RESOLUCIÓN N° 085/19

**Vistos:**

Que, el 6 de mayo de 2019 doña ....................., interpone reclamación ante esta Defensoría del Asegurado (DEFASEG), solicitando que ..................... COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS (.....................) otorgue debida cobertura a las pruebas ordenadas por su médico tratante, derivadas de tumoraciones mamarias, conforme al Seguro de Salud – Póliza Nro. ....................., con vigencia del 16 de octubre de 2018 al 16 de octubre de 2019;

Que, la señalada reclamación cumple con los requisitos de materia, cuantía y oportunidad establecidos en el reglamento de la DEFASEG (http://www.defaseg.com.pe/reglamento);

Que, habiéndosele corrido traslado de la señalada reclamación, el 16 de mayo de 2019 ..................... solicitó que se le otorgue un plazo adicional de siete (7) días hábiles para presentar sus descargos y la correspondiente documentación, lo cual cumplió finalmente con realizar el 5 de junio de 2019;

Que, el 17 de junio de 2019 se realizó la audiencia de vista con la sola concurrencia del representante de la aseguradora, quien sustentó su posición sobre los alcances de la reclamación, absolviendo las preguntas formuladas por este colegiado, conforme consta de la correspondiente acta, habiéndose dejado constancia de la inasistencia de la reclamante pese a haber sido oportunamente notificada de la programación de la audiencia;

Que, la reclamación se sustenta resumidamente en los hechos y fundamentos siguientes: a) Con fecha 16 de octubre de 2018 contrató, con la intermediación de una asesora de seguros de ....................., un seguro de salud ajo el plan denominado Trébol Seguro, siendo que al día siguiente le hicieron llegar un correo de bienvenida, acompañando la póliza y el respectivo comprobante de pago, póliza en la que se menciona un período de carencia de 10 meses por cáncer, sin hacer mención alguna a carencia por tumoraciones benignas, b) Una vez que se comienza a utilizar el seguro, se atendió en ginecología de la Clínica Delgado, siendo que el médico tratante le ordenó una ecografía de mamas, la que se realizó el 3 de enero de 2019, concluyéndose en la existencia de “quistes complicados en mama derecha”, ordenándose una resonancia (RM), para lo cual la Clínica Delgado solicitó la respectiva carta de garantía a ....................., siendo que el 16 de enero de 2019 se le informó que la aseguradora había rechazado otorgarla, siendo que la clínica le informó de manera verbal que la aseguradora había decidido unilateralmente aplicar un período de carencia desconocido por la asegurada, c) Debe destacarse que el médico tratante ordenó la resonancia porque no había podido concluir anteriormente que había tumores (benignos o malignos), siendo que el periodo de carencia sólo aplicaba para cáncer y no para otras causales, d) Realizó por su cuenta la referida resonancia de mama, el 16 de febrero de 2019, hallándose una “imagen sugestiva de quistes complejos”, sugiriéndose que se practique un estudio anatomo patológico, especialidad de mastología, ordenándose que se realice una cirugía para analizar los referidos quistes; e) En razón de lo anterior, la Clínica Delgado solicitó a ..................... que apruebe la respectiva carta de garantía, siendo que el 7 de marzo de 2019 se le informó por la clínica que la aseguradora había rechazado otorgarla, pese a que no hay un diagnóstico oncológico, siendo esto último la única causal prevista para la carencia, f) Siendo que la reclamante expresó su malestar a la aseguradora, recién el 8 de marzo de 2019 se le informa sobre la existencia de condicionados generales y particulares de la póliza, siendo que inclusive, vía WhatsApp, la propia representante de la aseguradora aceptó que recién estaba enviando los condicionados, lo cual se había omitido anteriormente, g) Por último, el 12 de marzo de 2019 la aseguradora le comunicó que anulaba la póliza por supuesta reticencia o declaración inexacta, por preexistencias que no fueron declaradas al momento de contratar, h) No encontrándose de acuerdo con la negativa de extender las cartas de garantía, siendo que la aseguradora ha faltado al deber de información, y no correspondiendo la pretendida anulación del contrato por supuesta reticencia, se acude a la DEFASEG, i) La reclamante destaca que, habiendo contratado el seguro de salud, mediante correo electrónico del 17 de octubre de 2018 sólo se le hizo llegar las condiciones particulares, siendo que luego de los dos rechazos a extender las cartas de garantía, recién se le hizo llegar los condicionados, siendo que ..................... intenta aplicarle condiciones que no le fueron informadas oportunamente, sino seis meses después de la contratación, inobservándose lo establecido en el artículo 26 de la Ley del Contrato de Seguro, lo cual no le permitió conocer sobre los distintos períodos de carencia de la póliza contratada, ya que recién desde marzo de 2019 dispone de la documentación completa, j) Sin perjuicio de lo expresado, cuestiona que ..................... asimile un quiste a un “tumor benigno”, para aplicar el período de carencia establecido para los quistes benignos, siendo que los propios médicos tratantes desconocían, y desconocen hasta la fecha, el tipo exacto de quiste que fue hallado, por lo que la aseguradora se tomó la atribución de realizar interpretaciones médicas de manera irresponsable; un quiste es una “formación similar a un saco que se encuentra rodeada de una membrana y que en su interior contiene líquido o materias alteradas”, siendo que un tumor es un “crecimiento anormal de tejidos, que puede ser benigno o maligno”; se aprecia, por lo tanto, que en su caso no aplicaba el período de carencia para la cobertura de cáncer, ya que no había un diagnóstico de dicho tipo, k) Siendo que había contradicho la negativa injustificada de otorgar las cartas de garantía, la aseguradora procedió a anular la póliza por supuesta reticencia, conforme al artículo 8 de la Ley del Contrato de Seguro, por cuanto en una auditoría médica realizada en la clínica Delgado y en el Policlínico EsSalud Pablo Bermúdez, se verificó diversos antecedentes patológicos no declarados con ocasión de contratar (Hipertrofia de cornetes nasales; año 2016; Esofagitis por reflujo, año 2016; Pólipo Hiperplásico Gástrico, año 2016; Agenesia Renal Unilateral Congénita, año 2016; Trastorno de menisco debido a desgarro o lesión antigua, año 2011, y Gonartrosis Bilateral, año 2011); sin embargo, la aseguradora no considera la existencia de una póliza de salud contratada anteriormente por el período 2015 a 2017 (póliza Nro. .....................), bajo cuya vigencia se diagnosticaron las enfermedades referidas al año 2016, por lo que .....................SEGUROS tuvo conocimiento de las mismas; de otro lado, en lo relativo a los otros dos diagnósticos, del año 2011, conforme al examen clínico realizado en Cardio Clinic, a solicitud de la entidad para la cual labora actualmente (examen de aptitud médico ocupacional), del 26 de febrero de 2019, se indica que no se encontraron lesiones, consecuencias o algún detalle crónicos en articulaciones, rodillas o piernas, por lo que no puede tomarse como preexistencia a la consecuencia de una caída ocurrida hace 8 años, l) De otro lado, en razón de lo establecido en el artículo 15 de la Ley del Contrato de Seguro, incisos a) y b), de haber habido la reticencia, subsiste el contrato, por lo que no puede anularse, dado que al momento de la celebración de la póliza, la aseguradora conocía o debía haber conocido del verdadero estado del riesgo, siendo además que las circunstancias omitidas o declaradas de manera inexacta cesaron antes de ocurrir el siniestro, no influyendo en su producción ni en la medida de la indemnización o prestación debida, ll) De igual manera, corresponde tener en cuenta lo establecido en el artículo 9 de la Ley del Contrato de Seguro, que sólo permite anular la póliza dentro de los treinta (30) días desde que el asegurador conoce la reticencia o declaración inexacta, plazo que en el presente caso debe computarse desde que se celebró el contrato, m) Por último, se destaca que, en cualquier caso, no correspondiendo imputarle dolo, lo que debió corresponder -si la aseguradora recién tomaba conocimiento- era aplicar lo establecido en el artículo 13 de la Ley del Contrato de Seguro, ofreciendo una revisión del contrato con reajuste de primas, y no asumir que hubo dolo y anular la póliza, causando indefensión y perjuicio al asegurado, máxime cuando se recurre a diagnósticos muy anteriores para evitar asumir las obligaciones que sí le corresponden a ....................., teniendo en consideración los hechos precedentemente expuestos:

Que, por su parte, ..................... solicita que la reclamación sea desestimada, atendiendo resumidamente a lo siguiente: a) Como cuestión de orden destaca que su defensa estará centrada en los argumentos invocados para fines de la carta de declaración de nulidad del contrato de seguro por reticencia y/o declaración inexacta dolosa, con arreglo al Reglamento de la DEFASEG que establece que los reclamos deben estar referidos a las causas o razones por las cuales se deniega la atención de cobertura; por ello, en un primer plano se destacará lo relativo a la omisión reticente y, en un segundo plano, se tratará sobre los hechos relativos a la falta de aprobación de las cartas de garantía debido a los períodos de carencia y/o espera, b) De acuerdo a la auditoría practicada, se constató que la señora ..................... presentaba como antecedentes de salud las enfermedades siguientes: Hipertrofia de cornetes nasales, diagnóstico 15.12.2016; Esofagitis por reflujo, diagnóstico 18.10.2016; Pólipo Hiperplásico Gástrico, diagnóstico 24.10.2016; Agenesia Renal Unilateral Congénita, diagnóstico 29.09.2016; Trastorno de menisco debido a desgarro o lesión antigua, diagnóstico 18.07.2011, y Gonartrosis Bilateral, diagnóstico 18.07.2011, siendo que todas esas enfermedades se determinaron antes de la entrada en vigencia de la póliza Nro. ....................., siendo que las cuatro primeras fueron determinadas cuando ya había finalizado la vigencia de la póliza anterior, Nro. ....................., apreciándose que dentro del período siguiente de dos años la reclamante no estuvo asegurada, c) Con fecha 16 de octubre de 2018, para fines de contratar el seguro Trébol Salud, la reclamante suscribió una declaración de salud, negando expresamente padecer de enfermedades del aparato respiratorio (omitió Hipertrofia de cornetes nasales), del aparato digestivo o pared abdominal (omitió Esofagitis por reflujo y Pólipo Hiperplásico Gástrico), del aparato genitourinario (omitió Agenesia Renal Unilateral Congénita), así como negando padecer enfermedades o dolencias de los huesos, articulaciones, columna vertebral y músculos (omitió Trastorno de menisco debido a desgarro o lesión antigua y Gonartrosis Bilateral), así como tumores benignos o malignos, enfermedades oncológicas o cáncer (omitió Pólipo Hiperplásico Gástrico), y enfermedades o defectos congénitos, genéticos o adquiridos al nacer (omitió Agenesia Renal Unilateral Congénita); dichas omisiones están sancionadas legalmente con la nulidad del contrato por reticencia o declaración inexacta, siendo que su omisión fue deliberada, impidiendo así que ..................... pudiera efectuar una adecuada estimación del riesgo que le hubiese permitido adoptar una decisión distinta sobre el aseguramiento, sea colocando condiciones especiales o no aceptando ciertos riesgos, d) ..................... no conocía, ni tenía cómo conocer sobre el verdadero estado de salud de la actual reclamante, porque las cuatro primeras enfermedades fueron diagnosticadas en el arco de tiempo que se extiende desde que feneció la primera póliza contratada hasta el inicio de la segunda póliza; es más, tratándose de la enfermedad de Gonartrosis Bilateral que la asegurada afirma que está curada, lo que explica que el examen médico ocupacional no la haya detectado, debe considerarse que dicho examen sólo tiene por finalidad determinar si existen dolencias que impidan al trabajador desarrollar labores, siendo que al ser abogada la reclamante, su actividad es meramente intelectual, siendo que su enfermedad no representa un obstáculo para laborar; en consecuencia, por tratarse todas ellas de enfermedades diagnosticadas, conocidas y no resueltas antes de la contratación de la póliza, por el hecho de haber negado las mismas, se justifica la nulidad del contrato por reticencia, la cual se ratifica, y e) Por último, en lo que concierne a las cartas de garantía, es cierto que antes de conocer de la causas de nulidad del contrato de seguro se procedió a evaluar las solicitudes de las mismas presentadas por la Clínica Delgado para los exámenes de tumoración de mama, ante lo cual se aplicó el respectivo período de espera contenido en la póliza; sin embargo, debe destacarse que dichas situaciones ya han quedado fuera de todo contexto por cuanto el respectivo contrato de seguro ha quedado sin efectos por la nulidad anteriormente referida;

Que, a la fecha, el estado del proceso permite que este colegiado pueda expedir su pronunciamiento sobre el caso sometido a su conocimiento;

**Considerando:**

**Primero:** Conforme a su reglamento, laDEFASEG está orientada a la protección de los derechos de los asegurados o usuarios de los servicios del seguro privado contratados en el país, mediante la solución de controversias que se susciten con las empresas aseguradoras, entendiéndose por “asegurados” y “usuarios de seguros” a los asegurados propiamente dichos, a los contratantes del respectivo seguro y/o a los beneficiarios nombrados en las pólizas.

**Segundo:** Asimismo, de acuerdo a **su reglamento, la DEFASEG sólo es competente para pronunciarse y resolver las reclamaciones indemnizatorias de los asegurados que hubiesen sido sometidas a su conocimiento, sobre la base de la documentación obrante en el correspondiente expediente y con arreglo a derecho, siempre y cuando las señaladas reclamaciones cumplan los requisitos reglamentarios de materia, cuantía y oportunidad. En consecuencia, las reclamaciones por materias distintas al otorgamiento de cobertura y pago de siniestros, como las pretensiones indemnizatorias por daños y perjuicios, por reembolso de gastos, o idoneidad de servicios, son ajenas a la competencia funcional de esta Defensoría.**

**Tercero:** Que, de acuerdo a la Ley Nro. 29946 – Ley del Contrato de Seguro, norma legal vigente con ocasión de la celebración del contrato al cual se contrae el presente caso, todas las cuestiones jurídicas se rigen por lo dispuesto en dicha ley y por las que reglas que se acuerden convencionalmente, en cuanto no vulneren los principios esenciales de la naturaleza jurídica del seguro, siendo que sólo se aplica el derecho común a falta de disposiciones del derecho de seguros o de protección al consumidor.

**Cuarto:** Que, el artículo 1361 del Código Civil dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose que lo declarado es lo querido por ambas partes, de manera que la parte que sostenga lo contrario debe probarlo.

**Quinto: Que, conforme a un elemental criterio jurídico, recogido en el** artículo 196 del Código Procesal Civil, corresponde a quien invoca hechos, así como a quien los contradice invocando nuevos hechos, probar su existencia, salvo que aquél que esté sujeto a dicha carga procesal se acoja a alguna presunción legal.

**Sexto:** Sobre la base de los términos contenidos en la reclamación y en la absolución de la misma, y a la propia competencia funcional de esta Defensoría, **tratándose de la reclamación sometida a su conocimiento, este colegiado se pronunciará, en primer lugar, sobre si el respectivo contrato de seguro es nulo o no por causa de reticencia y, sólo en el supuesto que desestimase la señalada nulidad contractual, y concluyese en la validez y subsistencia del seguro, de manera subsidiaria, se pronunciará sobre si corresponde o no brindarse atención, conforme a los términos y condiciones de la póliza correspondiente.**

**6.1. El artículo 8 de la Ley Nro. 29946 – Ley del Contrato de Seguro sanciona que *“La reticencia y/o declaración inexacta de circunstancias conocidas por el contratante y/o asegurado, que hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido informado del verdadero estado del riesgo, hace nulo al contrato de seguro si media dolo o culpa inexcusable del contratante y/o asegurado”.***

**Atendiendo a dicha previsión legal, habiendo tomado conocimiento del real estado del riesgo luego de haberse celebrado el respectivo contrato, ..................... ha opuesto la nulidad por reticencia dolosa, dado que la contratante y asegurada no le informó oportunamente de una serie de enfermedades y dolencias diagnosticadas y tratadas con anterioridad a la celebración del contrato, generadas de manera puntual en el período que medió entre la vigencia de un anterior contrato de seguro (póliza Nro. ....................., del 16 de setiembre de 2015 al 16 de setiembre de 2016) y el contrato cuya nulidad se invoca (póliza Nro. ....................., del 16 de octubre de 2018 al 16 de octubre de 2019), conforme a los descargos presentados por la aseguradora.**

 **De acuerdo a ....................., se trata de una reticencia dolosa, por lo que no se trataría de un simple error en las declaraciones contenidas con ocasión de solicitarse el seguro. Siendo dolosa, la nulidad es insalvable.**

Debe además considerarse que, conforme al artículo 9 de la Ley del Contrato de Seguro, el asegurador dispone de treinta (30) días para invocar la respectiva nulidad, plazo que se computa desde que adquiere conocimiento de la reticencia y/o declaración inexacta, debiendo además (dentro de dicho plazo) notificar fehacientemente al contratante o asegurado, siendo un término de caducidad según es sancionado en el artículo 16 de la señalada ley.

6.2. En razón de lo establecido expresamente en el artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro, corresponde que ..................... pruebe la reticencia dolosa como causal que la libera de cualquier obligación, al afectarse la validez misma del contrato.

 Como consecuencia de dicha exigencia, la aseguradora debe demostrar: (i) que la contratante o asegurada no le informó del real estado del riesgo, (ii) que ello se deriva de una omisión dolosa (sea en sentido estricto, o en sentido lato, esto es, por culpa inexcusable), (iii) que se tomó conocimiento sobreviniente, y (iv) que se opone la nulidad de manera oportuna, dentro de los treinta (30) días siguientes de la fecha en que se adquirió conocimiento del real estado del riesgo.

6.3. El primer aspecto de la carga probatoria (el contratante o asegurado no informó sobre del real estado del riesgo), ..................... lo acredita mediante la presentación del documento “Solicitud de Emisión / Declaración de Salud” del 16 de octubre de 2018, suscrito por la contratante y asegurada -la actual reclamante-, en donde responde negativamente todas las preguntas relativas a su declaración de salud. Ello permite demostrar el engaño que vicia el perfeccionamiento formativo del contrato de seguro celebrado.

 Merece destacarse que, en dicho documento, consta la declaración siguiente: *“Esta solicitud forma parte del Contrato de Seguros. Los solicitantes declaran que las respuestas dadas en esta solicitud SON VERÍDICAS Y COMPLETAS Y QUE ES DE SU CONOCIMIENTO QUE CUALQUIER OMISIÓN O FALSEDAD, ANULA EL CONTRATO DE SEGURO”*.

6.4. El segundo aspecto de la carga probatoria (el contratante o asegurado incurrió en dolo o culpa inexcusable) corresponde una calificación jurídica de la actuación seguida; debe demostrarse la intencionalidad (dolo) o una culpa grave, atendiendo a las circunstancias del caso concreto (dolo próximo o culpa inexcusable). A juicio de este colegiado, la aseguradora no ha demostrado inobjetablemente el aspecto de la intencionalidad; empero, sí está más que acreditada la culpa inexcusable, porque sobre la base de la advertencia que obra en el propio texto de la declaración que suscribe, la contratante o asegurada debió ser particularmente diligente de informar todo aquello que era significativo o relevante con relación a su real estado de salud, máxime cuando hay una asimetría informativa en la que el dominio de la información lo tiene la contratante o asegurada, siendo que la aseguradora acepta la declaración de salud y contrata en el marco de una buena fe (principio rector en contratación, y seguros en particular) llevada al extremo máximo: ubérrima buena fe. Si a ello se suma que la contratante o asegurada en su escrito de reclamación declara que es abogada, se espera una particular diligencia en una profesional de derecho, de allí que omitir información relevante a la cual la aseguradora en el momento de la contratación no tiene acceso, resulta siendo más que significativo de la omisión de deberes elementales inherentes a la diligencia.

 En cualquier caso, de existir duda, este colegido no puede aceptar de por sí al dolo, como sinónimo de intención, más si resulta aceptable la culpa, la culpa inexcusable, atendiendo a las circunstancias, ya que no es controvertido que la actual reclamante sí conocía de su real estado de salud, siendo injustificable que no haya prevenido a su contraparte.

6.5. El tercer aspecto de la carga probatoria (conocimiento sobreviniente de la aseguradora, esto es, luego de haberse celebrado el contrato de seguro) está acreditado por la auditoría médica interna realizada el 11 de marzo de 2019, en la que se adquiere conocimiento de las enfermedades siguientes: Hipertrofia de cornetes nasales, diagnosticada el 15.12.2016; Esofagitis por reflujo, diagnosticada el 18.10.2016; Pólipo Hiperplásico Gástrico, diagnosticado el 24.10.2016; y Agenesia Renal Unilateral Congénita, diagnosticada el 29.09.2016; así como de Trastorno de menisco debido a desgarro o lesión antigua, diagnosticado el 18.07.2011, y Gonartrosis Bilateral, diagnosticado el 18.07.2011, siendo que todas esas enfermedades se determinaron antes de la entrada en vigencia de la póliza Nro. ....................., aunque es indiscutible que, de manera específica, las cuatro primeras enfermedades fueron diagnosticadas y tratadas cuando ya había finalizado objetivamente la vigencia de la póliza anterior, Nro. ....................., la relación contractual que vinculaba a las partes.

 Dicha secuencia cronológica desautoriza absolutamente el argumento de defensa de la reclamante, en el sentido que esas cuatro enfermedades fueron diagnosticadas y tratadas durante la vigencia de la póliza anterior, por lo que eran de conocimiento pleno de ....................., ya que la indicada póliza concluyó al 16 de setiembre de 2016, fecha anterior a los diagnósticos.

6.6. Por último, el cuarto aspecto de la carga probatoria (oportunidad de la invocación de la reticencia: dentro de los treinta (30) días siguientes de la fecha en que se adquirió conocimiento del real estado del riesgo) está acreditado plenamente por la carta notarial del 12 de marzo de 2016, remitida por ..................... a la actual reclamante, contratante o asegurada de la póliza anulada, en cuyo texto se confronta lo que fue declarado de manera reticente en su oportunidad, con el real estado del riesgo del cual se ha tomado conocimiento por la auditoría médica, conforme es destacado por ..................... en sus descargos, lo que se entiende por reproducido para todo efecto legal.

Por las consideraciones expuestas, este colegiado estima que resultan aplicables las consecuencias legales sancionadas en los artículos 11 y 12 de la Ley del Contrato de seguro, siendo que la culpa inexcusable (dolo próximo o lato) incurrida por la contratante y asegurada conlleva a que sea inaplicable el régimen de excepción previsto en los artículos 13 y 14 de la Ley del Contrato de Seguro.

Por último, en razón de los argumentos invocados extensamente en la reclamación, relacionados a que ..................... no estaría legitimada para invocar la nulidad, en razón que conocía o pudo haber conocido del real estado del riesgo a la fecha de celebración de la póliza cuya nulidad se encuentra bajo controversia (conforme al artículo 14, inciso a, de la Ley del Contrato de Seguro), este colegiado los desestima totalmente, atendiendo a las fechas en que estuvo vigente la anterior póliza contratada y el diagnóstico de las patologías omitidas en la declaración de salud, conforme ya ha sido destacado en párrafos anteriores.

Concluyéndose en que, efectivamente la póliza de seguro contratada es nula por declaración reticente de la contratante y asegurada, reticencia que se puede calificar como dolosa lata o por causa de culpa inexcusable, lo cual deriva en la ineficacia legal del contrato afectado, carece de relevancia y utilidad que este colegiado se pronuncie sobre **si correspondía o no que la aseguradora brindase atención o no, dado que los términos y condiciones de la póliza resultan siendo inexigibles, dado que dicha exigencia sólo sería posible de mediar validez contractual.**

**Atendiendo a lo expresado, este colegiado concluye su apreciación razonada y conjunta al amparo de lo establecido en su Reglamento, por lo que**

**RESUELVE:**

Declarar NULO al contrato de seguro de salud que corresponde a la Póliza Nro. ..................... y, por consiguiente, IMPROCEDENTE la reclamación interpuesta por doña ..................... contra ..................... COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, quedando a salvo su derecho de recurrir a las instancias que considere pertinentes.

Lima, 15 de julio de 2019

Rolando Eyzaguirre Maccan Marco Antonio Ortega Piana

 Presidente Vocal

María Eugenia Valdez Fernández Baca Gonzalo Abad del Busto

 Vocal Vocal