



Roj: **SAP Z 1398/2013 - ECLI:ES:APZ:2013:1398**

Id Cendoj: **50297370052013100198**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **14/06/2013**

Nº de Recurso: **238/2013**

Nº de Resolución: **311/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER SEOANE PRADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Zaragoza, núm. 10, 19-03-2013,
SAP Z 1398/2013**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00311/2013

SENTENCIA núm.311 /2013

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

Magistrados:

D. JAVIER SEOANE PRADO

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA catorce de junio de dos mil trece

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 759/2012, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 238/2013, en los que aparece como parte apelante, CASER, representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA SUSANA DE TORRE LERENA, asistido por el Letrado D. JOSE LUIS TORRALBA MARCO, y como parte apelada, Rodrigo , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA LUISA HUETO SAENZ, asistido por el Letrado D. JESUS PEREZ SANTANDER CABALLERO, siendo el Magistrado Ponente - el Ilmo. D. JAVIER SEOANE PRADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 19 de marzo de 2013 , cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: Que estimando la demanda formulada por D. Rodrigo contra CASER, en reclamación de derecho y cantidad, debo declarar y declaro la obligación de CASER de incluir como asegurado en la póliza de salud nº NUM000 al menor Marco Antonio , con efectos retroactivos desde la fecha 1 de noviembre de 2011, con todos sus derechos y obligaciones y sin exclusión de posibles enfermedades o deformaciones congénitas, desde el momento de su nacimiento y con el coste proporcional e incremento de prima correspondiente al aumento de un miembro más de la unidad familiar, en condiciones equitativas al precio al precio que actualmente se abona por persona para los tres miembros de la unidad familiar; asimismo, debo declarar y



declaro la obligación de CASER de pagar al actor la totalidad de gastos médicos abonados por los tratamientos y operaciones quirúrgicas ya realizadas hasta el presente momento al menor Marco Antonio con el fin de corregir la malformación congénita que padece cuyo importe es de DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS Y VEINTISEIS CÉNTIMOS (19.488,26 EUROS).

Finalmente debo declarar y declaro la obligación de CASER de sufragar los gastos médicos por tratamientos y operaciones que fueran precisos en el futuro hasta la completa corrección de la malformación congénita del menor Marco Antonio ; procede condenar a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones y al abono de la suma reclamada por gastos médicos ya devengados en cantidad de DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS Y VEINTISEIS CENTIMOS (19.488,26 euros) más los intereses legales y las costas procesales causadas.

". **SEGUNDO.**- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de - CASER - se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y CD, y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 10 de junio de 2013.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y;

PRIMERO .- CASER recurre la sentencia que estimó la demanda que D. Rodrigo interpuso contra ella en reclamación de 19.488'26 ? como prestación debida por el contrato de seguro de asistencia sanitaria concertado el día 14-2-2007 mediante la póliza nº NUM001 , denominada " CASER SALUD INTERGRAL", suma que se corresponde con el coste del tratamiento médico precisado por su hijo Marco Antonio , que lo es por haber sido adoptado en la república de China, para corregir la malformación congénita de labio leporino bilateral.

Son datos indiscutidos que:

1. La póliza fue contrata el día 14-2-2007.
2. El actor formuló una solicitud de adopción en 2007 y en julio de 2011 le es comunicada la posibilidad de adopción de un niño de cinco meses nacido en China con labio leporino bilateral, y decidieron adoptarlo en el plazo de 24 horas dado al efecto.
3. El adoptado nació en China el día 12-2-2011 con labio leporino bilateral, cuya corrección importa la suma reclamada.
4. La adopción se otorgó el día 1-11-2011, y fue inscrita en el registro civil de Zaragoza el día 2 de diciembre de 2011.
5. El actor solicitó la inclusión de su hijo como asegurado en el contrato el día 14-11-2011.
6. Dicha parte rellenó un cuestionario de salud de su hijo en el que hacía constar la malformación indicada el mismo día de la solicitud.
7. La aseguradora denegó la inclusión mediante comunicación de 23-11-2011, en la que indicaba:
"Una vez analizada su solicitud de seguro de Asistencia Sanitaria, y según los criterios de selección de riesgos establecidos por nuestra compañía, no podemos proceder a formalizar dicha inclusión"
8. Mediante comunicación de 14-10-2011 la aseguradora hace saber al actor que a partir de 2012 las familias que adopten un hijo podrán incluirlos en la póliza de salud con las mismas garantías que si el niño hubiera nacido con Caser Salud, sin necesidad de cuestionario de salud, con asunción de enfermedades preexistentes como si fuera un recién nacido.

