**RESOLUCIÓN N° 116/20**

**Vistos:**

Que, el 21 de setiembre de 2020, .................. interpone reclamación ante esta Defensoría del Asegurado (DEFASEG), solicitando que .................. otorgue cobertura al siniestro correspondiente al uso indebido de su tarjeta de crédito como consecuencia de un hurto ocurrido el 12 de julio de 2020, de acuerdo a los términos y condiciones del Seguro de Protección de Tarjeta, póliza 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.html>);

Que, habiéndosele corrido traslado de la respectiva reclamación, .................. presentó sus descargos y la documentación requerida el 23 de octubre de 2020;

Que, el 2 de noviembre de 2020 se realizó la correspondiente audiencia de vista virtual, con la participación de ambas partes en la plataforma electrónica habilitada para dicho efecto, quienes sustentaron sus respectivas posiciones respecto de la reclamación, absolviendo las diversas preguntas formuladas por este colegiado, conforme consta de la correspondiente acta. Se deja expresa constancia que la señalada audiencia debió ser suspendida debido a las interrupciones del reclamante al representante de la aseguradora, pese a habérsele solicitado reiteradamente que se abstuviera de interrumpir, dado que este colegiado concede un plazo adicional a los participantes en la audiencia de vista para fines de réplica y dúplica, para facilitar el esclarecimiento de los hechos;

Que, la reclamación interpuesta se sustenta resumidamente en lo siguiente: a) El domingo 12 de julio de 2020, a las 13:28 horas, el reclamante retiró S/. 1,500 de uno de los cajeros de la agencia .................. ubicada en la avenida la Encalada, Surco, con su tarjeta de débito a la cual se encuentran afiliadas sus cuenta de ahorros en dólares, cuenta corriente regular en soles y su cuenta CTS, siendo víctima de un cambio de su tarjeta por la maniobra realizada por tercera persona, según ha podido verificar de los videos de seguridad de la señalada agencia bancaria, los mismos que están a disposición de la policía, más no le han podido ser entregados, b) El martes 14 de julio de 2020, en las primeras horas, pudo verificar a través de su teléfono celular, que luego de su operación en el cajero, se habían producido retiros de US$ 800 el domingo 12, lunes 13 y martes 14, así como S/. 1,280 y S/. 50 de su cuenta CTS que casi no cuenta de fondos, por lo que procedió al bloqueo de la tarjeta a las 9:00 horas, siendo que a las 10:51 se presentó a la agencia del banco para revisar el caso y solicitar el video correspondiente, c) Recordando luego que tiene cobertura total para tarjetas de débito de cualquier banco vía .................. y .................., contactó con el primero, siendo informando que debía comunicarse con el correspondiente sectorista (al encontrarse cerrada la agencia Dos de Mayo, San Isidro, por causa de la pandemia), quien resultó que trabajaba remotamente en su casa y terminó siendo inubicable según pasaban las horas y días, c) El reclamante decidió tomar contacto directo con .................., siéndole requerido que presente la correspondiente denuncia policial, a lo cual expresó que no lo podría realizar de manera inmediata, dado que por su edad y circunstancias, sólo podía movilizarse a bancos, alimentación y salud, por lo que su denuncia la realizó finalmente el 24 de julio de 2020, d) El 26 de julio de 2020 recibió un correo electrónico de FGR Affinity señalando que no correspondía otorgar cobertura porque la denuncia se había realizado luego de las 5 horas establecidas por la póliza desde la ocurrencia del evento, pese a que el seguro estaba vigente, e) Frente a ello recurrió a .................. para recibir copia de la póliza de seguro .................., siendo que en ninguna condición se estipula el señalado plazo de 5 horas, y f) El 5 de agosto de 2020 .................. le comunicó finalmente el rechazo por la extemporaneidad de la denuncia policial, sustentándose en el informe del ajustador, desatendiéndose de sus obligaciones de brindar la cobertura reclamada, pese a haberse pagado por un servicio;

