deben incluirse en grupos de riesgo distintos en aplicación de la política de selección de riesgos de cada aseguradora.

1. LA DIRECTIVA 2004/113/CE

En el ámbito de la Directiva 2004/113/CE, la complejidad de la relación entre la igualdad de sexo y el contrato de seguro ya se puso de manifiesto durante sus trabajos preparatorios (16). La base legal de la Directiva se encuentra en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, que se corresponde con el vigente artículo 19 del TFUE, que facultaba al Consejo para actuar por unanimidad y previa propuesta de la Comisión, y tras la consulta al Parlamento Europeo, con el fin de poder tomar las medidas necesarias para luchar contra todas las formas de discriminación basadas en el sexo, y más allá de los límites del mercado laboral. En este sentido, se ha afirmado que la Directiva 2004/113/CE parece casi un instrumento propio de la defensa de los derechos humanos (17).

El Consejo adoptó una clara decisión legislativa en relación a la materia que iba a ser regulada en la Directiva 2004/113/CE, excluyendo de su ámbito de aplicación la publicidad, los medios de comunicación o la educación, mientras que en lo relativo al contrato de seguro resultó ambiguo.

El artículo 5(1) de la Directiva 2004/113/CE prohíbe, en principio, el uso del sexo como criterio o factor en el cálculo de las primas y prestaciones en relación al contrato de seguro y referido a los servicios financieros, en todos los contratos celebrados después del 21 de diciembre de 2007.

(15) La referida equidad justifica que la indemnización derivada del seguro sea moderada y reducida proporcionalmente, en función de la diferencia real de riesgo declarado y valorado frente al riesgo real, toda vez que influye en la tarificación y en la asunción del riesgo por la aseguradora.

(16) Vid. un comentario sobre los trabajos preparatorios de la Directiva 2003/113/CE realizado por CARACCILO DI TORELLA, E., «The principle of equality, the goods and services directive and insurance: a conceptual approach», en *Maastricht J. Eur. Comp. Law*, 13, 2006, págs. 339-350.

(17) En este sentido opina CARACCILO DI TORELLA, E., «On lies and statistics: the relationship between gender equality and insurance», en *ERA-Forum: scripta iuris europaei*, 2011, v. 12, n. 1, April, págs. 59-70, pág. 63.

En la primera redacción propuesta de la Directiva 2004/113/CE, la Comisión había insistido en que la práctica de los aseguradores de utilizar el sexo como un factor para determinar el riesgo se justifica más en la facilidad de su uso que en el valor real. Asimismo, señaló de manera clara que es moralmente inaceptable como argumento de la diferencia de trato entre hombres y mujeres (18). De manera reiterada, la Comisión argumentó que el sexo, como factor actuarial, no puede ser una consideración justificable para valorar el riesgo asegurable de manera diferente para los hombres y las mujeres.

El razonamiento de la Comisión Europea se basó en dos elementos principales. El primero de ellos es que existe un amplio conjunto de factores, además del propio del sexo, que pueden ser más fiables y ajustados para calcular la prima de cada asegurado. Entre ellos se incluyen algunos factores relativos al estilo de vida como son los hábitos alimentarios, el estado civil o el fumar y el nivel económico que, a menudo, tienen un impacto mayor en la salud y la esperanza de vida. Todos estos factores son a la larga más fiables en la valoración de los riesgos asegurables. De hecho, en Francia y Suecia se ha probado que el uso de tablas que no diferencian entre sexos para determinar las primas, consigue una mayor exactitud que se corresponde con el verdadero riesgo. El segundo de los elementos en el razonamiento de la Comisión es que los gobiernos han fomentado el uso de los planes privados de pensiones, a la vista de circunstancias como son el aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral y el envejecimiento de la población, circunstancias que, a menudo, dificultan a los Estados miembros el cumplimiento con la solvencia y la responsabilidad comprometida en su aseguramiento obligatorio. En este sentido, los gobiernos fomentan los planes privados de pensiones a través de medidas fiscales y otras, con el fin de limitar el gasto público. En este ámbito privado, el principio de igualdad de trato por razón de sexo no es respetado en la mayoría de las ocasiones, a diferencia de lo que sucede en el ámbito público. En este punto, parece razonable que los gobiernos garanticen una misma protección básica también en el ámbito privado.

Este planteamiento fue defendido en las instituciones políticas de la Unión Europea, y en particular por el Parlamento Europeo que adoptó la posición de que la inclusión del sexo como factor dominante y principal en el cálculo de las primas representa una discriminación, así como otras consideraciones que quedan fuera del control de los asegurados.

Asimismo, el principio del artículo 5(1) de la Directiva 2004/113/CE es reforzado en su artículo 5(3) que establece que, en cualquier caso, todos los Estados miembros, deben garantizar que los costes y gastos referidos al embarazo y a la maternidad son atribuidos por igual a los hombres y mujeres (19).

