RESOLUCIÓN N° 148/19

**Vistos:**

Que, con fecha 07 de octubre de 2019 la empresa .....................representada por su Gerente General Sr. ..................... del Riego interpone reclamación ante esta Defensoría del Asegurado (DEFASEG) solicitando que .....................SEGUROS otorgue cobertura a la mercadería que transportaba conforme a la Póliza de Transporte de Carga Abierta TRCA N° ......................

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 respectiva reclamación, la aseguradora presentó sus descargos el 14 de noviembre de 2019 sin justificar la demora incurrida;

Que, el 18 de noviembre de 2019 se realizó la audiencia de vista con la concurrencia de ambas partes, quienes sustentaron sus respectivas posiciones, absolviendo las diversas preguntas formuladas por este colegiado, conforme consta de la correspondiente acta;

Que, el reclamante sustenta su pretensión resumidamente en lo siguiente: a) el siniestro se produjo en circunstancias en que un vehículo no identificado invadió el carril por donde se desplazaba la unidad asegurada, lo cual obligó al conductor a efectuar una brusca maniobra a fin de evitar el choque, lo que produjo que la rueda delantera derecha cayera en la cuneta y producto de ello el contenedor que transportaba jengibre cayó de costado, dañándose el contenido; b) rechazado el cargamento por el propietario este fue valorizado por Abaco International Loss Adjusters previo descuento del deducible en $49,5999.08 como monto indemnizable; c) la empresa ajustadora designada por la aseguradora rescató la carga emitiendo el acta de salvamento de fecha 18/12/2018 efectuando la venta por indicación de la empresa de seguros y entregándole el dinero de la venta a esta, todo lo cual denota su participación en el proceso de liquidación propio de un reconocimiento y cobertura de daños; d) no obstante envió días después la carta de rechazo consultando a quién debía entregar el dinero de la venta del jengibre; e) debe considerarse que el cuarto párrafo del artículo IV de las disposiciones preliminares de la ley del contrato de seguro señalan que *“la participación del asegurador en el procedimiento de liquidación de los daños importa su renuncia a invocar las causales de liberación conocidas con anterioridad, que sean incompatibles con esa participación”*; f) mal puede rechazarse porque no se trata de un daño al vehículo de carga sino solo a la carga transportada o porque el conductor había excedido las horas de conducción, carga que no tiene relación objetiva con las causas del siniestro, siendo que la empresa no acredita que el exceso de horas haya sido elemento determinante para la ocurrencia del accidente; sobre este aspecto debe tenerse en cuenta el artículo 40, d) de la ley del contrato de seguro que señala que son nulas las cláusulas que dispongan la pérdida de derechos por incumplimiento de cargas que no guarden consistencia ni proporcionalidad con el siniestro cuya indemnización se solicita; g) de otro lado ha operado la figura de siniestro consentido por cuanto Abaco emitió su informe con fecha 20 de febrero de 2019, por lo que la empresa tenía como plazo máximo para pronunciarse hasta el 02 de marzo de 2019, no obstante la carta de rechazo les llegó el 04 de marzo, dos días después del plazo máximo permitido.

