

Los Seguros de Medicina Prepagada; su naturaleza contractual y un análisis de inconstitucionalidad del nuevo cuerpo normativo que las regula

Carlos Andrés Villacreses Valencia¹
Martín Alejandro Urbano Esparza²

Resumen:

En el Ecuador, el 17 de octubre de 2016, fue publicado en el Registro Oficial la “Ley Orgánica que Regula a las Compañías que financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que oferten cobertura de Seguros de Asistencia Médica”. Este cuerpo legal derogó la antigua “Ley que regula el funcionamiento de las empresas privadas de salud y medicina prepagada”, publicada en el Registro Oficial No. 12, el 26 de agosto de 1998. El nuevo cuerpo normativo entró en vigencia 180 días después de su publicación en el Registro Oficial, causando una serie de críticas por su contenido aparentemente inconstitucional e incompatible con los derechos constitucionales de salud, libertad de asociación y libertad de empresa. El objetivo del presente artículo es analizar la acción de inconstitucionalidad presentada ante la Corte Constitucional, por los máximos representantes de los Seguros de Salud y Asistencia Médica Prepagada del Ecuador. Las implicaciones constitucionales y regulatorias que implica el cuerpo normativo en análisis, para lo cual, se incluye una breve introducción al Seguro donde consta su origen histórico, naturaleza como contrato y una introducción sumaría a la rama de la medicina prepagada. El estudio en cuestión demostrará la amenaza inminente que la Ley de Medicina Prepagada representa para el mercado de seguros; partiendo desde la desvirtuación de los principios elementales de cálculo del riesgo, la libertad de empresa bajo subterfugio del fin social del seguro y el contexto político-económico que se relaciona al cuerpo normativo.

Palabras Clave:

Seguros, prima, riesgo, inconstitucionalidad, contrato, universalidad, gratuidad.

Abstract

In Ecuador, in October 17 2016 the normative body called “Ley Orgánica que Regula a las Compañías que financien Servicios Integrales de Salud Prepagada y a las de Seguros que oferten Asistencia Médica” was published in the Registro Oficial. This legal body repealed the old Law that regulates the operation of private health and prepaid medicine companies, published in the Gaceta Oficial No. 12, on August 26, 1998. The new normative body came into force 180 days after its publication in the Registro Oficial, causing a series of criticisms for its apparently unconstitutional content and incompatible with the constitutional rights of health, freedom of association and freedom of enterprise. The objective of this article is to analyse the unconstitutionality action presented before the Constitutional Court by the highest representatives of the Health Insurance and Prepaid Medical Assistance of Ecuador. The constitutional and regulatory implications implied by the normative body in analysis, for which a brief introduction to insurance is included where its historical origin, nature as a contract and a summary introduction to the branch of prepaid medicine are included. The study in question will demonstrate the imminent threat that the Prepaid Medicine Law represents for the insurance market; starting from the distortion of the elementary principles of risk calculation, the freedom of business under the subterfuge of the social purpose of insurance and the political-economic context that is related to the normative body.

Keywords:

Insurance, premium, risk, unconstitutionality, contract, universality, gratuity.

1. Universidad San Francisco de Quito, estudiante del Colegio Jurisprudencia y el Colegio de Administración y Economía. Quito, Ecuador. cvillacreses1@estud.usfq.edu.ec

2. Universidad San Francisco de Quito, estudiante del Colegio Jurisprudencia. Quito, Ecuador. murbanoe@estud.usfq.edu.ec

Introducción

En 2015, la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó la nueva Ley Orgánica que Regula a las Compañías que financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que oferten cobertura de Seguros de Asistencia Médica (a la cual nos referiremos en adelante como nueva “Ley Orgánica de Medicina Prepagada o LOMP”), cuyo contenido difiere considerablemente con la antigua ley reguladora de las empresas de medicina prepagada. La nueva Ley prescribe la imposibilidad de los aseguradores de negar solicitudes de contratos de afiliación, la exigencia a la aseguradora de la cobertura total de preexistencias, el impedimento de aumentar las primas a base de la siniestralidad y de calcular riesgos por cuenta propia, entre otros elementos que involucran un riesgo a la permanencia en el mercado de las empresas de medicina prepagada. El contenido de la LOMP ha sido altamente cuestionado por los titulares de las empresas involucradas, debido a que atenta contra la naturaleza del contrato de seguro, así como las garantías constitucionales que protegen la libertad de ejercer actividades económicas.

El presente artículo busca definir el alcance de la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada y su impacto en los derechos constitucionales que abarca este cuerpo legal. Como primera parte, se realizará una breve introducción al Seguro, comenzando por su historia y su naturaleza contractual para, posteriormente, evaluar los derechos presuntamente vulnerados que alega la Acción Pública de Inconstitucionalidad presentada por Ecuasanitas S.A. y Humana S.A.