Por lo que respecta al artículo 5(2) de la Directiva 2004/113/CE, se introdujo una excepción como consecuencia de las discusiones durante su redacción (20). Conforme a la misma, los Estados miembros tienen dos opciones: prohibir todo trato diferente basado en el sexo en la regulación de los contratos de seguro, o permitir un trato basado en el sexo, sometido a condiciones que consideren la relevancia, pertinencia y exactitud de los datos en los cuales se basan las

(18) Vid. European Union Commissions, Extended Assessment Impact, SEC (2003) 1213.

(19) Nos ocupamos de este problema en el trabajo DE LA VEGA JUSTIBÓ, B., «Las políticas legislativas...», *op. cit.*

(20) En torno a esta excepción, vid. MASSELOT, A., «The state of gender equality law in the European Union», en *Eur. Law J.*, 13 (2) 2007.

diferencias y en la accesible publicación de los datos relativos al sexo. Este es el caso, por ejemplo, de Reino Unido, donde los aseguradores utilizan el sexo como factor para la tarificación en algunos contratos de seguro, como son los de circulación o los seguros privados de salud. La Ley de seguro inglesa permite a los aseguradores discriminar por razón de sexo a condición de que sea en referencia a datos actuariales, u otros en cuya fuente sea razonable confiar, y el trato resulte razonable teniendo en cuenta dichos datos y cualesquiera otros relevantes.

Conviene tener en cuenta que la primera redacción de la Directiva 2004/113/CE no contenía esta cláusula y solo permitía por un periodo máximo de ocho años la trasposición de la legislación relevante de los Estados miembros [art. 4(2) de la propuesta de Directiva]. El modo en que esta cláusula optativa ha sido redactada, puede dificultar el desarrollo eficiente y afectar al principio de igualdad de género en el ámbito del seguro, con el riesgo de frustrar en la práctica el objetivo general de la Directiva 2004/113/CE.

2. LA LEGISLACIÓN INTERNA ESPAÑOLA

En el ámbito de la legislación española, es preciso partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (21), que ha definido el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres como ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. En la citada Ley, la prohibición de discriminación es de carácter imperativo, es decir, sin que pueda ceder ante justificaciones de tipo alguno. Sin embargo, no parece impedir que a quienes son desiguales se le apliquen condiciones diferentes, siempre que ante iguales supuestos de hecho se apliquen idénticas consecuencias jurídicas, lo que elimina la diferenciación arbitraria o sin justificación razonable. En fin, conforme la Ley de igualdad, la diferencia de trato es lícita siempre que las consecuencias jurídicas que se deriven de dicha distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de modo que se eviten consecuencias onerosas o gravosas.

Con ocasión del estudio de la Ley de igualdad y su aplicación a los seguros de salud (22), ya nos planteamos en qué casos se producía verdaderamente una discriminación: al tratar de manera diferenciada lo que estadística y actuariamente no es igual o, por el contrario, no considerando dichas diferencias y, en consecuencia, no discriminando. Los efectos adversos derivados de la ignorancia de las aseguradoras del factor del riesgo en la tarificación ya se expusieron en el referido trabajo y se reproducen, en parte, en las conclusiones de este comentario. El sexo es relevante a la hora de seleccionar el riesgo, con el fin de incluir o excluir coberturas, para imponer cláusulas limitativas y, en todo caso, resulta un dato fácilmente verificable. Además, este factor del sexo puede combinarse con otros que actuarialmente tengan trascendencia. Por el contrario, la diferencia de trato por el simple hecho de pertenecer a uno u otro sexo sí resulta discriminatoria.

(21) Vid. un estudio reciente sobre la proyección multidisciplinar de la Ley de Igualdad, en AA.VV., *Discriminación por razón de edad y sexo, Retos pendientes del Estado Social*, directores: CRESPO GARRIDO, M. y MORETÓN SANZ, F. Presentación: LASARTE ÁLVAREZ, C., Colex, 1.ª ed., Madrid 2011.

(22) DE LA VEGA JUSTIBÓ, B., «Las políticas legislativas...», *op. cit.*

En la legislación interna, la transposición de la Directiva 2004/113/CE afectó a la regulación del seguro privado y fue tenida en cuenta tanto en la Ley de igualdad (en particular en los arts. 71 y 72), como en las modificaciones al Reglamento de Ordenación y Supervisión del Seguro introducidas por el artículo 14 del Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre de 1998, en materia de supervisión del reaseguro, y de desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, en materia de factores actuariales.