Que, por su parte la aseguradora sustenta el rechazo resumidamente en lo siguiente: a) el reclamo ascendería a US$49,599 sustentado en un reporte preliminar de los ajustadores, no obstante el monto del reclamo es de $58,351.58, la diferencia radica en el monto del deducible, sin embargo al evidenciarse que el siniestro no goza de cobertura se procede a litigar sobre la totalidad del reclamo el cual excede de la suma de US$50,000 y por tanto de la competencia de la Defensoría; b) la reclamante sostiene que los ajustadores fueron designados en forma unilateral, cuando .....................ofreció una terna de ajustadores para que esta tenga oportunidad de elegir el mismo, lo que se evidencia del correo de fecha 14 de diciembre de 2018 (a los 3 días del siniestro) enviado al bróker y que se adjunta a los descargos; c) se ha rechazado la cobertura por estar fuera de la cobertura positiva de la póliza contratada, estamos ante un seguro de riesgos numerados razón por la cual, a menos que el siniestro pueda identificarse con uno de los riesgos expresamente previstos, no se activará la cobertura; en el presente caso el reclamante considera que el riesgo de cobertura que más se aproxima es el de *“accidente al riesgo transportador”* y en ello están de acuerdo; no obstante, bajo el alcance de dicho riesgo solo se cubre *“el choque, la volcadura, el desbarrancamiento, el descarrilamiento en caso de transporte por vía férrea y el incendio del medio de transporte terrestre. También se entienden como accidentes al medio de transporte el deslizamiento de terraplenes y el derrumbe de puentes y/o túneles, pero únicamente en los casos en los que estos eventos afecten primero directamente al medio de transporte terrestre”;* estamos ante un supuesto en el cual el daño de la mercadería a transportarse es un efecto indirecto del siniestro coberturable; no obstante, ello solo ocurre en los supuestos indicados donde no figura el “despiste”, razón por la cual el presente evento no calza dentro de ningún riesgo coberturado; d) ello es suficiente para legitimar el rechazo, sin embargo, además se ha corroborado el incumplimiento de garantías o condiciones de seguridad previstas en la póliza como condiciones especiales, entre ellas se estableció que los conductores no debían realizar jornadas de conducción continuas de más de 05 horas para el servicio diurno o 4 para el servicio nocturno, en este caso se verificó por el análisis del GPS que el conductor manejó por espacio de 13 horas y 27 minutos; esta garantía se establece con la finalidad de evitar que los conductores se encuentren en situación de agotamiento físico, lo cual implica una reducción en su concentración y capacidad de respuesta, por lo cual sí es razonable y consistente; e) la aseguradora no ha participado en la liquidación del siniestro, los procedimientos de determinación de daños y liquidación están relacionados, sin embargo son disgregables, y han sido recogidos normativamente bajo una denominación genérica “liquidación de daños”; al respecto la ley permite que la liquidación del siniestro pueda ser efectuada directamente por la empresa o encomendarla a un ajustador de siniestros, bajo ese entendido únicamente cuando estamos ante una autoliquidación resultaría aplicable el artículo IV, inciso cuarto citado por la reclamante; en los casos en que se delega tal tarea a un ajustador la aseguradora no interviene porque ello violentaría el principio de independencia e imparcialidad que reviste a la actuación del ajustador; el reclamante confunde el procedimiento de salvamento con el de liquidación del siniestro; el artículo 21 de las condiciones generales de la póliza denominado “subrogación y salvamento” señala que “la compañía no contrae obligación ni responsabilidad para con el asegurado y/o contratante por cualquier acto en el ejercicio de estas facultades ni disminuirán por ello sus derechos a apoyarse en cualquiera de las condiciones de la póliza con respecto al siniestro”; asimismo es uso y costumbre del mercado sobre todo en los casos de bienes perecibles, realizar el salvamento, siendo que el monto se entrega en línea de principio a la aseguradora la cual lo conserva hasta el momento en que se determina si el siniestro goza de cobertura o por el contrario es rechazado, siendo que en ese último caso la restituye, sin que ello implique una renuncia a calificar y luego a rechazar el siniestro; es por ello que luego del rechazo del siniestro se envió un correo al bróker del reclamante solicitando la cuenta a la cual debía realizar el abono del monto obtenido en la venta del salvamento; f) finalmente no se ha producido un siniestro consentido, el plazo para pronunciarse es de 10 días luego de recibido el convenio de ajuste, pero en este caso no existe convenio de ajuste; si bien no existe un plazo estricto para que la aseguradora se pronuncie luego de contar un informe negativo, el sentido de la norma es que la carga de pronunciamiento no debe exceder de 30 días desde que se completa la información y en los casos en que no se completa el plazo es de 30 días desde la emisión del informe negativo como sostiene la doctrina nacional; es un hecho no controvertido que el asegurado completó la documentación el 08 de febrero de 2019, siendo que el plazo máximo de 20 días por parte del ajustador sí se cumplió pues emitió el informe el 20/02/2019, y la carta de rechazo fue emitida dentro de los 30 días siguientes.

Que con fecha 21 de noviembre de 2019 la aseguradora presentó un escrito adicional reforzando sus argumentos y adjuntando fotos ampliadas y a color del siniestro, el cual fue absuelto por el asegurado con fecha 29 de noviembre de 2019.