Breve Historia del Seguro

De acuerdo con Manes (2008) el Contrato de Seguro “remonta su existencia a Asiria, Babilonia y Egipto” (p.76). Dichas sociedades desarrollaron primitivamente el seguro, puesto que, observaron las ventajas de la minimización del canon de riesgo. Las sociedades desde aquella época buscaron mecanismos eficaces para otorgar seguridad a las transacciones, especialmente, comerciales, que realizaban con la finalidad de satisfacer las necesidades específicas a las que se enfrentaban.

El primer *seguro* en existir jurídicamente y ser regulado fue el *seguro marítimo*, esto ocurre debido al desarrollo del comercio por mar y tierra entre Europa y Asia en el siglo XIV y los estatutos de Barcelona en 1435, Burgos en 1494 y Sevilla en 1554 (Durvan, 2000, p.8).

Posteriormente, el primer “seguro de vida” celebrado conforme a una póliza fue emitido por la compañía inglesa *The Royal Exchange*, en 1583. Años más tarde, en 1667, se desarrollaría el Seguro de incendio debido al llamado “incendio de Londres”, de 1667 (p.17). La tendencia continuó a lo largo de los siglos, convirtiendo al Seguro en uno de los métodos más comunes y variados de proteger el patrimonio de un titular (Durvan, 2000).

En cuanto al ámbito doctrinario, el estudio del seguro fue apareciendo por la necesidad de encasillar todas las características de este contrato desarrollado por los comerciantes y darle una forma jurídica que permita resolver las controversias que se suscitan con su aplicación. “La doctrina moderna afirma que todo objeto es asegurable siempre y cuando se cumplan ciertas características; aleatorio, posible, concreto, lícito y de contenido cuantificable” (Guardiola, 1990, p.19).

En cuanto a la historia nacional, Sasso (2011) puntualiza “el surgimiento del seguro data de la época republicana debido a la influencia de las potencias europeas como España e Inglaterra que poseían un desarrollado sistema de aseguramiento marítimo” (p. 71). El mismo autor explica que, dadas las circunstancias de la coyuntura política y económica de la época, el seguro en las colonias existió de manera rudimentaria y poco regulada. En el Ecuador, la primera regulación jurídica en materia de seguros data de 1909, con tan solo seis empresas aseguradoras en el mercado. Años más tarde, se crea la primera compañía de seguros en el Ecuador; la *Nacional Compañía de Seguros Generales S.A* (Sasso, 2011). Esta compañía tenía un enfoque holístico sobre el objeto asegurado cubriendo múltiples ramas. En los años cuarenta se desarrollan empresas aseguradoras con énfasis en automotores, accidentes personales y patrimonios. “En los años cincuenta y sesenta se desarrolla el Seguro ante el incumplimiento contractual y los Reaseguros” (Alvear, 2001, p.32).

En la actualidad, existen alrededor de 58 compañías aseguradoras de diversa escala operando en el mercado nacional cuya regulación, control, vigilancia y promoción se encuentra a cargo de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

La naturaleza del Contrato de Seguros

El contrato de seguro mantiene los mismos elementos de todo contrato y negocio jurídico; no obstante, a pesar de estar enmarcado en los conceptos teóricos clásicos, este contrato es lleno de particularidades que lo diferencian de manera sustancial de cualquier otro tipo contractual. Para Ibarra (2017), “el contrato de seguros nace a la vida jurídica como una combinación de cláusulas impuestas, pero, también, de negociaciones en que las partes pueden llegar a un acuerdo salvaguardando así sus intereses” (p. 87). Lo que menciona Ibarra es el motivo principal por el cual en el contrato de seguros existen variaciones a las concepciones clásicas.

Es menester puntualizar que en el caso del contrato de seguros, existe una relativa limitación a la libertad de configuración interna. Esto ocurre debido a que la naturaleza del contrato de seguro supone la adhesión de una de las partes a ciertas cláusulas predispuestas. Los contratos de adhesión tienen como característica una desigualdad en la relación contractual, ya que una de las partes ostenta la parte económicamente fuerte y conforma la posición dominante del contrato (Palacios, 2017). Cabe aclarar que la naturaleza del contrato de seguro mantiene su naturaleza consensual pese a la adhesión, ambos términos en materia contractual no son excluyentes. Sin embargo, la adhesión supone sin duda la existencia de una parte dominante que, entre otras cosas, elabora unilateralmente el texto del contrato; esto es, bajo supervisión de la entidad competente que, en el caso ecuatoriano, es la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros

Este tipo de contrato es además de naturaleza mercantil, ya que consiste en un acto de comercio por parte de los contratantes. Es principal debido a la posibilidad de existir por sí mismo sin necesidad de otro contrato y de tracto sucesivo (en casos particulares, puede haber excepciones). En materia de seguros, la buena fe es el pilar fundamental del desarrollo de esta actividad, ya que permite a los asegurados y compañías de seguros establecer vínculos contractuales basados, únicamente, en declaraciones (existencia y estado del objeto) y promesas (indemnizar en el evento de que se verifique el riesgo). La buena fe en materia contractual, a diferencia de otras ramas del Derecho, busca el cumplimiento eficaz y transparente sin frustrar el objeto y fin del contrato. La buena fe en materia contractual se distingue, a su vez, en al menos dos etapas que conforman el *Iter Contractual*; la etapa precontractual, de negociación o tratativas y la etapa de cumplimiento o ejecución del contrato. Para Parraguez (2019), parte de la buena fe en la etapa precontractual consiste en “la lealtad al proporcionar a la otra parte toda la información relevante que tenga sobre el contrato que se piensa celebrar y que sea relevante para la otra parte, de tal manera, que ambas celebren el negocio de manera informada” (p. 291).

Los seguros de salud y asistencia médica prepagada

Los seguros de salud y asistencia médica prepagada son una derivación del seguro de vida que, según Barrera (2016), “tiene orígenes remotos, nace de la necesidad sentida por el hombre de precaverse contra futuros y temidos riesgos que puedan correr contra su persona” (p. 456). Adicionalmente, se señala que los seguros de vida son contratos de seguros especiales, ya que sus características se alejan parcialmente de la concepción clásica de los seguros de daños, seguros en los cuales el nivel de aleatoriedad e incertidumbre sobre la verificación del riesgo es mayor (Barrera, 2016).

A mediados de la década de 1930 nace el concepto de la medicina prepagada. Históricamente, este ramo del seguro se aleja relativamente de los demás, ya que el riesgo en cuestiones relacionadas a la salud y la vida se encuentra en el rango de lo cierto y probable. Ahora bien, esto no significa que en las cuestiones técnicas la manera de establecer las relaciones contractuales deba ser totalmente distinta, puesto que, de modo general, se parte de los mismos principios básicos que rigen a la actividad aseguradora.

En virtud de aquello, sostenemos que la prima debe ser calculada en cada caso particular, basándose en todos los aspectos que se requieren para obtener una correcta aproximación al riesgo que se transfiere. Según Guardiola (1990), “para calcular el valor aproximado de la prima que permita a la empresa cubrir sus gastos operativos se utilizan aproximaciones técnicas como: cálculo de probabilidades, ley de grandes números, tasa de riesgo, cálculo de siniestralidad” (p.76). Por todo esto, nos atrevemos a decir que, el funcionamiento y conformación de las empresas aseguradoras de salud y asistencia médica prepagada, obedecen a una estricta regulación que pretende equilibrar los beneficios entre las partes contractuales.

La Pretensión de las empresas de medicina prepagada respecto a la nueva Ley: la Acción Pública de Inconstitucionalidad

El 31 de octubre del 2016, los representantes legales de las empresas de medicina prepagada Ecuasanitas S.A. y Humana S.A. presentaron una acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, pretendiendo se declare inconstitucional por forma y fondo de la nueva Ley Orgánica de Medicina prepagada. Los argumentos presentados por los legitimados activos, afirman que existen numerosas causales de inconstitucionalidad que atentan contra los derechos, tanto de la parte asegurada como de la aseguradora. Afirman, también, que el impacto negativo de la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada, es tal, que la sostenibilidad de dichos operadores económicos en el mercado se volverá casi imposible. Sus principales argumentos serán analizados a continuación:

El deber del Estado de precautelar el acceso universal a la Salud

La disposición General Quinta de la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada dispone que:

Las empresas de seguros o medicina prepagada deberán cancelar o reembolsar a la institución de la Red Pública Integral de Salud, los montos que por atenciones médicas en sus unidades se hayan efectuado a personas que también sean titulares y/o beneficiarios de seguro privado de salud y/o medicina prepagada hasta el monto contratado (LOMP, 2016).

La parte accionante afirma que lo dispuesto en el texto anterior es una grave violación al mandato constitucional de la gratuidad y universalidad en los servicios de salud, conjuntamente al deber primordial y superior del Estado como garante de dichos derechos. “La norma traslada deberes primordiales del Estado a compañías privadas y fundamentalmente a las personas que acceden a sus servicios (...) cuyas aportaciones servirán para financiar prestaciones de salud que legítima y obligatoriamente le pertenecen al Estado” (Corte Constitucional del Ecuador, Causa N.º 0075-16-IN, p. 6.).