La Ley de igualdad establecía la prohibición de las diferencias en las primas por razón de sexo como factor para valorar el riesgo y el coste del seguro. Sin embargo, esta Ley recogía una prohibición genérica que permitía una excepción, pues el propio artículo 71 remitía a la posibilidad de que reglamentariamente se fijasen supuestos que permitiesen determinar diferencias proporcionadas de las primas, y prestaciones de las personas individualmente consideradas, cuando el sexo sí sea un factor determinante de la evaluación del riesgo, a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables. En consecuencia, y a tenor del artículo 76.7 del ROSSP, se admite la diferenciación de la prima en función del riesgo, siempre que se parta de datos pertinentes y fiables. En este caso, la tarificación diferente no es un supuesto de discriminación indirecta prevista en el artículo 6 de la Directiva 2004/113/CE (23).

IV. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA RELEVANTE CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2011

La jurisprudencia que existe sobre la Directiva 2004/113/CE no es muy abundante (24), sin embargo el TJUE ha tenido que abordar la relación entre el principio de la igualdad de sexo y los productos financieros en varias ocasiones.

De especial importancia es la sentencia del TJUE en el asunto *Lindorfer v Council of European Union* (25), toda vez que en ella se destacan las dificultades inherentes a la relación entre la igualdad de sexo y el cálculo de primas y prestaciones que estamos comentando. El contenido del asunto citado es de interés para nuestro trabajo a pesar de que la reclamación de la actora, la señora Lindorfer, no se basaba en la Directiva 2004/113/CE de bienes y servicios, sino en la Directiva de igualdad de trato. La actora, de nacionalidad austriaca, había contribuido a un plan de pensiones durante trece años, y solicitó transferir su pensión nacional a otro plan de pensiones. En el cálculo del número de años de pensión cotizados y que debían ser remunerados a la señora Lindorfer en el nuevo plan de pensiones, se utilizaron factores actuariales que podían variar conforme al sexo con el fin de tomar en consideración la mayor esperanza de vida de las mujeres. La señora Lindorfer interpuso una acción ante el Tribunal de Primera Instancia reclamando que la distinción en función del sexo era contraria al principio de igualdad de trato. Este Tribunal desestimó la acción porque

(23) En todo caso, conviene recordar que el artículo 6 de la Directiva 2004/113/CE permite que una disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

(24) Vid., European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, Sex discrimination in the access to and supply of goods and services and the transposition of Directive 2004/113 EC, July 2009.

(25) Asunto *Lindorfer v Council* [2007] ECR I-6767, C-227/04.

compartía el argumento del Consejo de que el uso de los factores que pueden variar conforme al sexo, con el fin de calcular el número de años extra de prestación por pensión debidos, era objetivamente justificable, por la necesidad de asegurar la gestión y solvencia del plan de pensiones. De manera más específica, el Tribunal de Primera Instancia consideró que esta gestión solvente requería la aplicación de factores como la posible promoción profesional del particular, y la probable duración, calculada sobre una base estadística, durante la cual el sujeto recibiría una pensión, toda vez que estos datos tienen una influencia directa en la responsabilidad y capacidad financiera, y en la que cada sujeto se implica de manera individual. Se declaró que estos factores dependen en particular del sexo del sujeto y de la edad de incorporación al sistema del plan de pensiones.

Este asunto fue objeto de apelación ante el TJUE que aceptó el argumento de la señora Lindorfer, de que la fórmula utilizada para convertir su pensión en créditos para ser transferidos en el nuevo plan de pensiones era discriminatoria por razón de sexo. En su decisión, el TJUE siguió la opinión del Abogado General en la que argumentó que, con el fin de observar esta discriminación en perspectiva, puede ser de ayuda imaginar la situación en la que (puesto que es perfectamente probable) las estadísticas puedan probar que el sujeto perteneciente a una etnia vive una media superior que el resto de su grupo. Tomar en consideración estas diferencias, en la determinación de la correlación entre la contribución y los derechos en el plan de pensiones de la Comunidad, resultaría completamente inaceptable, y no pudo considerar que el uso del factor del sexo resultara más aceptable que el del origen étnico.

En cualquier caso, el TJUE señaló que las normas para transferir a un plan de pensiones los derechos adquiridos en otro plan deben respetar el principio de igualdad de trato y, en consecuencia, tratar a sus miembros por igual, salvo que la diferencia de trato pueda ser objetivamente justificada. Más aún, el TJUE destacó que, si el mismo resultado puede ser obtenido con el uso de factores actuariales sin diferenciar el sexo, estos deben ser preferidos. Cabe preguntarse si esto significa que, si el mismo resultado no puede ser obtenido utilizando factores actuariales para ambos sexos, el del sexo debería ser utilizado. En este sentido, en teoría, no parece excluir categóricamente el uso del factor del sexo y la cuestión se deja abierta. Quizá más importante, desde un punto de vista práctico, es el hecho de que la base legal de la decisión del TJUE es la Directiva de igualdad de trato, en lugar del principio de igualdad previsto en el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea, que corresponde al vigente 157 TFUE. Una directiva tiene efecto directo frente a los Estados miembros y en la regulación de los Estados, incluyendo como en el caso, el Consejo de la Unión Europea; en consecuencia, dichos requisitos de igualdad de trato no son directamente aplicables frente a los planes privados de pensiones, salvo que los mismos tengan un reflejo en la legislación nacional.

