RESOLUCIÓN N° 039/21

**VISTOS:**

Que, con fecha 15 de agosto de 2020 ampliada y completada el 05 de febrero de 2021, don .................. interpone reclamación ante esta Defensoría (DEFASEG) solicitando que .................. otorgue cobertura respecto de las cartas de garantía rechazadas con fecha 05 de octubre de 2017 y 15 de noviembre de 2019, conforme a la Póliza Medicvida Nacional – Póliza Nº ..................;

Que, la señalada reclamación cumple con las exigencias de materia y cuantía establecidas en el Reglamento de la DEFASEG;

Que, el 22 de marzo de 2021 se realizó la correspondiente audiencia de vista a través de videoconferencia con la participación de ambas partes, las cuales absolvieron las preguntas formuladas por este colegiado, conforme consta de la correspondiente acta; siendo que recién minutos antes de la realización de la audiencia la aseguradora presentó sus descargos otorgándose al reclamante un plazo adicional para pronunciarse sobre los mismos.

Que, en síntesis, la posición del reclamante es la siguiente: a) En el año 2016 a su menor hijo le diagnosticaron estrabismo concomitante divergente para lo cual su médico le recomendó la toxina botulínica, se tramitó la carta de garantía la cual fue rechazada con fecha 05/10/2017 indicando que no procedía la cobertura de toxina botulínica en menores de 12 años, que era un gasto no cubierto/ excluido; ante ello no les quedó otra alternativa que asumir el costo del tratamiento en forma personal; b) su hijo siguió con las terapias recomendadas; de una nueva revisión en años posteriores, se determinó que era necesario un nuevo tratamiento con la toxina botulínica por lo que la misma Optima Visión tramitó la carta de garantía la cual fue igualmente rechazada con fecha 15/11/2019, indicando que el botox no es materia de cobertura de acuerdo a exclusión de póliza de salud referida a pertinencia médica sustentada en la aplicación de medicina basada en evidencia para el diagnóstico presentado de estrabismo en paciente de 04 años; y nuevamente asumieron el costo de dicho tratamiento; c) en julio de 2020 le dieron de alta y ahora tiene cita con su médico tratante; d) su reclamo es por cuanto de la revisión en internet del tratamiento de estrabismo concomitante divergente, sí recomiendan la toxina botulínica lo cual evita la cirugía que es más agresiva y que para niños de corta edad es con anestesia general; es más otras compañías de seguros sí lo aceptan; y lo más contradictorio es que sí se hubiera cubierto una intervención quirúrgica que es más costosa y riesgosa; por lo que su reclamo es por las dos cartas de garantía no cubiertas.

Que, por su parte y en resumen la compañía de seguros sostiene lo siguiente: a) Precisan que el reclamo respecto de la carta de garantía rechazado con fecha 05 de octubre de 2017 es improcedente, por cuanto la DEFASEG solo es competente para conocer de aquellos rechazos de cobertura en los que la denuncia haya sido efectuada dentro de los dos años de producido el rechazo, lo que no ocurre respecto de dicho reclamo; b) que en lo que respecta a la segunda carta de garantía rechazada, el rechazo se sustenta en el artículo 8, literal h) de las Condiciones Generales de la Póliza que señala que no se cubre las pruebas, medicamentos, equipo, procedimiento o insumo médico que no haya sido aprobado por la FDA o EMA para el diagnóstico correspondiente; c) en este caso la toxina botulínica más conocida como botox para la condición de estrabismo concomitante divergente, no ha sido aprobada por la FDA ni por la EMA para su uso en menores de 12 años; adjuntando documentación que corrobora dicha afirmación; por tanto han rechazado la carta de garantía conforme a derecho.

Que, con fecha 29 de marzo de 2021 la aseguradora presentó por correo electrónico los documentos requeridos en la audiencia de vista, es decir, la póliza de seguro y la constancia de entrega de la misma.

Que, con fecha 30 de marzo de 2021, el reclamante presentó un escrito por correo electrónico señalando que su hijo ya fue dado de alta, lo cual comprueba que el tratamiento con toxina botulínica tuvo éxito sin necesidad de una intervención quirúrgica que es más invasiva; que si bien la compañía de seguros sustenta la no cobertura por cuanto la FDA no la ha aprobado para tratamientos en niños, su uso no está prohibido y más allá de lo meramente normativo la aseguradora debería buscar la cura de sus pacientes asegurados. Adjunta a su escrito estudios efectuados donde indican que el tratamiento con la toxina botulínica en el estrabismo a niños menores es efectivo.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO**: Conforme al Reglamento de la Defensoría del Asegurado, **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 y cuantía.**

**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, de manera que las reclamaciones por materias distintas al otorgamiento de cobertura, como pueden 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:** El artículo 1 de la Ley Nro. 29946 – Ley del Contrato de Seguro dispone que el contrato de seguro es aquel por el que la aseguradora se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar -dentro de los límites pactados- el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, enmarcado en una póliza que la aseguradora debe entregar al contratante, y cuyos requisitos mínimos están previstos en el artículo 26 de la señalada ley.