Para determinar si existe o no violación de la norma constitucional es necesario remitirse a la definición y alcance de los principios de universalidad y obligatoriedad. La OMS (2018), en la resolución CD53/5, Rev.2 habla de un enfoque multisectorial de iniciativas público-privadas. Las iniciativas antedichas no pueden contravenir las normas constitucionales tales como la “libertad de desarrollar actividades económicas” amparado en el artículo 66 numeral 15 de la Constitución ni delegar la responsabilidad estatal de suministrar recursos suficientes para poseer un sistema de salud capaz de soportar una creciente demanda. Dentro del caso en concreto, poseer un seguro privado de salud no es equivalente al derecho de acceder a la atención médica pública con igual eficiencia y rapidez.

Dado que ambos servicios se financian con los aportes de sus miembros, un beneficiario simultáneo de la Red Pública Integral de Salud y de un Seguro privado de medicina prepagada debe tener capacidad de satisfacer sus necesidades como asegurado en cualquiera de las dos opciones a su alcance, sin menoscabo del derecho que posee a recibir atención oportuna en la Red Pública Integral de Salud no por dádiva sino por un mandato constitucional exigible e irrenunciable amparado en el artículo 359 de la Constitución.

Esta investigación respalda que lo prescrito en la Disposición General Quinta vuelve infructuosa la existencia de la Red Pública Integral de Salud y su obligatoriedad, juntamente con su carácter irrenunciable, puesto que, en un caso hipotético de que el ciudadano pudiera optar solamente por un seguro privado, obtendría la cobertura requerida. En otras palabras, la responsabilidad y mandato constitucional del Estado contenido en el artículo 360 respecto a la salud, está siendo transferido a empresas privadas.

En palabras de los legitimarios activos “los recursos destinados por los afiliados para planes complementarios y que amplían su cobertura de salud, servirán para financiar las prestaciones públicas básicas de salud que constitucionalmente está obligado a cubrir Estado, bajo los principios de gratuidad, universalidad y obligatoriedad” (Corte Constitucional, Causa N.º 0075-16-IN, p.42). La coyuntura económica del país contrastada con la naturaleza de esta disposición tiene vínculo directo. Según la OMS (2018), el Ecuador posee un déficit de alrededor de 8000 camas hospitalarias, conjuntamente a una infraestructura insuficiente y recursos escasos. En búsqueda de sanear la severa crisis en el sector de salud, cobra sentido la necesidad de captar recursos de empresas privadas para fines públicos; no obstante, esto no es un justificativo para permitir al Estado delegar sus responsabilidades frente a los ecuatorianos que tienen derecho a acceder a un sistema de salud óptimo.

Respecto al deber del Estado de financiar servicios de salud públicos

La Carta Política del Estado prescribe que “El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado (...)” (Constitución del Ecuador, 2008, artículo 355). Sin embargo, debido a la Disposición General Quinta de la LOMP asigna recursos privados para el financiamiento de prestaciones públicas existe una evidente contradicción con la norma constitucional.

Adicionalmente, el titular de la póliza de seguro consta con un cupo máximo de cobertura que, en caso de ser atendido en la Red Pública de Salud, será consumido. Esto en base a lo previsto en la Disposición General Quinta de la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada que determina que los servicios públicos serán costeados hasta el monto contratado en la póliza de seguro. Los legitimarios activos de la acción de inconstitucionalidad afirman “esto nos lleva al absurdo de que, mientras más las personas ejercen su derecho a la salud, acudiendo a los servicios públicos estatales, universales y gratuitos, cada vez podrán acceder a menor cobertura complementaria en sus planes de medicina prepagada” (Corte Constitucional, Causa N.º 0075-16-IN, p. 13). Hay que aclarar en este punto que dada la obligatoriedad e irrenunciabilidad de los servicios públicos de salud, las prestaciones médicas brindadas por agentes privados son de tipo complementario. No obstante, al verse cubierto el monto máximo de la póliza se contradice con el objetivo del usuario al contratar el Seguro privado, el cual, es brindar una cobertura y asistencia adicional al que le corresponde obligatoriamente por Ley.

Debido al contenido de la Disposición General Quinta cabe concluir que el usuario estaría financiando a la Red Pública Integral de Salud por dos vías distintas; la primera, a través de sus aportaciones regulares al Seguro Universal Obligatorio; y, la segunda, a través del pago de la prima realizado al Seguro privado de asistencia médica. Esto mientras el cupo del monto contratado en la póliza disminuye a la par que se ejercen tanto derechos contractuales como constitucionales. En conclusión, no solo contraviene la norma Constitucional que obliga al Estado a ser el garante del derecho fundamental a la salud sino que perjudica al contratante.

Sobre la vulneración al derecho a la libertad de empresa

La iniciativa privada de los Seguros obedece al incentivo de crecimiento y ganancia como razón de su existencia, afirma Palacios (2016):

No obstante cumplir el Seguro con una función social, no hay que olvidar que el sistema de seguros privado es un negocio (...) en tal sentido, una aseguradora necesita estudiar los riesgos que le proponen para poder elegir aquellos que puede asumir a efectos de no tener graves desequilibrios (p.158).