Y son cláusulas contenidas en el condicionado general a tener en cuenta las que siguen:

Art. 1º DEFINICIONES :

ENFERMEDAD, LESIÓN, DEFECTO O MALFORMACIÓN CONGÉNITA: Es aquella que existe en el momento del nacimiento, como consecuencia de factores hereditarios o afecciones adquiridas durante la gestación hasta el mismo momento del nacimiento. Una afección congénita puede manifestarse y ser reconocida



inmediatamente después de la nacimiento, o bien ser descubierta más tarde, en cualquier período de la vida del Asegurado.

ENFERMEDAD PREEXISTENTE: Es la padecida por el asegurado con anterioridad a la fecha de su efectiva incorporación (alta) en la póliza.

Art. 4º RIESGOS EXCLUIDOS

f) La Asistencia Sanitaria de toda clase de enfermedades, lesiones, defectos o deformaciones congénitas o preexistentes a la fecha de efecto del alta de cada Asegurado en la póliza, aún cuando no se hubiera establecido un diagnóstico concreto, salvo que dichas enfermedades, lesiones, defectos o deformaciones hayan sido declaradas por el Tomador o Asegurado en el cuestionario de salud y expresamente aceptada su cobertura por el Asegurador en Condiciones Particulares. Esta exclusión no afectará a los Asegurados incorporados a la póliza desde su nacimiento conforme el punto 1. e) del Artículo 10º.

Art. 10º OTRAS OBLIGACIONES, DEBERES Y FACULTADES DEL TOMADOR DEL SEGURO O DEL ASEGURADO

d) Comunicar al Asegurador, tan pronto le sea posible, las altas y bajas de Asegurados que se produzcan durante la vigencia de la póliza, tomando efecto las altas el día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación efectuada por el Tomador y las bajas el día 31 de diciembre de dicho año, procediéndose a la adaptación del importe de la prima a la nueva situación.

e) Cuando las altas se refieran a los hijos recién nacidos del Asegurado, éstos tendrán derecho a ser incluidos en la póliza de la madre con todos sus derechos y obligaciones y sin exclusión de posibles enfermedades o deformaciones congénitas, desde el momento de su nacimiento. Para ello, el Tomador deberá comunicar al Asegurador tal circunstancia dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la fecha del alumbramiento, mediante la cumplimentación de una solicitud de seguro. Las altas comunicadas en plazo retrotraerán sus efectos a la fecha del nacimiento, no aplicándose periodo de carencia superior al que faltase por consumir a la madre.

Si el alta del recién nacido se comunica con posterioridad al plazo indicado, será necesario cumplimentar el Cuestionario de Salud y el Asegurador podrá denegar la admisión. De aceptarse el nuevo Asegurado, serán aplicables a éste los periodos de carencia establecidos en el Artículo 60 de estas Condiciones Generales.

En todo caso, el Asegurador cubrirá la Asistencia Sanitaria al recién nacido durante los primeros quince (15) días naturales de vida, finalizando la cobertura transcurrido dicho plazo, si no se hubiera solicitado su alta conforme a lo establecido en el párrafo primero de este apartado.

Con tales elementos, la sentencia de primer grado erige como ratio decidendi de su decisión el derecho de todos a la igualdad sin discriminación por razón de nacimiento o de cualquier otra condición o circunstancia personal o social que proclama el art. 14 CE, la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, garantizada por el arts 39.2 de la constitución, y entiende que denegar la inclusión del menor en la cobertura por razón de que no son equiparables la adopción y la paternidad biológica, como sostiene la demandada, implica una discriminación contraria a los indicados principios y derechos constitucionales, por lo que da lugar a la demanda.