Una posición más clara fue la adoptada por la Abogado General en el caso *Test-Achats* (26), y cuyo contenido fue seguido en la sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011, de manera tan sucinta que nos obliga a glosar el contenido de la opinión de la Abogado General. En este caso, la asociación de consumidores *Test-Achats* y dos particulares solicitaron al Tribunal Constitucional belga la anulación del desarrollo nacional de la Directiva 2004/113/CE (27). El Tribunal

(26) Opinión de la Abogado General J. Kokott, emitida el 30 de septiembre de 2010.

(27) La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional belga se refería al artículo 10 de la Ley de 21 de diciembre de 2007, equivalente al artículo 76.6 ROSSP,

belga formuló al TJUE dos cuestiones prejudiciales de interpretación. La primera, acerca de la compatibilidad del artículo 5(2) de la Directiva con el artículo 6(2) del Tratado de la Unión Europea, y en particular con el principio de igualdad y de no discriminación garantizado por dicha disposición. La segunda, y para el caso de contestar negativamente a la primera, si la situación cambiaría en el caso de se tratara de un seguro de vida. En suma, se trataba de determinar la compatibilidad, o no, de la excepción al principio de trato igualitario absoluto por razón de sexo al ámbito del Derecho del seguro, que la Directiva prevé para aquellos casos en que, por la naturaleza y función del contrato de seguro y por la necesidad de respetar los principios homogéneos y de tarificación de las primas, resulte inevitable aplicar un trato diferenciado por razón del sexo del asegurado, a efectos de los mecanismos asegurativos.

La Abogado General comenzó llamando la atención sobre el hecho de que la Unión Europea es una unión basada en una norma jurídica, y que en la Unión Europea todos los actos deben someterse al respeto a los derechos fundamentales y a los derechos humanos, enfatizando la importancia de la igualdad de sexo y el papel que este principio que ha llegado a jugar, en el contexto de la Unión Europea y en el derecho nacional. De este modo, y desde el principio, la Abogado General enfoca la cuestión de manera sesgada y orientada hacia una discriminación positiva, sin referirse a la admisión por el derecho comunitario de evaluar los riesgos a partir de datos actuariales y estadísticas, pertinentes y exactos, y presenta la consideración del sexo como factor de riesgo, como si fuera una opción voluntaria de las aseguradoras. Desde el principio, la Abogado General parece olvidar que el mercado asegurador ha de regirse por las normas que lo ordenan, y que una cosa es que dichas normas deban ser respetuosas con los derechos fundamentales, y otra cosa distinta es confundir los ámbitos de aplicación de los derechos fundamentales y del derecho del seguro.

A continuación, la Abogado General en lugar de limitarse a analizar la compatibilidad de la norma belga y la comunitaria, y en ocasiones abandonando el análisis técnico de la cuestión, se dedica a estudiar el *iter* preparatorio de la Directiva y las posiciones mantenidas por la Comisión Europea y el Consejo, proyectando su opinión sobre las mismas en la norma aprobada en la Directiva y a su compatibilidad, resultando todo ello irrelevante para el análisis de la cuestión prejudicial (28).

y que establece que «a la hora de determinar las primas y prestaciones de seguros podrá practicarse una distinción directa proporcionada por razón de sexo, en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Esta excepción es aplicable únicamente a los contratos de seguro de vida».

(28) Nos referimos en particular a los párrafos 21 y 22 de la Opinión de la Abogado General que señala que «en la exposición de motivos de su propuesta de Directiva, la Comisión, tras examinar detenidamente la problemática controvertida, se pronunció decididamente contra la posibilidad de admitir diferencias por razón de sexo en las primas y prestaciones de seguros y las declaró expresamente incompatibles con el principio de igualdad de trato», y, por tanto, considera «sorprendente que la Comisión defienda con ahínco en el presente procedimiento que el artículo 5(2) de la Directiva no contiene ninguna infracción del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, sosteniendo incluso que es expresión de dicho principio. Preguntada al respecto, la Comisión no ha sabido explicar razonadamente su repentino cambio de opinión». Se aparta igualmente del ámbito técnico en algunos párrafos de su opinión como son el 36 y el 37.

Seguido de esta parte introductoria, la Abogado General empieza a abordar la valoración técnica partiendo de la argumentación analógica entre la discriminación por razón de sexo y la discriminación por razón de raza (29). Señala que el Consejo no puede admitir, por ejemplo, la raza o el origen étnico de una persona como motivos de diferenciación en el sector de los seguros (30), fundamentándolo en que no existe excepción alguna a la consideración de la raza como factor actuarial en la propia Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Sin embargo, la consideración de la raza del asegurado en los seguros, como son el de vida o de salud, sobre la base de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos, no infringe el concepto de discriminación de la citada Directiva (31).