En virtud de aquello, la función social de los Seguros y su involucramiento con los intereses y derechos más elementales amparados por la norma constitucional no está en discusión; sin embargo, la existencia del seguro obedece, al mismo tiempo, a la libertad de desarrollar actividades económicas con fines de lucro, amparadas en el marco de la Ley, pues, no se debe olvidar que las compañías de Seguros son personas jurídicas que se regulan bajo las normas del Derecho Mercantil.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la libertad de empresa se consagra en el artículo 66 numeral 15 de la Constitución. La codificación de este derecho constitucional relacionado al libre desarrollo de la personalidad es verdaderamente amplia. Por ende, cabe delimitar dicho derecho que, en palabras de Aragón Reyes (2002), se admite como “acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte (...) utilizando los medios legales y económicos a su alcance en búsqueda del aumento patrimonial” (p. 26).

La LOMP (2016), establece estándares obligatorios de contratación para las empresas aseguradoras, entre las cuales destacan:

Establecer como obligación contractual la prohibición de incrementos adicionales a las tarifas o primas de los planes contratados, ante el apareamiento de enfermedades crónicas y catastróficas, sobrevinientes a la contratación y de negar la renovación de los contratos por dichas causas.

Se prohíbe toda clase de exclusiones en razón de (...) estado de salud, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, y por

lo tanto no se admitirán como criterio de rechazo de cobertura, suscripción o renovación de los contratos, y

No establecer incrementos adicionales de manera individual a los aportes, cuotas o primas del plan contratado, ante el apareamiento de enfermedades crónicas y/o catastróficas, ni negar la renovación de los contratos (LOMP, 2016, Artículos 10, 15.1, 20, 29, 30.1 y 35.5).

La consecuencia de esto es sumamente grave ya que no permite que las empresas realicen un cálculo de riesgo para saber si están en posibilidad de afrontar las obligaciones que devienen del contrato, permite que el Estado fije fórmulas de precios y asigne recursos privados al cumplimiento de obligaciones que debe llevar a cabo la Red Pública y, finalmente, transfiere los réditos empresariales a las arcas públicas lucrando de la iniciativa privada (Corte Constitucional, Causa N.º 0075-16-IN, p. 13).

Según Barrera Monge (2017):

Para pretender que el negocio de la protección sea rentable y cumpla con las estadísticas sobre las cuales se estructura técnicamente un sistema de seguros se debe analizar (...) factores de selección médica y técnica; edad, salud, antecedentes familiares, antecedentes personales, estado actual (del asegurado), la ocupación habitual, las aficiones (...) entre otros” (p.519).

En otras palabras, la Ley no debería establecer una prohibición al alza de la prima cuando el riesgo para la aseguradora es exponencialmente mayor, esto desvirtúa la naturaleza técnica del seguro y lo envuelve en un serio riesgo de afectación patrimonial y pérdida. Un de punto análisis relativo a la naturaleza del contrato de seguros es la parte final del artículo 20, donde prescribe que, a petición del solicitante no se admitirán como criterio de rechazo de cobertura, suscripción o renovación de los contratos (LOMP, 2016). Y la parte concluyente del artículo 29 “la revisión del precio se realizará de común acuerdo entre las partes” (LOMP, 2016).

A criterio de este equipo, la norma del artículo 20 obliga a la vinculación contractual entre el solicitante y la aseguradora, sin dar posibilidad a la aseguradora de rechazar la solicitud de adhesión basándose en criterios técnicos, mientras que, el artículo 29 incurre en una discordancia con la naturaleza del contrato de Seguros como contrato de adhesión, donde la Ley ampara minuciosamente el no establecimiento de cláusulas abusivas, pero, priva a la empresa aseguradora la imposibilidad de ofertar y estipular el precio libremente a base de la consideración del riesgo, a la cual, el solicitante se adhiere por voluntad propia y con pleno conocimiento.

Sobre la inconstitucionalidad por forma y la violación al principio de reserva de ley

Los accionantes de la causa No. 0075-16-IN alegaron que la LOMP contiene una violación a la reserva de ley orgánica que prescribe nuestra Carta Política en el artículo 133 numeral 2. Dicha afirmación se sustenta en el artículo 17 de la LOMP que delega a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la creación y aprobación de cláusulas contractuales obligatorias para empresas de medicina prepagada, lo cual, implica restricción y limitación al ejercicio de derechos constitucionales tales como la libertad de contratación y la libertad de empresa. No obstante, este equipo de investigación sostiene que los accionantes en este punto incurren en un error, ya que al momento de presentar esta alegación los accionantes no analizan que en virtud de lo prescrito en el artículo 213 de la Carta Política:

Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general (...) (Constitución del Ecuador, 2008, artículo 213).