**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, respecto de rechazos o liquidación de cobertura de siniestros; 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, 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:** 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 al** artículo 196 del Código Procesal Civil, corresponde a quien invoca hechos probar su existencia, así como a quien los contradice invocando nuevos hechos, salvo que aquel que esté sujeto a dicha carga procesal se acoja a alguna presunción legal de carácter relativo o absoluto.

**Sexto:** Sobre la base de los términos contenidos en la reclamación y en la absolución de la misma, y a lo tratado en la audiencia de vista, la cuestión controvertida radica en determinar si el rechazo de cobertura informado por la aseguradora sustentado en que no se ha configurado el riesgo cubierto por la póliza, es legítimo o no.

En forma previa se analizará la competencia de esta Defensoría teniendo en cuenta que la aseguradora sostiene que el monto reclamado excede la cuantía de la Defensoría

**Sétimo:** La aseguradora señala que la cuantía excede el monto reclamado por esta Defensoría, no obstante, la parte reclamante precisó en la audiencia de vista que su pretensión se limita a US$49,599, tal como fue indicado en su reclamo.

De acuerdo al reglamento de la DEFASEG, la Defensoría conoce los reclamos que los usuarios de seguros planteen, siempre y cuando cumplan con los requisitos de admisibilidad que se señalan en el respectivo reglamento, dentro de ellos: que *“el total de la indemnización solicitada a la empresa de seguros no debe exceder los US$ 50,000.00”.* En este caso, es claro que la indemnización solicitada se encuentra por debajo de dicho monto, por lo que este colegiado resulta competente para pronunciarse sobre el caso que nos ocupa.

**Octavo:** La aseguradora rechaza la cobertura de seguro por cuanto la póliza ampara la carga asegurada contra riesgos enumerados, entre los cuales está el riesgo de Accidente al Medio de Transporte, bajo las siguientes expresas condiciones:

*“Cláusula del Accidente al Medio de Transporte”*

*Alcance:*

*Queda convenido que para efectos del presente seguro se entiende por accidentes al medio de transporte únicamente los siguientes: el choque, la volcadura, el desbarrancamiento, el descarrilamiento en caso de transporte por vía férrea y el incendio del medio de transporte terrestre. También se entienden como accidentes al medio de transporte el deslizamiento de terraplenes y el derrumbe de puentes y/o túneles, pero únicamente en los casos en los que estos eventos afecten primero directamente al medio de transporte terrestre.”*

Este colegiado ha revisado la póliza que obra en el expediente y verifica que en la página 44 figura la cláusula indicada, la misma que en su segundo párrafo establece lo señalado por la aseguradora, por lo que es claro que solo se cubren los supuestos que se indican en el párrafo anterior. Cabe entonces analizar, si el daño sufrido por el contenedor que transportaba la carga y que afectó a la carga de jengibre, fue producto de una volcadura o desbarrancamiento que serían las figuras que más se acercarían a las circunstancias que rodearon al siniestro.

En efecto, es claro que el siniestro se produjo debido a un despiste ocasionado en las circunstancias narradas por el reclamante, no obstante, en opinión de la aseguradora dicho despiste no originó un choque, ni una volcadura ni un desbarrancamiento, ni ninguno de los otros supuestos de cobertura establecidos en la póliza.

En opinión de la reclamante para determinar si hubo una volcadura, debe recurrirse a la definición de la real academia y según esta volcarse significa inclinarse y eso fue lo que ocurrió con el vehículo que se inclinó por un momento y por ello se deslizó la carga; que no se debe ver la posición final en que quedo el vehículo sino analizarse las circunstancias de cómo se produce el siniestro, y este ocurre debido a que el vehículo ingresó a la cuneta lo que hizo que por un momento se volcara (inclinara) hacia la cuneta, configurándose el siniestro.

