RESOLUCIÓN N° 050/20

**Vistos:**

Que, el 2 de enero de 2020, .................. interpone reclamación ante esta Defensoría del Asegurado (DEFASEG), solicitando que ..................otorgue debida cobertura al siniestro ocurrido el 19 de noviembre de 2019 y que corresponde a un par de consumos no reconocidos de su tarjeta de crédito .................., conforme al Seguro de Protección de Tarjetas, Póliza Nro. .................. – Certificado Nro. ..................;

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 20 de enero de 2020, .................. presentó sus descargos el 20 de febrero de 2020, sin justificar el retraso incurrido en absolver el señalado trámite;

Que, el 9 de marzo de 2020 se realizó la audiencia de vista con la sola concurrencia del representante de la aseguradora, el que sustentó su posición sobre los alcances de la reclamación, absolviendo las diversas preguntas formuladas por este colegiado, conforme consta de la correspondiente acta, habiéndose dejado constancia de la inasistencia del reclamante, pese a que fue oportunamente invitado a participar en dicha audiencia;

Que, por el mérito de la reclamación interpuesta, se solicita que se ordene pagar a .................. la suma de US$ 5,959.13 por un par de consumos no reconocidos de la tarjeta de crédito del asegurado (tarjeta ..................), conforme al seguro de protección de tarjetas contratado a través del ................... La reclamación se sustenta resumidamente en lo siguiente: a) El 1 de octubre de 2013 contrató el respectivo seguro de protección de tarjetas, conforme consta de la solicitud de afiliación correspondiente que acompaña, b) El 19 de noviembre de 2018 se cargó en el estado de cuenta un par de consumos no reconocidos, por lo cual el asegurado se comunicó inmediatamente con el .................. para el bloqueo de la tarjeta, y con relación al respectivo reembolso del dinero, el 26 de diciembre de 2018 el .................. le expresó que ello no correspondía atendiendo que los consumos fueron realizados con la presencia física del chip y lectura del chip de seguridad, por lo cual el asegurado solicitó copia de los respectivos vouchers, lo cual le fue finalmente entregado, c) De una simple comparación entre la firma del asegurado contenida en la reclamación que está presentando y la que constan en los vouchers resulta claro que ha mediado un fraude o, tomando como cierto lo expresado por el banco en el sentido que se empleó el plástico y se validó el chip de seguridad, que habría sido víctima de un hurto temporal de su tarjeta, la cual le habría sido devuelta posteriormente, e) No obstante ello, el .................. sostiene que .................. ha negado cobertura, aunque sin precisar las razones, f) Por ello, el 4 de diciembre de 2019 presentó un reclamo directamente a .................., el cual fue desestimado el 11 de diciembre de 2019 en atención a que el hurto y uso de la tarjeta de crédito sucedió mientras el titular de la misma se encontraba en China, fuera del territorio nacional, siendo que de acuerdo a la póliza están excluidos los usos indebidos de la tarjetas aseguradas fuera del territorio nacional, g) Se destaca que dicha exclusión nunca fue informada de manera previa, siendo que recién se toma conocimiento de ella mediante la carta del 11 de diciembre de 2019, siendo que no figura en la solicitud de afiliación que se suscribió, siendo además que .................. no le ha entregado una copia de la póliza, siendo pertinente el régimen de inoponibilidad sancionado en el artículo 137 de la Ley Nro. 29946 – Ley del Contrato de Seguro, y h) Se destaca que, conforme a la solicitud de afiliación, las coberturas por hurto o fraude se encuentran sujetas a diversas condiciones y deducciones, pero ninguna referida a su uso fuera del territorio nacional, conforme .................. pretende actualmente imponer; y en el supuesto negado que la póliza contuviera la exclusión, ello contradiría lo consignado en la solicitud de afiliación, siendo además que, ya sea una diferencia entre la propuesta y la póliza, o entre la publicidad y la póliza, conforme a los artículos 29 y 31 de la Ley del Contrato de Seguros se deberán considerar las disposiciones más favorables al asegurado;