La recurrente sostiene en su recurso que la filiación adoptiva y la biológica son supuestos distintos, y su tratamiento diferenciado es posible en el ámbito contractual en el que rige el principio de autonomía de la voluntad, por lo que es perfectamente válido someter la inclusión de unos y otros como asegurados en la póliza de cobertura sanitaria a diferentes requisitos. De otro lado, insiste en que en el presente caso no existe el factor aleatorio del contrato de seguro, pues el actor era perfectamente conocedor de la malformación congénita al tiempo de la adopción y de la posterior solicitud de inclusión como asegurado, lo que determinaría la nulidad de tal inclusión, al menos en lo que al tratamiento de dicha condición física se refiere, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 L 50/1980. Asimismo, y en línea con lo anterior, sostiene que sería en todo caso de aplicación la causa de exclusión señalada en el art. 4º del clausulado general, ya que estaríamos en el supuesto de una malformación genética no afectada por el art. 10º, en tanto que dicha cláusula no contempla a los hijos adoptados. Finalmente, afirma que, conforme a las reglas de interpretación del contrato de seguro en los términos en que estaba vigente al día de la solicitud de alta, lo hijos adoptados no se hallaban incluidos en la póliza, como lo muestra la posterior ampliación de cobertura.

SEGUNDO .- Según ha quedado expuesto, el juzgador de primer grado estima la demanda sobre la sola base de que el rechazo de la solicitud de inclusión del menor adoptado en la cobertura dispensada por el seguro concertado implica una discriminación por razón de filiación prohibida por el art. 14 CE, norma a la que cabe añadir, dentro de la legalidad ordinaria, el art. 108 CC.



Replica el recurrente a tal argumento que se trata de un contrato entre particulares sometido a los principios de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), y que en tal ámbito puede ser incorporado un trato distinto entre descendientes según lo sean por nacimiento o por adopción.

Se plantea así la cuestión que ha sido identificada como *horizontalidad de los derechos fundamentales* , o, lo que es lo mismo, cuál ha de ser su eficacia en las relaciones entre particulares, que tiene su origen en la jurisprudencia constitucional alemana de los años cincuenta bajo la expresión **Drittwirkung** der Grundrech, y que ha sido afrontada por diversas SSTC, entre las que pueden ser destacadas las nº 177/1988 , 114/1995 o la 18/1984 , la primera de las cuales, con cita de la última, afirma que:

"Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato."

Esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha sido admitida igualmente, bajo la fórmula de la llamada *asunción judicial*, por el TEDH en su S de 13 julio de 2004, Caso PLA Y PUNCERNAU v. ANDORRA, en la que el tribunal dice:

"Ciertamente, no corresponde al tribunal decidir disputas de naturaleza puramente privada. Dicho esto, ejerciendo la supervisión que le corresponde, no puede permanecer pasivo cuando la interpretación de un acto legal hecha por un tribunal nacional, sea una disposición testamentaria, un contrato privado, un documento público, una previsión normativa o una práctica administrativa se presente como irrazonable, arbitraria o, como en el caso presente, claramente inconsistente con la prohibición de discriminación establecida por el art. 14 y más generalmente con los principios que inspiran el Convenio"

De acuerdo con dicha doctrina, a la que se ha referido en alguna ocasión el TS (v.gr. STS 902/2006), sí es posible la protección por los tribunales de las lesiones de derechos fundamentales que puedan provenir de actos de particulares (pese a los arts. 53.2 y 161.1.b CE y 41 LOTC), si bien es cierto, que, para evitar la invasión del derecho constitucional en del ámbito de la contratación privada, regida por el principio de libertad y de autonomía de la voluntad, el juez debe respetar la libertad individual en los conflictos horizontales, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada, del de libertad contractual y, en definitiva, del Derecho Privado, de ahí que la doctrina de la **Drittwirkung** deba reservarse, rigurosamente, a supuestos de grave infracción de derechos fundamentales.

Pues bien, en el presente caso, la discriminación que se afirma producida es entre hijos por razón de su filiación adoptiva, y la misma se encuentra proscrita tanto por los arts. 14 y 39.2 CE , como por el art. 108 CC , y así lo han entendido reiteradamente el TC (Pleno, Sentencia 200/2001 de 4 Oct. 2001), como el TS (SS 613/2010 y 902/2006). La igualdad de los hijos adoptivos respecto de los biológicos se encuentra igualmente garantizada por el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, como se ha ocupado de señalar el TEDH en su S de 13 julio de 2004 (Caso PLA AND PUNCERNAU v. ANDORRA)

Por otro lado, ha de ser destacado que la discriminación de que se trata derivaría de la interpretación que la aseguradora realiza del condicionado general de un seguro concertado por un consumidor, supuesto en el que el principio de igualdad en la contratación se encuentra seriamente matizado.