Ahora bien, el diccionario de lengua española de la real academia española define la volcadura como “acción y efecto de volcar”. A su vez, define “volcar” como:

**1.** tr. Torcer o inclinar algo parcial o totalmente, de modo que caiga, generalmente haciendo salir su contenido. *Volcó la copa.* U. t. c. prnl. *Tropezó y la copa se volcó.*

**2.** tr. Verter algo dando la vuelta al recipiente que lo contiene. *Volcó la sopa en la sopera.* U. t. en sent. fig. *Unacarta en la que vuelca sus sentimientos.*

**3.** tr. Pasar íntegramente la información contenida en un medio a otro. *Volcaron los datos en el fichero general.*

4. intr. **Dicho de un objeto, especialmente de un vehículo: Inclinarse hasta quedar invertido o sobre un lado**. ***El camión volcó en la curva****.*

**5.** prnl. Dicho de una persona: Inclinarse exageradamente o abalanzarse sobre algo o alguien. *El niño se volcósobre la mesa para alcanzar el salero.*

**6.** prnl. Dicho de una persona: Poner en favor de otra o de un propósito todo cuanto puede, hasta excederse. *Se volcó CON nosotros cuando fuimos a visitarla.*

(el resaltado y subrayado es nuestro)

Teniendo en cuenta que la volcadura se refiere en este caso a un objeto, debe entenderse el significado de la palabra “volcadura” bajo la acepción indicada en el numeral 4 precedente, es decir, no como una simple inclinación sino como la inclinación hasta quedar invertido sobre un lado, lo que conforme se describe en los párrafos siguientes no ocurrió en el presente caso.

En efecto, se ha tenido a la vista el Informe Final del Ajustador, y en las fotos que incluye, así como en las fotos ampliadas que ha presentado la aseguradora con fecha 21 de noviembre de 2019, se aprecia claramente la cuneta, al contenedor inclinado hacia la misma, y particularmente figura una foto tomada al medio de transporte, donde se aprecia que éste no está inclinado hacia la cuneta, sino que fue el contenedor el que se deslizó hacia la misma. Sobre este aspecto la aseguradora precisa en su escrito ampliatorio que *“el vehículo en ningún momento sufrió ningún tipo de daño, puesto que el accidente se debió a que este introdujo la rueda delantera derecha a la cuenta de la vía y fue al momento de salir de esta que el contenedor se cayó. En consecuencia, queda claro que la pérdida de la carga asegurada no obedeció a un accidente al medio de transporte, sino al hecho, como la ha manifestado el propio conductor, de la maniobra de este al entrar y salir de la cuneta, como consecuencia de este accionar, la carga cae el suelo, generándose así los daños”*; opinión que a la luz de las fotos y pruebas presentadas esta Defensoría comparte. Por lo tanto, es claro para este colegiado, que el medio de transporte no sufrió una volcadura, ni un desbarrancamiento ni alguno de los supuestos de cobertura cubiertos, siendo que en este caso por la maniobra evasiva fue únicamente el contenedor el que se deslizó y cayó hacia la cuenta.

Siendo por tanto, esta una póliza de riesgos enumerados, no corresponde otorgar cobertura cuando no se ha producido alguno de los riesgos cubiertos.

Sin perjuicio de ello, la aseguradora señala que en este caso se habría incumplido con la condición especial establecida en la póliza referida al tiempo de conducción máximo en forma continua, lo que aún en el caso que se hubiera producido un riesgo cubierto hubiera determinado la pérdida de la cobertura de seguro. Este hecho no ha sido negado por la reclamante quien únicamente se ha limitado a señalar que dicha carga no guarda relación con el siniestro. Al respecto, carece de relevancia pronunciarnos sobre dicho aspecto por cuanto es claro que no se ha producido el riesgo previsto en la póliza para que se configure el siniestro objeto de cobertura.

De otro lado, la reclamante sostiene que en este caso el asegurador participó en la liquidación del siniestro y por tanto resulta aplicable el artículo IV, inciso Cuarto del título Preliminar de la Ley del Contrato de Seguro que señala que ello implica su renuncia a invocar causales de liberación. Al igual que en el caso anterior, no estamos ante un supuesto en el cual el rechazo se produce como consecuencia de una causal de exclusión o se basa fundamentalmente en el incumplimiento de una carga o condición de garantía, sino ante un supuesto en el cual no se ha producido un riesgo amparado por la póliza. La norma citada por la reclamante hace referencia a causales de liberación que solo operan cuando se ha producido un riesgo cubierto, lo que no ocurre en este caso. Sin perjuicio de ello, la aseguradora sostiene que en este caso no hubo una participación en el proceso de liquidación sino la realización del salvamento que es un hecho distinto, análisis que este colegiado comparte.