Que, por su parte, ratificando el rechazo de cobertura, .................. expresa resumidamente lo siguiente: a) En la póliza contratada aparecen las diversas coberturas contratadas, que corresponden a los riesgos aceptados y cubiertos; siendo que también se establecen las exclusiones, plazos, cargas y procedimientos para hacer efectivas las respectivas coberturas, b) Por declaración del propio reclamante, habiendo ocurrido el siniestro el 12 de julio de 2020, recién realizó la denuncia policial el 24 de julio de 2020, esto es, doce (12) días después, inobservando el plazo máximo de cinco (5) horas establecido en el numeral 6.1 del artículo 6 de la póliza, tal como concluyeron en su informe final los ajustadores de seguro, y c) En consecuencia, se reitera lo expresado en la comunicación de rechazo, carta Nro. .................. del 5 de agosto de 2020, en la cual se manifiesta que el asegurado cuenta con dos pólizas de seguro: (i) Una vigente desde el 30 de abril de 2013, con una prima anual de US$35, que brinda cobertura por uso indebido a consecuencia de hurto de las tarjetas emitidas por el .................. y otras empresas financieras, pero respecto de la cual no se cumplió con el procedimiento en caso de sinestro, realizar la denuncia policial, y (ii) Otra con vigencia desde el 3 de abril de 2014, con una prima mensual de US$2.78, que brinda cobertura a las tarjetas de crédito y/o débito .................. y sólo a las tarjetas de crédito emitidas por otras empresas financieras, la cual no aplica al presente caso porque la tarjeta afectada es una de débito ................... Por consiguiente, reiterándose el rechazo, .................. solicita que se desestime la reclamación;

Que, mediante correo electrónico del 2 de noviembre de 2020, el reclamante remitió diversos documentos destinados a probar el indebido retiro de dinero en sus cuentas, acompañando los correspondientes formatos de estados de cuenta;

Que, el 9 de noviembre de 2020, .................. presentó un escrito para fines de mejor resolver, destacando principalmente que, de acuerdo a los términos de cobertura contratada en su oportunidad, tratándose de un “cambiazo” (que fue el hecho ocurrido según lo declarado por el reclamante), sólo se cubre la tarjeta de débito del .................. y las tarjetas de crédito de todos los bancos, siendo que en el presente caso el retiro indebido de fondos fue, por declaración del actual reclamante, mediante su tarjeta de débito del .................. (objeto del “cambiazo”), tarjeta respecto de la cual no se contrató la cobertura reclamada. En consecuencia, por ausencia de interés asegurable, se concluye que corresponde rechazarse la reclamación;

Que, el 10 de noviembre de 2020, el reclamante remitió a esta Defensoría un correo electrónico haciendo referencia a las pólizas contratadas con el .................. en los años 2013 y 2014, señalando que las mismas se encuentran vigentes, póliza que no han sido consideradas por los abogados de .................., y si referidas en el informe del evaluador del siniestro, para cuyo efecto acompaña los respectivos formatos;

Que, habiéndosele solicitado a .................. un descargo o explicación sobre los documentos presentados por el reclamante, concediéndole el plazo excepcional de tres (3) días para dicho efecto, el señalado plazo ha vencido largamente sin que la aseguradora haya atendido lo requerido;

Que, a la fecha, el estado del proceso permite que este colegiado pueda resolver sobre el caso sometido a su conocimiento, sobre la base de la información y de los documentos que obran en el expediente, debiéndose destacar que compete a la parte interesada destacar qué es lo que pretende demostrar con la presentación de pruebas documentales;

**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. En consecuencia, las reclamaciones por materias distintas al otorgamiento de cobertura y pago de indemnizaciones, como pueden las pretensiones indemnizatorias por daños y perjuicios, por reembolso de gastos, o relativas a 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 alartículo 196 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, salvo disposición legal diferente.

**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 se encuentra justificado o no el rechazo de cobertura materia de impugnación por el asegurado. El rechazo se sustenta, conforme a lo comunicado en su oportunidad por .................., en que el asegurado inobservó una específica carga contractual, al no haber realizado la correspondiente denuncia policial dentro de las cinco (5) horas siguientes a la ocurrencia del evento de sustracción, ocurrido el 12 de julio de 2020, o desde que tomó conocimiento del mismo.