**CUARTO:** 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: En materia procesal**, corresponde a quien invoca hechos probar su existencia, carga procesal a la que refiere el artículo 196 del Código Procesal Civil, salvo que se acoja a alguna presunción legal de carácter relativo o absoluto.

**SEXTO:** De acuerdo a los términos contenidos en el rechazo, la reclamación y en la respectiva absolución, así como a lo tratado en la audiencia de vista, la solución de la presente controversia consiste en determinar si el rechazo de cobertura de la carta de garantía del año 2017, así como el rechazo de cobertura de la carta de garantía del año 2019, son legítimos o no.

**SETIMO:** En lo que respecta a la primera carta de rechazo, no es un hecho controvertido que el rechazo se dio en el año 2017, por lo que conforme dispone el Reglamento de la DEFASEG, este solo es competente para pronunciarse sobre reclamos interpuestos dentro de los dos años computados a partir del día siguiente de recibida la primera notificación en que es denegada o rechazada la pretensión por la empresa de seguros, habiéndose en este caso excedido el plazo previsto en el reglamento. Por lo tanto, el reclamo respecto del rechazo de la carta de garantía del año 2017 resulta improcedente.

**SETIMO:** En lo que respecta a la segunda carta de rechazo esta fue rechazada en el año 2019, estando dentro del plazo que prevé el reglamento.

La aseguradora sustenta el rechazo invocando el artículo 8, inciso h) de las Condiciones Generales de la Póliza.

Esta Defensoría ha verificado la póliza, la cual fue entregada al asegurado y por tanto le es oponible, y se ha verificado que la misma contempla la siguiente exclusión:







En el presente caso, la aseguradora ha presentado documentación médica que demuestra que el tratamiento con Toxina Botulínica, para la condición de estrabismo concomitante divergente, en menores de 12 años -como es el caso del asegurado-, no ha sido aprobada ni por la FDA ni la EMA.

El reclamante no ha contradicho dicho extremo, lo que ha sustentado es que la aseguradora debería preocuparse finalmente por la salud del asegurado, pues existen informes médicos que demuestran que dicho tratamiento sí tiene éxito en menores de 12 años, como lo tuvo en el caso de su hijo. Todo lo cual significó un costo menor que el que hubiera significado una cirugía que sí estaba bajo cobertura, siendo además que el procedimiento realizado resultó menos invasivo que una intervención quirúrgica.

Como fue expuesto en la audiencia de vista, esta Defensoría solo es competente para pronunciarse de acuerdo a derecho, teniendo en cuenta lo que establece la póliza de seguro y las disposiciones legales pertinentes, no pudiendo emitir un fallo en base a consideraciones extra legales. Así como tampoco es competente para pronunciarse sobre temas vinculados a idoneidad de servicios.

A la luz de lo que establece la póliza, la aseguradora excluye efectivamente de su cobertura, aquellos tratamientos que no hubieran sido aprobados por la FDA o EMA, como sería el caso del tratamiento que tuvo el asegurado, independiente del éxito que tuvo el mismo lo que no constituye un punto controvertido.

**ATENDIENDO A LO EXPRESADO, ESTE COLEGIADO CONCLUYE SU APRECIACIÓN RAZONADA Y CONJUNTA AL AMPARO DE LO ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO DE LA DEFASEG, POR LO QUE:**

**RESUELVE:**

Declarar **IMPROCEDENTE** la reclamacióninterpuesta por.................. contra .................. respecto del rechazo de la carta de garantía del año 2017 e **INFUNDADA** respecto del rechazo de la carta de garantía del año 2019, dejando a salvo el derecho del reclamante de acudir ante las instancias que considere pertinentes.

Lima, 07 de abril de 2021

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

**María Eugenia Valdez Fernández Baca – Presidente**

**Marco Antonio Ortega Piana – Vocal**

**Rolando Eyzaguirre Maccan – Vocal**

**Gonzalo Abad del Busto - Vocal**