Esta norma constitucional faculta a la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros ejercer control, intervención y auditoría de las actividades comerciales de las personas jurídicas sujetas a su vigilancia; así como también lo prescrito en el artículo 430 de la Ley de Compañías. Por otra parte, los accionantes previo a fundamentar su acción no han considerado lo prescrito en el artículo 25 del Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero que expresamente prescribe la facultad de la superintendencia de revisar y aprobar las cláusulas contractuales de las pólizas.

Como se ha sostenido a lo largo de este ensayo, se considera que las empresas que ofertan asistencia médica y salud prepagada forman parte del tronco común de los seguros de vida, por tal, estas compañías se encuentran sujetas de igual forma a lo prescrito en el Código Orgánico Monetario y Financiero. En lo que respecta a su control y supervisión, la ejerce la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, lo cual, incluye la revisión y aprobación de las respectivas cláusulas contractuales. Es decir, no es algo nuevo que se ha impuesto a través de la nueva ley sino que la superintendencia siempre ha tenido esta facultad.

El contexto de la formación y creación de la nueva Ley de Medicina Prepagada

La Dirección Actuarial e Investigación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social realizó un estudio acerca del estado actual de las empresas de medicina prepagada. En el informe realizado existen datos que desafían la credibilidad, los cuales constan en la "Figura 1":

Figura 1. Prima neta emitida por las compañías de Asistencia Médica (2014)

No.	Razón Social	Ingresos prestacionales	Gastos prestacionales	Utilidad	Ratio de gastos
1	SALUDSA SISTEMA DE MEDICINA PREPAGADA DEL ECUADOR S.A.	149.289.09,00	88.892.648,90	60.396.44310	59.54%
2	ECUASANITAS S. A	54.057.476,22		54.057.47622	0.00%
3	MEDICINA DEL ECUADOR MEDIECUADOR HUMANA S. A	35.299.090,15		35.299.0816	0.00%
4	INTERLAB S.A	22.607.181,00	6.045.292,05	16.560.889,54	26.75%
5	MEDICINA DEL FUTURO DEL ECUADOR MEDICALFE S. A	15.926.846,85	8.852.863,49	7.074.003,36	55.58%
6	MEDICINA PREPAGADA CRUZBLANCA S.A	14.247.733,53	4.790.384,37	9.457.349,16	33.62%
7	CENTRO DE DIÁLISIS CONTIGO S.A DIALICON	8.687.816,29	832.386,67	7.855.429,62	9.58%
8	MEDIKEN MEDICINA INTEGRAL KENNEDY S. A	6.637.953,48	4.440.789,65		66.90%
9	INMEDICAL MEDICINA INTERNACIONAL S. A	9.608.227,48			
10	LABORATORIO CLÍNICO ARRIAGA C. A	4.552.296,31			0.00%
11	GRUENTE CIA. LTD.	4.383.159,83	268.118,12		6.12%
12	OMNISCAN RADIÓLOGOS ASOCIADOS S.A		670.431,56		
13	LABORATORIO CLÍNICO ALCÍVAR S.A ALCCLINIC	3.660.398,33	268.566,38		7.34%
14	LABSERVICES S. A	2.949.023,95	864.859,09		29.33%
15	PASAL PATIÑO SALVADOR CÍA. LTDA	3.892.260,00	359.729,35		12.44%
16	HOSPIMÁGENES S. A	2.402.342,01	549.860,69		22.87%
17	ALFAMEDICAL S.A				
	TOTAL	337.202.888,04	116.896.909,32	223.036.416,28	34.65%

Nota. Estadísticas de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, al 31 de diciembre de 2014. Transcrito de la acción pública de inconstitucionalidad N.º 0075-16-IN.

Entre las numerosas falencias de este trabajo se puede citar, por ejemplo, en el casillero número 2 se encuentra la compañía Ecuasanitas S.A. cuyos ingresos prestacionales ascienden a \$54.057.475,22. Sin embargo, los gastos prestacionales son un casillero en blanco. Es decir, según el informe emitido por el IESS, de los más de 60 mil usuarios activos de Ecuasanitas S.A. ninguno presentó siniestralidad alguna que representase egreso para la compañía. A su vez, se considera que los \$54.057.475,22 obedecen a utilidad neta de la compañía, dándole una ratio de gasto del 0%. El porcentaje de 0% de ratio de gasto pasa a computarse con los restantes de las demás empresas de la lista dando un total de 34.65% de ratio de gasto, convirtiéndolas, según este informe, en uno de los sectores empresariales más rentables del país.

Un margen tal de ganancia presupondría la viabilidad presupuestaria de lo dispuesto en la Disposición General Quinta. Sin embargo, las empresas de medicina prepagada alegan que dicho informe se sostiene sobre datos equivocados, siendo el informe realizado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros el que, efectivamente, evidencia la situación actual de las compañías involucradas.