Y para estimar ello debe considerarse que, conforme al artículo 77 de la Ley Nro. 29946 – Ley del Contrato de Seguro, compete al asegurado probar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuera esto último el caso, así como compete a la aseguradora probar las causas que la liberan de su prestación indemnizatoria.

6.1. Conforme a la reclamación presentada, el asegurado expresa que tuvo que recurrir al .................. para recibir copia de la póliza de seguro .................., siendo que en ninguna condición de la misma se estipula el plazo de 5 horas que sustenta el rechazo; dicha aseveración permite concluir que el asegurado no habría sido informado oportunamente de los contenidos del seguro y, en particular, de la carga que se invoca para fines del rechazo. En sus descargos a la reclamación, pese a la afirmación destacada precedentemente, .................. no proporciona ni brinda explicación o prueba alguna que permita concluir que, efectivamente, el contenido contractual y, en particular, el régimen de cargas, sí era conocido por el reclamante, por lo que, al resultarle oponible, es legítimo el rechazo sustentado en la inobservancia de la carga relativa a la oportunidad de la denuncia policial. .................. se ha concentrado en sus descargos en destacar que la póliza de seguro sí contendría la carga en cuestión, cuya inobservancia por el asegurado liberaría de responsabilidad a la aseguradora.

6.2. El artículo 59 de la Ley Nro. 27749 – Ley del Contrato de Seguro, regula el régimen de caducidades convencionales con relación a las cargas contractuales, en los términos siguientes:

  *“Cuando la presente ley no determine el efecto del incumplimiento de una carga impuesta al asegurado, las partes pueden convenir la caducidad de los derechos del asegurado si el incumplimiento obedece a su dolo o culpa inexcusable, de acuerdo al siguiente régimen:*

 ***Cargas anteriores al siniestro:***

 *(…)*

 ***Cargas posteriores al siniestro:***

1. *Si la carga debe ejecutarse después del siniestro, el asegurador se libera por el incumplimiento del asegurado, si el mismo influyó en la extensión de la obligación asumida.*
2. *En caso de culpa leve, la indemnización se reduce de manera proporcional a la agravación del siniestro consecuencia del incumplimiento.*

*En caso de caducidad, corresponde al asegurador la prima por el tiempo transcurrido hasta que toma conocimiento del incumplimiento de la carga”.*

 De acuerdo a la señada norma legal imperativa, salvo que la ley establezca las consecuencias de la inobservancia de una carga (como ocurre tratándose del aviso del siniestro, conforme a los artículos 68 y 72 de la Ley Nro. 29946), el contrato debe contener las consecuencias de la respectiva inobservancia, permitiéndose la caducidad del derecho indemnizatorio de mediar dolo o culpa grave del asegurado.

6.3. Este colegiado ha revisado los términos de la absolución de la reclamación por parte de .................., así como los documentos presentados, advirtiendo que más allá de invocar la aplicación del artículo sexto de la póliza, que contendría la referida carga contractual, el hecho es que .................. no sólo no ha presentado la póliza (limitándose a transcribir el referido artículo), sino que tampoco ha demostrado que su contenido haya sido informado al asegurado. Los formatos presentados, transcritos, no satisfacen dicha demanda probatoria. La señalada situación estaría particularmente agravada porque, por lo tratado en la audiencia de vista, se infiere que se está ante una póliza de seguro de carácter grupal o colectivo, ofrecida a los tarjetahabientes de los bancos, que asumen el rol de asegurados no contratantes, siendo que, en ese contexto, el artículo 137 de la Ley Nro. 29946 establece que *“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”*. Por lo tanto, las cargas convencionales no informadas de manera oportuna, adecuada y suficiente no son oponibles, no son exigibles por la aseguradora al asegurado no contratante, tal como se ha reconocido por esta Defensoría en reiterado criterio, conforme a ley.