El resto de los razonamientos y argumentos emitidos por la Abogado General evidencian una separación entre la realidad de los mecanismos asegurativos y de las estadísticas que marcan el signo de la opinión que formula (32). En particular llama la atención las consideraciones recogidas en los párrafos 60 y 61, ó 66 a 68, en las que afirma que la certeza de la existencia de diferencias relevantes entre hombres y mujeres falta cuando las primas y prestaciones de seguros se calculan de manera diferenciada para ambos únicamente, o al menos de forma determinante, basándose en estadísticas; o rechaza el recurso al factor del riesgo por razones de comodidad; o igualmente rechaza que el efecto del incremento de las primas, para una parte o todos los asegurados, sea una causa objetiva que justifique la desigualdad de trato por razón de sexo. Todo ello es afirmado sin considerar que los mecanismos asegurativos, los márgenes de cobertura, o la calidad de la estadística necesaria para el cálculo de las primas, sufrirán como efecto necesario una pérdida de su calidad o valor.

A continuación de los argumentos expuestos, la Abogado General propone al TJUE, como ya hemos señalado, que declare la invalidez del artículo 5(2) de la Directiva 2004/113/CE por vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo, reconocida como derecho fundamental (33); o que, en el caso de considerarla compatible con el Derecho comunitario, declare expresamente que «dicha disposición, como norma que establece una excepción, debería ser interpretada restrictivamente. El cumplimiento de los requisitos que prevé para recurrir a datos actuariales y estadísticos diferenciados en función del sexo debería ser objeto de un control periódico y estricto por parte de las autoridades

(29) Vid. los párrafos 45 a 47 de la opinión de la Abogado General KOKOTT.

(30) En particular, en el párrafo 49 de la Opinión de la Abogado General KOKOTT, sostiene que es absolutamente inadmisible que, por ejemplo, un seguro médico establezca una diferenciación en el riesgo de padecer cáncer de piel en función del color de la piel del asegurado y, en consecuencia, exigiera a este una prima mayor o menor. Sorprende esta opinión cuando existen estudios publicados que muestran, sobre bases estadísticas, el diferente riesgo de cáncer de piel según las razas y etnias.

(31) Artículo 2 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

(32) Ejemplo de ello son los párrafos 50, o el 52 en el que señala que la discriminación por razón del sexo del asegurado no se centra en claras diferencias biológicas entre los asegurados. Se refiere más bien a supuestos en los que las diferencias en los riesgos de seguro pueden, a lo sumo, relacionarse con el sexo de forma estadística. La gravedad de la afirmación radica en el desconocimiento de la técnica actuarial.

(33) Vid. el párrafo 70 de la opinión de la Abogado General KOKOTT.

nacionales competentes, con vistas a respetar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres» (34), resultando acertada esta última consideración. La primera de las cuestiones prejudiciales concluye con la referencia a la necesidad de preservar la continuidad en las relaciones asegurativas, y la seguridad jurídica de los operadores del sector asegurador; y la concesión a los Estados miembros de un plazo razonable para acometer las consecuencias derivadas de la invalidez propuesta del artículo 5(2), a partir de la fecha en que el TJUE dicte sentencia (35).

La segunda de las cuestiones prejudiciales es analizada someramente por la Abogado General para concluir que el tratamiento igualitario, sin excepciones debe aplicarse a todos los seguros, incluidos expresamente los de vida (36).

La sucinta sentencia del TJUE asume en buena medida el enfoque adoptado por la Abogado General que hemos glosado. En efecto, tras una breve exposición del derecho aplicable al caso, y a sus postulados básicos acerca del principio de igualdad de trato, aborda la cuestión planteada declarando que «30. Es incontrovertido que el objetivo de la Directiva 2004/113 en el sector de los seguros consiste, tal y como se desprende de su artículo 5, apartado 1, en la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo. El decimoctavo considerando de dicha Directiva señala expresamente que, a fin de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. El decimonoveno considerando de dicha Directiva define la facultad concedida a los Estados miembros para no aplicar la norma de primas y prestaciones independientes del sexo como una «excepción». Por consiguiente, la Directiva 2004/113 parte de la premisa de que, en aras de la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado en los artículos 21 y 23 de la Carta, las situaciones en que se encuentran respectivamente las mujeres y los hombres a efectos de las primas y prestaciones de seguros que contratan son comparables. 31. Dadas las circunstancias, existe un riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres prevista en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113. 32. Dicho precepto, que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta. 33. Por consiguiente, dicho precepto ha de considerarse inválido tras la expiración de un periodo transitorio adecuado. 34. A la vista de cuanto antecede, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 se declara inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012. 35. Habida cuenta de dicha respuesta, no procede responder a la segunda cuestión prejudicial».