Finalmente, la reclamante sostiene que en este caso se habría producido la figura de siniestro consentido.

Al respecto, siendo que a través de la presente resolución se concluye que no se ha acreditado la ocurrencia del siniestro, en tanto no se ha producido un siniestro cubierto por la póliza, dicha figura ya no resulta aplicable a este caso.

En efecto, la figura del siniestro consentido presupone la existencia misma de un siniestro, así como presupone la existencia de un contrato de seguro válido y vigente. Partiendo de dichos supuestos, la compañía dispone de un plazo de 30 días de presentada toda la documentación para pronunciarse sobre la cobertura reclamada, cuando no existe convenio de ajuste; de modo tal que si pretende invocar alguna causal de exclusión, el incumplimiento de alguna carga u otro supuesto que libere a la aseguradora de su obligación, la aseguradora debe invocarla dentro del plazo de 30 días que la ley le otorga, pues vencido el mismo se da por aceptado el siniestro en las condiciones previstas por ley. No obstante, ello no ocurre cuando el contrato es nulo, se reclama una cobertura inexistente, o cuando se concluye que el siniestro no se produjo, pues no se puede aplicar la consecuencia de la norma (el pago de un siniestro) a un supuesto no cubierto por la póliza. En estos casos, la demora en la atención de un reclamo, sería -de haberse producido- un aspecto de idoneidad de servicio, pero no podría determinar el otorgamiento de una cobertura, pues para que ello ocurra debe haber existido previamente un riesgo asegurado por la póliza. La no aplicación de la figura del siniestro consentido en dichos supuestos es un aspecto reconocido por esta Defensoría en reiterados precedentes.

Sin perjuicio de lo expuesto, este colegiado tiene a bien señalar -de modo general- que la aseguradora cuenta con diez (10) posteriores a la emisión del informe del ajustador para pronunciarse sobre el rechazo de cobertura, conforme a lo previsto en la ley, pero dicho plazo solo resulta aplicable conforme lo establece el artículo 74° de la Ley del Contrato de Seguro y el artículo 8° del Reglamento para la Gestión y Pago de Siniestros, aprobado por Resolución N° 3202-2013-SBS, cuando estamos ante la existencia de un convenio de ajuste firmado por el asegurado, lo que no ocurre en este caso, por cuanto se emitió un informe negativo. Cabe señalar que la ley no ha regulado expresamente el plazo que tiene el asegurador para pronunciarse sobre la cobertura de seguros cuando el informe del ajustador -emitido dentro del plazo- es negativo; sin embargo, sí ha regulado dicho plazo cuando el ajustador no cumple con emitir el informe en el plazo, en dicho supuesto el tercer párrafo del artículo 8° antes referido señala que *“En caso el ajustador no cumpla con emitir y entregar el informe correspondiente que sustenta la cobertura y liquidación del siniestro, o su rechazo, éste se considerará consentido cuando la empresa no se haya pronunciado sobre el monto reclamado dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se completó toda la documentación e información exigida en la póliza para el proceso de liquidación del siniestro, con excepción de lo señalado en el artículo 9* (supuesto de prórroga)*”.* En virtud a ello, e integrando las disposiciones legales existentes, este colegiado comparte el criterio referido por la aseguradora en el sentido que no existiendo convenio de ajuste y habiéndose completado la documentación requerida en la póliza, el plazo para determinar si existe o no un siniestro consentido se cuenta desde que se completa la documentación requerida para analizar el siniestro.

**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 **INFUNDADA** la reclamación interpuesta por la empresa ....................., contra .....................dejando a salvo su derecho de accionar ante las instancias que estime pertinentes.

 Lima, 09 de diciembre de 2019

Marco Antonio Ortega Piana Rolando Eyzaguirre Maccan

 Presidente Vocal

María Eugenia Valdez Fernández Baca Gonzalo Abad del Busto

 Vocal Vocal