En consecuencia, no encontramos obstáculo alguno a la acoger la eficacia horizontal del derecho fundamental a la no discriminación por razón de filiación.

TERCERO .- La cuestión es, entonces, si en el concreto supuesto se ha producido efectivamente un quebranto del derecho a la no discriminación por el rechazo de la aseguradora a incluir al menor adoptado en la cobertura, lo que solo cabría entender si el distinto trato viene dado por el diferente origen de la filiación de unos y otros beneficiarios, esto es, por su condición de hijos adoptivos o de hijos por naturaleza, sin justificación en otras consideraciones que lo sustenten, y en tal sentido puede ser recordada la doctrina jurisprudencial emanada del TEDH (GAYGUSUZ V. AUSTRIA , de 16 September 1996 LARKOS v. CYPRUS, de 18-2-1999 , WILLIS V REINO UNIDO, de 11 de junio de 2002).

..... una diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo, o si no hay una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir

Doctrina que asimismo es recogida en las SSTC español, como por ejemplo las nº 126/1997 , 20/2001 o 180/2001 .

Pues bien, la lectura de las cláusulas contractuales más arriba transcritas evidencia que los hijos por la naturaleza tienen derecho a la inclusión inmediata en la cobertura contratada sin necesidad de rellenar un



cuestionario de salud, ni de someterse a previa valoración por la aseguradora, y sin exclusión de posibles enfermedades o deformaciones congénitas, con tal de que los padres comuniquen el advenimiento de nuevo hijo en el plazo de treinta días a contactar desde que tuvo lugar.

La denegación de la inclusión, según se lee en la comunicación de rechazo de 23-11-2011, es debida a los criterios de valoración de riesgos, por lo que no cabe sino concluir que dicha denegación se produjo por la malformación genética que no habría podido dar lugar a ella de haberse tratado de un hijo biológico, lo que hace palmaria la discriminación que se produce para el adoptivo.

CUARTO.- A lo dicho no puede ser opuesto que, según las condiciones generales que rigen el contrato, para que tal inclusión inmediata pudiera producirse sería necesario que la comunicación hubiera sido hecha en el plazo de treinta días a contar del nacimiento, lo que no ha sido cumplido en el presente caso según la interpretación de las mismas que hace la demandada, pues el nacimiento del bebé tuvo lugar el día 12-2-2011 y la comunicación el día 14-11-2011.

Si como es reconocido la situación del adoptado no se halla contemplada en la póliza, y si, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que se deja mencionada, la regla de no discriminación exige la interpretación de los actos legales en clave de igualdad entre hijos, es de concluir que el plazo ha de ser contado desde la fecha de la incorporación del menor a la familia de los adoptantes en su condición de hijo, lo que no tuvo lugar sino hasta la fecha en que la adopción fue concedida, esto es el 1-11-2011, con observancia del mentado plazo, pues de otro modo el adoptado solo podría acogerse a la cobertura en muy contados supuestos en los que todo el expediente de adopción fuera tramitado en treinta días siguientes al alumbramiento.

QUINTO .- Tampoco vale en contra de lo dicho el argumento de que la incorporación del menor a la póliza sería contraria a la exigencia de riesgo que contiene el art. 4 L 50/1980, pues según ha afirmado sin contradicción el actor, careció de toda posibilidad de elección del hijo a adoptar, que le fue impuesto por las autoridades que tramitaron su solicitud de adopción internacional presentada en 2007, según es de ver en la certificación expedida por el departamento de Sanidad Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón de 22-11-2011, y la misma situación se daría respecto de un biológico nacido con malformaciones cuya inclusión se solicitara en momento posterior a que hubieran sido advertidas. Por tanto, el riesgo a considerar sería el advenimiento de un hijo con malformaciones que exija la prestación sanitaria asegurada, y éste se da en igual medida en ambos casos, por lo que la admisión en la cobertura en un caso y la exclusión en otro por razón de falta de riesgo sería igualmente contrario al criterio rector de no discriminación que ha de guiar la ejecución y la interpretación del condicionado general.

SEXTO .- Las costas de esta alzada se rigen por el art. 398 LEC , y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ .

VISTOS.- los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

1. Desestimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 19-3-2013 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 en los autos nº 759/2012, que confirmamos.
2. Imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente.
3. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y por infracción procesal, si es interpuesto conjuntamente con aquél ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos