RESOLUCIÓN N° 038/19

**Vistos:**

Que, el 28 de diciembre de 2018, don ....................... interpone reclamación ante esta Defensoría del Asegurado (DEFASEG), solicitando que ....................... SEGUROS otorgue cobertura al siniestro que corresponde a la cirugía gástrica a la cual se sometió el 18 de julio de 2018 (banda gástrica), conforme a los términos y condiciones del Seguro de Asistencia Médica – Póliza AMI Salud Preferencial Nro. ......................., reclamación que fuese complementada en febrero 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 13 de febrero de 2019, ....................... SEGUROS se apersonó el 21 de febrero de 2019 y solicitó la concesión de una prórroga de siete (7) días hábiles para presentar sus respectivos descargos, siendo finalmente que el 4 de marzo de 2019 cumplió con presentar los mismos, así como la documentación que le fuese requerida;

Que, el 18 de marzo de 2019 se realizó la audiencia de vista con la concurrencia de los representantes de ambas partes, quienes sustentaron su respectiva posición sobre los alcances de la reclamación, absolviendo las preguntas formuladas por este colegiado, conforme consta de la correspondiente acta, siendo que a la fecha el estado del proceso permite que este colegiado pueda resolver sobre la correspondiente reclamación;

# Que, conforme al escrito presentado y a lo tratado en la audiencia de vista, la reclamación se sustenta resumidamente en lo siguiente: a) Desde el año 2007 tiene contratada una póliza de salud con ....................... SEGUROS, siendo que año tras año modifican las condiciones e incrementan las primas, sin que al parecer nadie pueda hacer algo respecto a ello, b) El 18 de julio de 2018 se operó en la Clínica ......................., no por un tema estético como al parecer se representa la aseguradora, sino por el riesgo que corría su vida por las dolencias cardíacas que sufría, siendo una intervención necesaria para evitar trágicas consecuencias, c) Habiendo presentado toda la documentación relativa a su solicitud de reembolso por un total de S/. 22,299.58, ....................... SEGUROS ha rechazado la cobertura, conforme consta de sus cartas del 19 de noviembre y 5 de diciembre de 2018, las mismas que acompaña (en las cuales se rechaza lo solicitado por corresponder a una exclusión de cobertura), y d) Atendiendo a lo expresado, solicita la intervención de la DEFASEG para que se atienda su justa solicitud de reembolso.

Que, por su parte, ....................... SEGUROS ha ratificado el rechazo de cobertura sobre la base resumida de los siguientes fundamentos: a) Se ha rechazado el reembolso de la operación de cirugía gástrica del 18 de julio de 2018 por corresponder a una exclusión, b) Se destaca que la póliza vigente fue entregada el 15 de agosto de 2017, siendo que desde entonces, sea directamente o a través de su corredor, pudo observarse y/o solicitarse el retiro de exclusiones, c) Al someterse, en ese contexto, a una operación de banda gástrica, el asegurado ya tenía conocimiento de la exclusión de cobertura consistente en que no se cubre tratamientos quirúrgicos relativos al desarrollo de obesidad, para aumentar o disminuir de peso, d) Además, de acuerdo a la solicitud de reembolso, suscrita por el médico cirujano doctor ......................., no existe evidencia ni prueba alguna que la única opción para salvar su vida, conforme pretende inducir a pensar el asegurado, era una gastrectomía en marga laparoscópica (banda gástrica), ya que la misma sólo estaba destinada a apoyar su tratamiento cardiológico, e) Se destaca que, para fines del reembolso, se está a lo establecido en el Plan de Salud contratado, siendo que el diagnóstico y tratamiento quirúrgico a los que se contrae la solicitud de reembolso no corresponden a lo establecido en el respectivo Plan de Salud del asegurado, f) Además, según el Informe de Riesgo Quirúrgico emitido por el Dr. .......................de la propia Clínica ......................., con fecha 26 de junio de 2018, se indica que el procedimiento quirúrgico era para apoyar el tratamiento cardiológico, y g) Queda claro, en consecuencia, que la denominada cirugía bariátrica es una alternativa terapéutica, que sirve para apoyar o mejorar la calidad de vida de la obesidad mórbida, no encontrándose relacionada directamente a resolver el diagnóstico del asegurado por cardiomiopatía, por lo que no se trata de un tratamiento único, indispensable para ello, siendo además que se aplica la exclusión de cobertura anteriormente referida, contenida en el literal t) del artículo 30 del condicionado general de la póliza;

**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. 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:** Que, conforme a lo dispuesto en la Ley Nro. 29946 – Ley del Contrato de Seguro, 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 al** artículo 196 del Código Procesal Civil, corresponde a quien invoca hechos probar su existencia, así como a quien los contradice invocando nuevos hechos; sin perjuicio de aplicarse las presunciones legales correspondientes.

**Sexto:** Sobre la base de los términos contenidos en la reclamación y a lo tratado en la audiencia de vista, la cuestión controvertida radica en determinar si el rechazo de cobertura es legítimo o no, esto es, si corresponde o no a una exclusión de cobertura contenida en la correspondiente póliza.

6.1. Como bien es sabido, en materia de seguros, el riesgo se delimita positiva (mediante declaración de los riesgos aceptados), como negativamente (mediante el régimen de exclusiones), por lo que en función a ello la aseguradora está obligada a otorgar o legitimada a rechazar la cobertura que le sea solicitada, sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones, como pueden ser las relativas a cargas. En consecuencia, no cabe duda que si se incurre en una causal de exclusión, se carecerá objetivamente de cobertura.