Los efectos de la clara contestación a la cuestión prejudicial se despliegan con carácter automático en todos los Estados miembros de la Unión Europea, al declarar que: «el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, 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, se declara inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012».

(34) Párrafo 72 de la opinión de la Abogado General Kokott.

(35) Párrafos 79 y 80 de la opinión de la Abogado General Kokott.

(36) Párrafo 86 de la opinión de la Abogado General Kokott.

V. CONCLUSIONES

La regulación legal y la jurisprudencia comentadas sobre la relación entre la discriminación por razón de sexo y el contrato de seguro, permiten concluir que la igualdad, de género en particular, es un derecho fundamental firmemente establecido en los ordenamientos jurídicos internos, y en el de la Unión Europea, que responde a imperativos socio jurídicos. Por ello, el trato diferente puede ser permitido de manera ocasional. En particular, la discriminación directa solo puede ser justificada en circunstancias limitadas y debe ser rigurosamente motivada.

Recientemente, el principio de igualdad se aplicaba exclusivamente al ámbito laboral, si bien la discriminación se presentaba en otros ámbitos. En el momento en que la Directiva 2004/113/CE, de bienes y servicios, ha pretendido colmar esta laguna, y extender el principio de igualdad más allá del lugar de trabajo, se ha constatado a través de la circunstancia planteada en el asunto *Test-Achats* que, al menos en parte, la Directiva 2004/113/CE ha fracasado en su propósito. A pesar de que tres años después de su desarrollo, algunos estudios sugieren que en los Estados miembros se ha mejorado la tutela en torno al sector del seguro (37), la situación se ha complicado más. En el ámbito del seguro, en lugar de una clara prohibición de discriminación, la Directiva 2004/113/CE ha establecido la regulación de un compromiso ambiguo que tiene como efecto que la discriminación directa puede ser justificada.

Sin embargo, una solución a más largo plazo y estable, a la relación compleja entre la igualdad y la tarificación en los seguros, debería establecerse en los siguientes términos. Se ha de partir de que la igualdad de género es un derecho fundamental y que su derogación solo es posible ante razones imperativas. La pregunta inmediata que nos formulamos es si los factores actuariales que toman en consideración el género en los contratos de seguro son, o no, motivos imperativos que lo justifiquen. Esta cuestión es la clave del problema, principalmente el modo en que se estructura el sector del seguro y cómo funciona. Las compañías aseguradoras argumentan que en los seguros se valora el riesgo de la manera más precisa y exacta posible, en orden a ofrecer un servicio competitivo. Como consecuencia de todo ello, hay algunos supuestos en los que se justificaría considerar el sexo en la valoración del riesgo.

Con el fin de contestar estas interrogantes, es necesario atribuir la relevancia que el uso del sexo como factor actuarial tiene en algunos contratos de seguro, y establecer si resulta posible calcular el riesgo de una manera alternativa (38). En cualquier caso, el artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE, al referirse genéricamente a los seguros y servicios financieros, omite la apreciación de las diferencias que existen entre los diferentes productos, que pueden presentarse como son el seguro de vida, el seguro de viaje, el seguro de circulación, el seguro de salud, etc. En algunos de estos seguros, el sexo debería ser considerado como el principal riesgo, o como uno de los elementos que han de ser considerados. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los seguros de vida, en los que el sexo es el principal factor a la hora de valorar el riesgo, mientras que en seguros como el de viaje el sexo es irrelevante. Esta circunstancia no resulta nueva toda vez

(37) Vid., *European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, Sex discrimination in the access to and supply of goods and services and the transposition of Directive 2004/113 EC*, July 2009.

(38) European Union Commissions, *Extended Assessment Impact*, SEC (2003) 1213, págs. 3 y sigs.

que ya se abordó y fue reiterada en el preámbulo de la Directiva 2004/113/CE al establecer que «determinadas categorías de riesgos pueden variar entre los sexos. En algunos casos, el sexo es uno de los factores pero no necesariamente el único en la determinación de los riesgos asegurados».

De la realidad constatada, tras el desarrollo legislativo por los Estados miembros de la Directiva 2004/113/CE, cabe deducir que debería existir alguna otra solución, como una previsión legal nueva, y algunos han abogado por una más drástica (39). En efecto, la mayoría de los Estados miembros han optado por lo preceptuado en el artículo 5(2) para al menos un tipo de contrato de seguro, en lugar de declarar inválida la cláusula optativa, como recomienda la Abogada General Kokott. Se ha constatado, por ejemplo, que en las legislaciones internas no existe una definición clara de términos fundamentales como son el «factor determinante», los «datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos», y las «diferencias proporcionadas en las primas», propiciando con ello permanentes discrepancias. Es más, la publicación de los requisitos es ambigua, vaga y, a menudo, la aplicación satisfactoria de la norma depende de cada interpretación concreta. Por el contrario, queda claro que la admisión de las excepciones a la igualdad debe serlo de manera suficientemente restringida, rígida y clara con el fin de evitar que el artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE frustre el principio fundamental de la igualdad de trato.