Este informe es diametralmente opuesto en cifras al realizado por el IESS ya que este último supone que la utilidad conjunta del sector de la medicina prepagada es de US\$221,036, 410.28 cuando la realidad corresponde a US\$ 15'909.222, una diferencia de más de 200 millones de dólares (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, 2014).

Para contrastar la realidad entre ambos informes, cabe retomar el ejemplo de Ecuasanitas S.A. Según el informe del IESS, esta empresa tiene un porcentaje de rentabilidad del 100%, una ratio de gasto del 0% y una utilidad neta de alrededor de 54 millones de dólares. Según el informe de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros posee un rango de utilidad del 12.4%, una ratio de gasto del 84% y una utilidad neta de tan solo \$4.148,615, datos que constan a continuación:

Figura 2. Informe de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (2014)

No.	Nombre Comercial	ACTIVO	PASIVO	INGRESOS	GASTOS	UTILIDADES SIN IMPUESTOS	UTILIDADES NETAS
1	SALUD S. A	33484810	21319155	137032857	121418789	15614068	10164165
2	BMI	13220072	9861336	67895215	65970466	1924750	1127078
3	ECUASANITAS	23861320	10401569	52038311	45776583	6261728	4148615
4	HUMANA	15205997	12648923	32933926	31567119	1366807	892855
5	BEST DOCTORS	15834148	15681885	23020317	27537494	(4517627)	(17121)
6	CONFIAMED	1686375	1413812	21380758	23263131	(1829319)	(1923514)
7	CRUZBLANCA	20985527	13017573	18064942	16117816	1947125	951657
8	MED-EC S. A	2048787	1276840	7545419	7385765	15964	83842
9	ASISKEN S. A	1572096	969600	7353615	7268225	85389	W37439
10	MED.I.KEN S. A	1676078	1105809	7071.178	6999565	71614	54643
11	INMEDICAL S. A	2166585	1683060	5322126	5043945	278181	162492
12	TRANSMEDICAL S. A	1465821	1247392	4148215	4052451	95764	14715
13	HEALMED S. A	737966	174581	3974779	3968580	6198	4019
14	BLUECARD ECUADOR	688997	385926	3778746	3704508	74238	38247
15	PLUS, MEDICAL	837441	449233	2574643	2486520	88123	58426
16	LATINA SALUD	885119	232439	2574643	2537677	36583	13031
17	PLAN VITAL	830037	468601	2574260	1885448	8869	8869
18	MEDIASIST	676185	256365	1894317	1450146	75478	45676
19	VIDASANA S. A	317072	245420	1525624	869343	(72691)	(72691)
20	ALFAMEDICAL S.A	559813	273273	796652	698820	10919	(2547)
21	NORTHERN LIGHT S. A	573782	194464	709539	632595	62714	26282
22	SERMEDIPRE	412208	160151	695308	619030	32449	21164
23	COLMEDICAL	314250	26493	651479	504599	47622	47622
24	ALIANZA ALIANPREME	242871	96731	552221	225957	5034	1950
25	ONCOMEDICA S. A	214451	3840	230991	125145	976	647
26	BELGENICA	282251	1451	126121	57026	445	247
27	M.E.D.I.C. A	653165	282544	57472	34890	21338	21338
28	PRIVILEGIO MEDICINA						
29	VUMILATINA S. A	210298			14	(14)	(14)
30	ATLANTICMED S. A						
	Total general	141644522	93878107	404005255	382201446	21856414	15909222

Nota. Transcrito de la Acción de inconstitucionalidad N.º 0075-16-IN, la tabla muestra datos provenientes de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Lo cierto es que el proceso legislativo de formulación, redacción y debate de la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada se realizó en base a los informes realizados por la Dirección Actuarial y de Investigación del IESS, cuyos errores han sido afirmados manifiestamente por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Dado el impacto que esto supondría en la empresa privada, en los derechos de los asegurados y de las empresas de medicina prepagada es menester que la autoridad constitucional evalúe -en fondo y forma- el cuerpo legal que regula las empresas de medicina prepagada afín de evitar impactos devastadores.

Conclusiones

Una rama particular del Seguro es la asistencia médica prepagada, cuya relación estrecha con los derechos constitucionales a la salud y la vida la vuelve una rama de difícil regulación. El 17 de octubre de 2016 fue publicada en el Registro Oficial la Ley Orgánica que regula a las compañías que financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica. El contenido de este cuerpo normativo difiere con la naturaleza del contrato de Seguros, al impedir a la parte aseguradora calcular el riesgo que representa un potencial contratante y privándole de la posibilidad de negar la afiliación en caso de que dicha relación contractual le resultase perjudicial. Esto viola la naturaleza consensual del contrato y el principio de libertad de conclusión contenido en la teoría general del contrato.

Además de diferir con la naturaleza del contrato, existen normas constitucionales que han sido vulneradas. Entre ellas, las más importantes son: el deber del Estado de precautelar el acceso universal a la salud, el deber del Estado de financiar servicios de salud públicos, la libertad de empresa entendida como actividad económica y el principio de la reserva de Ley.

Existe un error de fondo que convierte a la nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada en una amenaza inminente a la permanencia de las empresas de esta categoría en el mercado. El informe realizado por la Dirección Actuarial e Investigación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, muestra una realidad financiera totalmente irreal respecto a los márgenes de rentabilidad de las empresas. La nueva Ley Orgánica de Medicina Prepagada fue redactada y pensada en base a índices de ganancia equivocados y ratios de gasto del 0%. La realidad está plasmada en el estudio realizado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros donde se evidencia que, en su conjunto, las empresas aseguradoras poseen una ratio de gasto mucho mayor. En síntesis, este informe demuestra que las empresas no se encuentran en la capacidad de asumir las obligaciones que la Ley impone sobre ellas.

Para el análisis del presente trabajo, es procedente analizar la coyuntura política y económica del Ecuador desde el año 2014 hasta la actualidad. Buscar métodos alternativos de financiamiento a la Red Pública Integral de Salud en un periodo donde los ingresos fiscales por exportación petrolera se ven drásticamente reducidos y la inversión en gasto público y corriente se dispara no es coincidencia sino una relación de causalidad. En la actualidad, la acción pública de inconstitucionalidad presentada en el año 2016, sigue sin ser revisada por el máximo órgano de control constitucional del país.

Referencias Bibliográficas:

- Acción Pública de Inconstitucionalidad. Causa N.º 0075-16-IN.
- Albaladejo, M. (2015). *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*, 13 Edición, Madrid: Edisofer.
- Alvear, J. (2017). *Introducción al Derecho de Seguros*, Guayaquil: EDINO.
- Aragó, M. (2014). *Constitución democracia y control*. (vol.88). Universidad Autónoma de México.
- Barrera Monge, A. (2011). *El seguro de vida sus extensiones y cobertura*, En Palacios Sánchez, Fernando. Seguros; temas esenciales, Cuarta Edición, Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Código Civil Ecuatoriano [CC]. (1005, 24 de junio). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Registro Oficial Suplemento 46.
- Código Orgánico Monetario y Financiero, *Libro III, Ley General de Seguros*. [COMF]. (2018, 14 de julio). Asamblea Nacional del Ecuador. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.332
- Constitución del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Constituyente. Registro Oficial 449
- Decreto Supremo 1117 de 1963[Presidencia de la República]. Artículo 1. de 7 de diciembre de 1963.
- Dirección Actuarial e Investigación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.(2014). *Informe Sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Incentivos Tributarios para Varios Sectores Productivos. Costo de Asumir el Copago de Afiliados que Utilicen Medicina Prepagada*. Cuadro No. 4.
- Durvan. (2000). *Gran Especialidad del Mundo*. Primera edición. Tomo 10. Bilbao: Editorial Marín.
- Guardiola Lozano. (1990). *Manual de Introducción al Seguro*, Madrid: Fundación Mapfre Estudios.
- Ibarra, M. B. (2017). *La peculiaridad de la adhesión en el contrato de seguro*. USFQ Law Review, 4(1), 87-102. <https://doi.org/10.18272/lr.v4i1.986>
- Ley de Compañías [LC]. (202, 28 de febrero). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Registro Oficial 312.
- Ley Orgánica que regula a las Compañías que financien servicios de atención integral de salud Prepagada y a las de Seguros que oferten cobertura de Seguros de Asistencia Médica [LOMP]. (2016, 17 de octubre). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Registro Oficial N° 863.
- Manes, A. (2008). *Tratado de seguros: Teoría General del Seguro*, Tomo I. Editorial Logos
- Organización Mundial de la Salud. (2018). Informe técnico sobre asistencia social en materia de Salud. En *Revista Anual de la OMS*.
- Organización Mundial de la Salud. (2018). *Resolución CD53/5*.
- Ospina Fernández, G. (2018). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Séptima Edición, Bogotá: Temis.
- Palacios, F. (2017). *El Derecho del Consumo y la Protección al Consumidor de Seguros*, Cuarta Edición, Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Palacios, F. (2017). *Seguros; temas esenciales*. Cuarta Edición, Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Parraguez, L. (s/f). *El Régimen General del Negocio Jurídico y el Contrato*. Inédito.
- Sasso, J. (2011). *La seguridad social en el Ecuador, historia y cifras*. Quito : FLACSO.
- Sentencia C-186/11. (2011, 16 de marzo). *Corte Constitucional de Colombia*.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (2014). Informe Superintendente de Compañías Valores y Seguros para la Asamblea Nacional. Oficio No. SCVS-DSC-2016-128-OF. 2014. <https://portal.supercias.gob.ec/wps/wcm/connect/ea8294c5-5975-4241-8257>