Que, por su parte, .................. solicita que la reclamación sea declarada improcedente o infundada, atendiendo resumidamente a los fundamentos siguientes: a) El rechazo de cobertura se sustenta en la exclusión por el “uso indebido de las tarjetas fuera del territorio nacional”, ya que los consumos fueron realizados mientras se encontraba en China, b) Se destaca que la DEFASEG ha establecido un criterio consistente y uniforme respecto a los rechazos por exclusión de cobertura, estableciendo que se deben examinar tres cuestiones: ¿el contrato de seguro contiene la exclusión invocada?, de ser así, ¿la misma es oponible, esto es, surte efectos frente al asegurado?, por último, de ser también afirmativa la respuesta anterior, ¿se incurrió efectivamente en el supuesto de hecho que corresponde a la exclusión?, c) La respuesta a la primera interrogante es afirmativa y consta en el correspondiente certificado de seguro, cuya copia se acompaña (régimen de exclusiones generales); la respuesta a la segunda interrogante también es afirmativa, dado que el certificado de seguro es de pleno conocimiento del asegurado, habiéndosele entregado al momento de la contratación del seguro, conforme se acredita con la constancia de entrega que consta en la solicitud de seguro suscrita por el reclamante y que éste presentó como medio probatorio; por último, la respuesta a la tercera interrogante también es afirmativa, porque conforme se aprecia de los respectivos vouchers, los consumos presuntamente indebidos se realizaron en China, y d) Por lo tanto, habiéndose probado que lo reclamado corresponde a un supuesto de exclusión de cobertura, el rechazo comunicado en su oportunidad es plenamente legítimo;

Que, conforme a lo tratado en la audiencia de visa, se solicitó a .................. que presente la correspondiente póliza, para verificar que lo expresado sobre exclusiones corresponde efectivamente a lo establecido en el contrato de seguro, así como que acredite la efectiva entrega al asegurado del respectivo certificado de seguro, concediéndosele el plazo de cinco (5) días hábiles para dicha presentación. Con fecha 19 de junio de 2020, habiéndose reiniciado las actividades de esta Defensoría, .................. presentó un escrito relativo a lo solicitado, reiterando argumentos ya expresados tanto en sus descargos como en la audiencia de vista, pero sin presentar finalmente lo que le fue expresamente requerido.

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

**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, la cuestión controvertida de fondo radica en determinar si el rechazo de cobertura comunicado por .................., sustentado en que el siniestro reclamado corresponde a una exclusión de cobertura, es legítimo o no.

6.1. Conforme a lo tratado en la audiencia de vista, el seguro relativo a la reclamación corresponde a una póliza grupal o colectiva, que permite diferenciar entre la parte contratante no asegurada (el .................., frente a ..................) y el asegurado no contratante (el reclamante), de manera que, para efectos que sean exigibles las estipulaciones pertinentes de dicho contrato de seguro al cual se ha afiliado el asegurado no contratante, es absolutamente indispensable que haya sido informado de ellas, información que debe ser oportuna, suficiente y adecuada. De ser así, las respectivas condiciones contractuales, como, por ejemplo, el régimen de exclusiones, o las cargas a cumplirse en caso de ocurrencia de un siniestro, serán efectivamente oponibles; en caso contrario, no. El artículo 137 de la Ley Nro. 29496 – Ley del Contrato de Seguro es concluyente sobre el particular: *“No son oponibles al asegurado los contenidos contractuales que no le hayan sido informados en el certificado mencionado en el artículo anterior, cuyo contenido mínimo se sujeta a las disposiciones de la Superintendencia”.*

6.2. Con relación a dichas pólizas grupales y conforme destaca la propia .................., la DEFASEG ha establecido un criterio consistente y uniforme respecto a los rechazos por exclusión de cobertura, estableciendo que se deben examinar tres cuestiones: (i) ¿el contrato de seguro contiene la exclusión invocada?, (ii) de ser así, ¿la misma es oponible, esto es, surte efectos frente al asegurado?, por último, de ser también afirmativa la respuesta anterior, (iii) ¿se incurrió efectivamente en el supuesto de hecho que corresponde a la exclusión?

 Conforme a ello, este colegiado se propone realizar el análisis correspondiente sobre la base de los medios probatorios presentados y que obran en el expediente, teniendo en consideración que el reclamante niega haber recibido información sobre el régimen de exclusiones, por lo que la aseguradora debe probar que lo informó de manera oportuna, suficiente y adecuada, quebrando así la asimetría informativa sobre el conocimiento de las condiciones contractuales, dado que el asegurado es un tercero que se afilia al contrato de seguro.

6.3. ¿El contrato de seguro contiene la exclusión invocada?

 .................. no ha probado que el contrato de seguro contenga la exclusión invocada para fines del rechazo. El contrato de seguro no es el certificado de seguro, éste es sólo un resumen y contiene información particular del asegurado. Si bien el certificado que obra en el expediente presenta un rubro sobre exclusiones generales, no se puede comparar si dicho contenido refleja fielmente el régimen contractual correspondiente.

 .................. soporta la carga de probar lo pertinente del test que ella misma refiere; en consecuencia, soporta la carga de probar los términos y condiciones del contrato de seguro, el mismo que fue celebrado entre dicha aseguradora y el ................... Cuando se le corrió traslado de la reclamación, se solicitó a ..................que presente la póliza, lo cual le fue requerido expresa y nuevamente con ocasión de la audiencia de vista, concediéndosele un plazo extraordinario; empero, .................. no ha presentado lo solicitado, por lo que le corresponde asumir las respectivas consecuencias.

 Y aunque lo señalado ya sería de por sí suficiente para amparar la reclamación, al no estar probado que la exclusión invocada para fines del rechazo está efectivamente considerada en la póliza de seguro, este colegiado proseguirá con el análisis correspondiente.

6.4. ¿La exclusión de cobertura, en la medida que estuviese considerada en el contrato de seguro, es efectivamente oponible, esto es, surte efectos frente al asegurado?

 .................. tampoco ha probado que la pretendida exclusión contractual sea oponible al asegurado no contratante, porque no ha acreditado que haya sido informado oportuna, suficiente y adecuadamente. Tratándose de una póliza grupal, el mecanismo natural correspondiente se materializa mediante la entrega del certificado de seguro, cuyo contenido mínimo está regulado normativamente, debiendo contener el régimen de exclusiones aplicable, pero en el presente caso, si bien .................. ha presentado una copia simple de dicho documento (y del resumen informativo), no hay evidencia de efectiva entrega al asegurado, no se acompaña una certificación de entrega, o un acuse de recibo.

 En función a esta materia que fue tratada en la audiencia de vista, se le concedió a .................. un plazo extraordinario para que, atendiendo a lo afirmado por el reclamante, demuestre que sí cuidó de informar sobre el régimen de exclusiones; empero, no obstante el tiempo transcurrido, y al igual que en lo relativo a la presentación de la póliza, .................. no ha presentado lo solicitado, por lo que le corresponde asumir las respectivas consecuencias por haber omitido el cumplimiento de su carga procesa probatoria.

 Merece destacarse que, en su escrito presentado el 19 de junio de 2020, .................. expresa lo siguiente. (i) Que el medio probatorio idóneo del conocimiento de la exclusión por el asegurado es su propia solicitud de seguro, ya que en la parte final se indica *“El certificado de seguro se entregará al ASEGURADO al momento de la firma de esta solicitud”,* siendo que a continuación figura su firma y la fecha de suscripción (1 de octubre de 2013), consignándose a continuación el texto siguiente *“Acepto las condiciones arriba indicadas”*, (ii) De acuerdo al artículo 13 del Reglamento de Transparencia de Información y contratación de seguros”, aprobado por Resolución SBS Nro. 3199-2013: *“ (…) Si la empresa no hubiera rechazado la solicitud de seguro, dicha solicitud, así como la información adicional que hubiera proporcionado el contratante o el resultado de las inspecciones para la adecuada evaluación del riesgo, formarán parte integrante de la póliza de seguro. (…)”*, siendo que de acuerdo al artículo 6 de la Ley del Contrato de Seguro, la solicitud de seguro es suministrada por la aseguradora, siendo que las condiciones generales, particulares y especiales deben estar a disposición del asegurado para integrarse al contrato, (iii) De acuerdo a la quinta regla interpretativa contenida en el artículo IV de la Ley del Contrato de Seguro, *“El uso y la práctica generalmente observados en el comercio en contratos de igual naturaleza y especialmente la costumbre mercantil, prevalecen sobre cualquier sentido que se quiera dar a las palabras”*, por lo que en el presente caso, el certificado demuestra la entrega del certificado de seguro, lo cual es el uso y práctica comercial para esta clase de seguros desde el año 2013 por parte de .................., y (iv) En el expediente existen dos formatos de la solicitud de seguro, uno digital presentado por el asegurado, y otro manuscrito presentado por .................., siendo que el que prevalece y tiene valor es este último, porque el presentado por el asegurado carece de firma y corresponde a un formato que se actualiza digitalmente, por lo que no debe ser tomado en consideración, siendo pertinente la sexta regla interpretativa contenida en el artículo IV de la Ley del Contrato de Seguro, en el sentido que, en el contrato de seguro, las cláusulas mecanografiadas o manuscritas prevalecen sobre las impresas.

 Este colegiado debe expresar su extrañeza sobre el alcance de los argumentos expresados por la aseguradora, los cuales no enervan su falta probatoria de presentar la póliza y el certificado solicitados, para demostrar ciertamente la oponibilidad de las condiciones de la póliza global. (i) No está en discusión los documentos y/o las declaraciones que integran al contrato de seguro, lo que está en discusión es un tema netamente probatorio, ¿puede demostrar clara, inobjetable, objetivamente, la aseguradora que informó de las exclusiones?, ¿o es algo que debe asumirse por el solo hecho que lo afirma .................., esto es, debe presumirse o suponerse? .................. ni siquiera ha presentado la solicitud de seguro suscrita en su oportunidad por el asegurado, ni presencial ni virtualmente; pero, inclusive de haberlo hecho (sólo presenta unos párrafos escaneados en su último escrito), lo cierto es que el texto señala lo siguiente: *“El certificado de seguro se entregará al ASEGURADO al momento de la firma de esta solicitud”,* no se afirma que se entrega, o que se ha recibido, es el anuncio de una actuación, de una futura actuación, no la declaración de una ejecución. Este colegiado, como en múltiples casos semejantes sometidos a su conocimiento, entiende que si la declaración hubiese sido *“El certificado de seguro se entrega al ASEGURADO al momento de la firma de esta solicitud”* y se acreditase que dicho documento fue suscrito, no habría mayor discusión, porque un asegurado o consumidor razonable, al firmar esa declaración estaría aceptando o consintiendo que ya se le entregó lo que se indica, porque de no ser así no habría firmado. Empero, en este caso, la firma no es señal de recepción del certificado, sino que el asegurado sólo acepta que se le entregará, nada más, no se aprecia la simultaneidad que invoca la aseguradora. En consecuencia, respecto de lo que afirma argumentativamente .................., se genera una duda más que razonable y, en caso de duda, es el asegurado quien no debe perjudicarse. Además, en este tema, es la aseguradora la que debe probar ciertamente la entrega, y no generar una suerte de suposición y tratar de beneficiarse de la ambigüedad del texto que ella misma redactó, porque es la aseguradora la que estaba en la mejor situación y, al menor costo, de cumplir las exigencias normativas para lograr la plena oponibilidad de las condiciones contractuales, no correspondiendo ensayar interpretaciones de las palabras, o dar como un hecho cierto lo que no es tal. (ii) Este colegiado no tiene duda que los usos y costumbres son fuente de derecho mercantil y en particular en derecho de seguros, situación recocida por la propia Ley del Contrato de Seguro; pero tampoco tiene duda alguna que no basta invocar los usos y costumbres, sino que hay que probarlos, conforme se aprecia del mandato contenido en el artículo 190 del Código Procesal Civil, máxime cuando corresponde a una práctica generalizada a la cual se pliegan las partes del contrato, hay que acreditar dicha práctica. De acuerdo a ello, considerar que son usos y costumbres los que practica .................., y darle el carácter de fuente de derecho no sólo implica desconocer los alcances de la quinta regla interpretativa contenida en el artículo IV de la Ley del Contrato de Seguro, conforme a la cual los usos y costumbres corresponden a la práctica generalmente observada en el comercio, en este caso, en el mercado asegurador, admitiéndose que la prueba invocada sería autorreferencial, correspondiendo a la sola afirmación de ..................de algo que califica como costumbre comercial, de conocimiento generalizado. A juicio de este colegiado invocar la propia práctica (que ni siquiera es probada, porque se admite que el formulario de la solicitud de seguro se ajusta o modifica periódicamente) no es probar los usos y costumbres comerciales, como norma de derecho, de manera que dicha invocación es simplemente una justificación de la inobservancia del mandato legal de informar oportuna, adecuada y suficientemente al asegurado de los contenidos de la póliza global para fines lograr la oponibilidad de tales condiciones. (iii) Por último, según ya ha sido referido anteriormente, en el expediente solo consta un formato de la solicitud de seguro, no resultando exacto afirmar que .................. haya presentado otro formato manuscrito al cual corresponde dar pleno efecto probatorio, sobre la base de la sexta regla interpretativa contenida en el artículo IV de la Ley del Contrato de Seguro; además, debe destacarse que esta regla es ajena al caso, porque no se encuentra en discusión el valor de alguna declaración agregada manuscrita o mecanografiadamente al texto contractual prerredactado, sino lo que ha sido suscrito o no por el asegurado y cuáles son los alcances de ello para fines de la oponibilidad o no de las condiciones contractuales de la póliza global.

 En síntesis, .................. tampoco ha demostrado clara, inobjetablemente que haya informado al asegurado del régimen de exclusiones, o que el mismo haya sido de su efectivo conocimiento, por lo que conforme a ley no puede oponerle las condiciones contractuales (de existir tales, desde luego, lo cual tampoco ha sido probado, según ha sido destacado precedentemente).

.

 Y aunque lo señalado sería de por sí suficiente para amparar nuevamente la reclamación, al no estar probado que la exclusión invocada para fines del rechazo fue efectivamente informada al asegurado, este colegiado proseguirá con el análisis correspondiente.

6.5. Por último, la pretendida exclusión sobre la cual sustenta .................. el rechazo de cobertura, conforme a la copia del certificado de seguro presentado (numeral 4 del respectivo rubro), radicaría en que no se cubre los siniestros por *“Uso indebido de la tarjeta fuera del territorio nacional”*.

 De acuerdo a la reclamación, y según es admitido por la aseguradora, el pretendido uso indebido de la tarjeta se habría verificado en China, República Popular China. .................. no ha invocado que el uso de la tarjeta de crédito no sea indebido, sino que simplemente el uso indebido reclamado no está cubierto por el seguro en atención a lugar de su ocurrencia, fuera de territorio nacional.

 Conforme a lo anterior, si la exclusión invocada estuviese efectivamente incorporada en el contrato de seguro al cual se afilió el reclamante, y si dicha exclusión fuese efectivamente oponible al reclamante, en atención al lugar de ocurrencia del siniestro tendría que admitirse que el rechazo de cobertura sería fundado; empero, por las deficiencias probatorias incurridas por .................., el rechazo deviene sin fundamento.

 Se deja expresa constancia que, como en casos semejantes sometidos al conocimiento y decisión de la DEFASEG, la aseguradora en vía de impugnación podrá acreditar lo pertinente a su pretendido derecho.

**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 **FUNDADA** la reclamación interpuesta por .................. contra .................., debiéndose otorgar la cobertura objeto de la reclamación, tratándose del par de consumos no reconocidos de la tarjeta de crédito .................. del asegurado.

Lima, 30 de junio de 2020

***La Secretaría Técnica certifica que la presente resolución cuenta con el voto de los vocales cuyos nombres figuran en el presente documento.***

**Marco Antonio Ortega Piana – Presidente**

**María Eugenia Valdez Fernández Baca – Vocal**

**Rolando Eyzaguirre Maccan – Vocal**

**Gonzalo Abad - Vocal**