Hubiera sido deseable que la sentencia del TJUE, de 1 de marzo de 2011, arrojar algo de luz en torno a las ambigüedades inherentes al artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE que comentamos, en particular, que profundizara sobre la labor iniciada por la Abogada General en la distinción de los tipos de seguros, a los efectos de diferenciar el trato entre los sexos. Como ya señalamos, la sentencia del TJUE ha resultado sucinta en demasía, limitándose a seguir la opinión de la Abogada General y declarar la invalidez del artículo 5(2) de la Directiva 2004/113/CE. En atención a las dificultades que rodean este ámbito, en opinión de la Abogada General Kokott, un modo más efectivo de actuar, en este ámbito, sería redactar una cláusula optativa más rigurosa o estricta, en lugar de establecer una prohibición absoluta. En la práctica es probable que la sentencia comentada genere más ambigüedades y dudas sobre las que el TJUE tendrá que pronunciarse.

En todo caso, en el ordenamiento jurídico español (al igual que en otros ordenamientos) una consecuencia directa de la sentencia comentada es la necesaria modificación de la práctica y de la legislación, y su desarrollo reglamentario, en materia de los mecanismos de determinación de la prima del contrato de seguro privado, y su ordenación. En particular, porque a partir del 21 de diciembre de 2012, aquellos mecanismos de determinación de la prima que tomen en consideración el sexo del asegurado serán nulos. Los vigentes artículos 76.7 del Reglamento de Ordenación de Seguros y Supervisión (ROSSP), y el artículo 71 de la Ley de Igualdad, ya no podrán amparar los actuales mecanismos de determinación de la prima, y los citados preceptos serán contrarios al derecho comunitario.

A la luz de las experiencias en otros Estados miembros, otra de las consecuencias de la sentencia examinada es el previsible incremento de las primas ante la comentada pérdida del valor de los datos actuariales que, hasta el momento, son tenidos en cuenta por las compañías aseguradoras. El efecto que puede acarrear dicho incremento es el perjuicio directo de los asegurados cualquiera que sea su sexo, pues se producirán situaciones en las que unos asegurados hayan

(39) CARACCILO DI TORELLA, E., «On lies and statistics...», *op. cit.*, pág. 68.

de subsidiar a otros a través de las nuevas primas. Asimismo, es probable que se produzca una restricción de la competitividad con la consiguiente pérdida de eficiencia en el mercado.

Es cierto que el TJUE no puede excederse de sus funciones, lo que le impide modificar de manera sustancial la circunstancia que comentamos en este trabajo. La solución al problema suscitado requiere modificaciones que exceden del ámbito de actuación del TJUE, toda vez que subsisten las circunstancias que condujeron a la redacción de compromiso del artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE (40). En su actuación, el TJUE lógicamente ha de reiterar la importancia del principio de igualdad de trato, cuestión muy distinta de la de determinar si la igualdad de sexo es un factor actuarial y en qué casos lo es. En todo caso, conviene tener presente que, con independencia de la cláusula optativa del artículo 5(2), cabe afirmar que el artículo 5(1) no prohíbe categóricamente la diferencia de trato basada en el sexo, en la tarificación de los seguros privados: el artículo 5(1) no prohíbe esta práctica, como sugirió la Comisión en su propuesta original [art. 4(1) de la propuesta de Directiva]. El precepto se limita a exigir a los Estados miembros que garanticen que, en el ámbito nacional de la práctica del seguro, no se deriven prácticas y resultados discriminatorios.

Con independencia del contenido de la sentencia del TJUE y de las consiguientes medidas legislativas internas que hayan de ser adoptadas, el asunto del *Test-Achats* ha puesto en evidencia que la legislación en materia de igualdad de la Unión Europea requiere que el sector asegurador revise de una manera profunda y urgente el modo en que opera, con el fin de que cada persona sea tratada como un sujeto único e independiente, en lugar de hacerlo como un miembro perteneciente a un grupo. Solo así se conseguirá que el concepto de la igualdad de sexo de la Unión Europea de carácter individualista pase del papel a la realidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELL, M.: «Equality and the European Union Constitution», en *Ind. Law J.*, 33, 2004, págs. 242-260.
- CARACCIOLLO DI TORELLA, E.: «The principle of equality, the goods and services directive and insurance: a conceptual approach», en *Maastricht J. Eur. Comp. Law*, 13, 2006, págs. 339-350.
- «On lies and statistics: the relationship between gender equality and insurance», en *ERA-Forum: scripta iuris europaei*, 2011, v. 12, n. 1, April, págs. 59-70.
- CASTELLANETA, M.: «Esclusa la possibilità di discriminazione uomo-donna nei contratti stipulati con le compagnie assicurative», en *Guida al Diritto*, 2011, núm. 13, págs. 80-82.
- DONATI: *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1956.
- DE LA VEGA JUSTIBÓ, B.: *La jurisprudencia española en materia de seguro marítimo (1879-1998)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobierno Vasco, 2000, 158 págs.
- «Las políticas legislativas en materia de acción positiva y su incidencia en el contrato de seguro de salud», en *Discriminación por razón de edad y sexo*,

(40) OXERA, «The use of gender in insurance pricing: analyzing the impact of a potential ban on the use gender as a rating factor», en *ABI Research Paper*, n. 24, 2010.