 A su vez, debe considerarse que, conforme a lo establecido en el artículo 77 de la Ley del Contrato de Seguro, corresponde al asegurado probar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida (de ser el caso), mientras que le corresponde a la aseguradora demostrar la causa o razón que la libera de su prestación indemnizatoria. ....................... SEGUROS, tratándose de esto último, ha invocado la exclusión pactada en el literal t) del artículo 30 (exclusiones) de la póliza contratada, cuyo tenor es:

 “*La presente póliza no cubre causas, consecuencias o complicaciones de un tratamiento médico y/o quirúrgico no cubierto por esta Póliza,* ***así como los gastos relacionados a lo siguiente:***

 *t) Todo tipo de trastorno de crecimiento y desarrollo,* ***obesidad*** *y raquitismo,* ***así como los tratamientos médicos o quirúrgicos para*** *aumentar o* ***disminuir de peso, y los derivados o consecuencia de los anteriormente descritos”.***

 Lo destacado con negrita es nuestro.

La operación quirúrgica a la cual se sometió el asegurado, que deriva en la colocación de lo que se denomina una banda gástrica, es una destinada a lograr una disminución de peso. Conforme a ello, dicha operación no corresponde a un siniestro indemnizable por corresponder a una exclusión considerada expresamente en el contrato.

Correspondiendo a una exclusión de cobertura, no corresponde ni reembolso ni atención ambulatoria, en función a lo pactado en el contrato de seguro.

6.2. A mayor abundamiento, debe destacarse que dicha exclusión era de pleno conocimiento del asegurado, desde el preciso instante en que está contenida en la póliza de seguro recibida en su oportunidad, directamente o a través de su corredor de seguros. De acuerdo a lo tratado con ocasión de la vista, el corredor de seguros del asegurado expresó que el seguro contratado no contenía anteriormente dicha exclusión, la misma que fue incorporada posteriormente, refiriendo ello con lo que considera una política abusiva en cuanto la fijación de las condiciones contractuales y de las propias primas. Sin embargo, debe considerarse que por más que la relación de seguros se haya mantenido durante varios años, las condiciones contractuales pueden ser variadas en el tiempo, siendo que la Ley del Contrato de Seguro regula tuitivamente lo pertinente para impedir situaciones de abuso o indefensión, conforme se aprecia, entre otros, en sus artículos 29 (modificaciones en la póliza propuesta que no corresponden a la solicitud del seguro) y 30 (modificaciones durante la vigencia de la póliza). En el caso concreto, en su oportunidad, el asegurado recibió una renovación anual de la póliza que contenía (según sostiene) un régimen más amplio de exclusiones, por lo que bien pudo expresar su desacuerdo y retractarse del contrato de seguro; sin embargo, al no objetarlo, lo consintió, consentimiento que se ha extendido en las sucesivas renovaciones anuales. En razón de ello, no resulta procedente invocar argumentos orientados a enervar la aplicabilidad de la correspondiente exclusión, ya que la misma fue asentida finalmente por el asegurado.

6.3. De otro lado, para justificar la reclamación se ha sostenido que la intervención quirúrgica de colocación de banda gástrica era la única opción, o una de carácter necesario, para la salud y subsistencia del asegurado, en atención a la dolencia cardíaca que padecería. Sin embargo, siendo de cargo del reclamante probar lo que sostiene, no ha presentado evidencia alguna en dicho sentido, siendo más bien que la documentación médica de la que se dispone en el expediente refiere a la intervención quirúrgica como un apoyo o de naturaleza coadyuvante, por lo que no era necesaria.

 Dicho tema fue ampliamente tratado en la audiencia de vista, atendiendo además que ....................... SEGUROS destacó que no existe relación de causalidad, necesaria, entre la dolencia cardíaca y la operación gástrica, más allá que sea una opción médicamente válida para el tratamiento del paciente.

 Sin embargo, al margen de dichas consideraciones de las partes, este colegiado debe destacar que la cuestión controvertida radica en si la referida operación gástrica corresponde o no a una exclusión de cobertura, al margen que sea necesaria o no siendo que esta última discusión sólo adquiriría relevancia si no existiese la exclusión y se objetase la necesidad de la intervención en cuanto la salud cardíaca del asegurado (relación causa efecto).

6.4. Atendiendo a lo anterior, no siendo controvertido que el contrato de seguro contiene la exclusión, que el asegurado tenía pleno conocimiento de los términos y condiciones contractuales, entre ellos, el régimen de exclusiones, y dado que el siniestro reclamado corresponde finalmente a una exclusión de cobertura, corresponde concluir que ....................... SEGUROS no se encuentra obligada legalmente a brindar la cobertura reclamada.

En consecuencia, en razón de lo expuesto, debe concluirse que el rechazo de cobertura resulta legítimo.

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

Declarar **INFUNDADA** la reclamación interpuesta por don ....................... contra ....................... SEGUROS, quedando a salvo su derecho de recurrir a las instancias que considere pertinentes.

Lima, 25 de marzo de 2019

María Eugenia Valdez Fernández Baca Marco Antonio Ortega Piana

 Presidente Vocal

Rolando Eyzaguirre Maccan Gonzalo Abad del Busto

 Vocal Vocal