6.4. Tratándose a lo expresado por la aseguradora en la audiencia de vista, en el sentido que no estarían acreditadas las sumas reclamadas, sobre la base de lo señalado en la reclamación y en los documentos presentados, este colegiado advierte que las sumas indebidamente retiradas son US$ 2,400 (US$ 800 de manera diaria, tratándose del domingo 12, lunes 13 y martes 14 de julio de 2020) de la cuenta corriente dólares .................. del reclamante, así como S/. 1,280 (martes 14 de julio) de la cuenta corriente soles .................. del reclamante. Tratándose del retiro indebido de S/. 50 de la cuenta CTS, si bien el mismo no ha sido probado documentalmente mediante la presentación a esta Defensoría de un estado de cuenta, debe destacarse que, al practicarse el ajuste del siniestro, ninguna suma reclamada fue objetada por la empresa ajustadora, siendo inclusive que tampoco fue objetada oportuna y propiamente por .................., de manera que resultaría extemporáneo dicho cuestionamiento. Sin embargo, atendiendo a la exigencia del artículo 77 de la Ley Nro. 29946, lo cierto es que corresponde al asegurado no sólo probar la ocurrencia del siniestro, sino además la cuantía de la pérdida, de manera que debe concluirse que la suma reclamada de la cuenta CTS no está probada.

6.5. Siendo que el rechazo de cobertura se restringe a la inobservancia de una carga pretendidamente exigible, y habiendo quedado descalificado dicho rechazo, podría señalarse, preliminarmente, que correspondería el otorgamiento de cobertura, sin necesidad de evaluar sobre si el retraso en el trámite de asentar la denuncia policial estaba o no justificado. Sin embargo, resulta absolutamente necesario verificar si el siniestro reclamado corresponde efectivamente a un riesgo aceptado por la aseguradora.

 Si la respuesta fuese afirmativa, lo concluido precedentemente de manera preliminar sería definitivo; en cambio, si la respuesta fue negativa, no correspondería el otorgamiento de cobertura, porque el siniestro no correspondería a la materialización de un riesgo aceptado oportunamente por la aseguradora, al margen que la propia .................. no lo haya invocado oportunamente.

6.6. Conforme destaca .................. en su escrito presentado el 9 de noviembre de 2020, conforme a los términos de cobertura contratados en su oportunidad, tratándose de un “cambiazo” (que fue el hecho ocurrido según lo declarado por el reclamante), aquélla sólo aplica tratándose de la tarjeta de débito del .................. y de tarjetas de crédito del asegurado en todos los bancos. Sin embargo, lo cierto es que, en el presente caso el retiro indebido de fondos generado por el “cambiazo” fue mediante el uso de la tarjeta de débito del .................. del asegurado, tarjeta respecto de la cual no se contrató la cobertura reclamada.

 El reclamante no ha enervado dicho argumento, ni ha probado cosa distinta.

 Lo anterior se aprecia de la relación de coberturas que corresponde a la póliza contratada.

 Si bien es observable que dicha ausencia de cobertura no se haya expresado desde un primer momento, o no haya sido invocada clara y puntualmente para sustentar el rechazo, lo cual puede derivar en un cuestionamiento sobre calidad de servicio, no es menos cierto que al ser una condición contractual, no corresponde exigir cobertura frente a un siniestro derivado de un riesgo ajeno a la aseguradora, no aceptado por ella para estructurar el respectivo contrato de seguro. Siendo que la DEFASEG sólo es competente para conocer y resolver sobre las reclamaciones indemnizatorias de los asegurados, sobre la base del contrato correspondiente y con arreglo a derecho, resulta ajeno a dicha competencia cualquier eventual contencioso sobre idoneidad de servicios.

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

**SE RESUELVE:**

**Declarar IMPROCEDENTE** la reclamación interpuesta por .................. contra .................., dejándose a salvo el derecho del reclamante para recurrir a las instancias que considere pertinentes.

Lima, 14 de diciembre de 2020

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

**Rolando Eyzaguirre Maccan – Presidente**

**María Eugenia Valdez Fernández Baca – Vocal**

**Marco Antonio Ortega Piana – Vocal**

**Gonzalo Abad del Busto - Vocal**