- Retos pendientes del Estado Social*, directores: CRESPO GARRIDO, M. y MORETÓN SANZ, F. Presentación: LASARTE ÁLVAREZ, C., Colex, 1.^a ed., 2011, págs. 55-76.
- MASSELOT, A.: «The state of gender equality law in the European Union», en *Eur. Law J.*, 13 (2) 2007.
- MOK, M. R.: *Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 2011, núm. 120.
- OXERA: «The use of gender in insurance pricing: analyzing the impact of a potential ban on the use gender as a rating factor», en *Abi Research Paper*, núm. 24, 2010.
- PICOD, F.: «Invalidité d'une dérogation en faveur des femmes», en *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011, núm. 11-12, pág. 543.
- SÁNCHEZ CALERO: «Artículo 4. Existencia del riesgo», en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Director: SÁNCHEZ CALERO, Pamplona, 4.^a ed., 2010.
- THIERY, Y.: «The opinion of A. G. Kokott on gender discrimination in insurance: effects for the insurance market», en *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2011, Jahrg. 8, núm. 1, pág. 28-31.
- THÜSING, G.: «Gleichbehandlung von Männern und Frauen», en *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2010 págs. 27-28.
- X: «Primes d'assurances: respect de l'égalité hommes-femmes», en *Recueil Le Dalloz*, 2011, núm. 11, pág. 746.
- URÍA/MENÉNDEZ/ALONSO SOTO: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Madrid, 2001.
- VAN SCHOUBROECK, C., THIERRY, Y.: «Fairness and equality in insurance classification», en *Geneva Pap.*, 31, 2006, págs. 190-211.
- VÁZQUEZ CUETO: *La obligación de pago de la prima en la Ley de contrato de seguro*, Valencia, 2007.
- VEIGA COPO, A., y SÁNCHEZ GRAELLS: «Discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro», en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, marzo, 2011, págs. 6-33.
- WADDINGTON, L.: «The development of a new generation of sex equality directives», en *Maastricht J. Eur. Com. Law*, 11, 2004, pág. 1.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

- European Union Commissions, Extended Assessment Impact, SEC (2003) 1213.
- European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, Sex discrimination in the access to and supply of goods and services and the transposition of Directive 2004/113 EC, July 2009.
- EC Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Study on the use of age, sex, religion or belief, racial or ethnic and sexual orientation in financial services, i particular in the insurance and banking sector; Main Report, CIVIC Consulting, 2010.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 20 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/2284).
- STS de 16 de mayo de 1991 (*RJ* 1991/3677).

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

Asunto C-236/09 Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des Ministres.

Asunto Lindorfer v Council [2007] ECR I-6767, C-227/04.

Asunto 305/05 Ordres the barreaux francophones et germanophone and others 2007 ECR I-5305.

Asunto C-303/06, S. Coleman v Attridge Law and Steve Law [2008] ECR 5603.

RESUMEN

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO PRIMA DEL CONTRATO DE SEGURO

La STJUE (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, en el Asunto C-236/09, declara inválido el apartado segundo del artículo 5 de la Directiva 2004/113/CE, que permite a los Estados miembros establecer o no la existencia de primas y prestaciones diferenciadas por sexos. Los mecanismos de determinación de la prima que tengan en consideración el sexo serán nulos, a partir del 21 de diciembre de 2012. Esta política tarifaria provocará, probablemente, un incremento de las primas, lo que requiere una modificación legislativa en la regulación del Derecho de seguros español.

ABSTRACT

SEX-BASED DISCRIMINATION INSURANCE PREMIUM

On 1 March 2011, the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) declared in Case C-236/09 that article 5(2) of Directive 2004/113/EC allowing the Member States freedom to establish sex-differentiated premiums and benefits was invalid. Premium-calculating mechanisms that factor in sex will be void as of 21 December 2012. This rate policy will probably cause a spike in premiums, which will require the amendment of Spanish insurance legislation.

EL AUTOCONTRATO EN LA FUNDACIÓN DE SOCIEDADES

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y LOS CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE SOCIOS.—III. AUTOCONTRATACIÓN. FACULTADES Y DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. LOS CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE LA SOCIEDAD Y SUS ADMINISTRADORES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.