

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

ROBERTO ASPIAZU ESTRADA, titular de la cédula de ciudadanía 0902509694 domiciliado en la avenida Amazonas y República, Edificio Las Cámaras, Piso 8 del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, en mi calidad de Director Ejecutivo del Comité Empresarial Ecuatoriano, al amparo de lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ante Ustedes respetuosamente comparezco y presento el siguiente memorial de amicus curiae a la acción pública de inconstitucionalidad **0075-16-IN**:

I. SOBRE EL COMITÉ EMPRESARIAL ECUATORIANO Y SU LEGÍTIMO INTERÉS EN LA CAUSA

1. El Comité Empresarial Ecuatoriano (“CEE”) es una organización sin fines de lucro cuyo objetivo consiste en agrupar a los distintos gremios empresariales del Ecuador para representarlos y presentar propuestas que sirvan al fortalecimiento del aparato productivo nacional y al crecimiento económico sostenido.
2. Nuestra organización está comprometida con el sector privado del país para apalancar el desarrollo económico y social, bajo los principios de sostenibilidad, seguridad jurídica, democracia representativa y alternativa, libertad de empresa, solidaridad, la libre y leal competencia, así como la estabilidad en el ambiente de negocios.
3. El CEE persigue mantener la estabilidad normativa y debatir las decisiones que el Estado toma frente al tejido productivo nacional en todo nivel. Hoy, nuestro gremio se encuentra profundamente preocupado por la situación de absoluta inseguridad y arbitrariedad en la que se encuentran las empresas de medicina prepagada y los mismos consumidores por la vigencia de la Ley Orgánica que Regula a las Compañías que Financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepaga y a las de Seguros que Oferten Cobertura de Asistencia Médica (“Ley de Medicina Prepaga”).
4. Esta norma impone cargas extremadamente gravosas y cambia no solo el marco regulatorio para las empresas del sector, sino que trastoca la esencia misma del seguro de salud y soslaya las responsabilidades del Estado en materia de salud y seguridad social, trasladándolas de manera inconstitucional hacia los privados.
5. A lo largo de este memorial, el CEE presentará los argumentos que evidenciarán la incompatibilidad de la Ley de Medicina Prepaga con diversos principios y derechos constitucionales, entre ellos: i. La seguridad jurídica, ii. La libertad de empresa y de contratación, iii. La obligación Estatal de proveer servicios de salud gratuitamente en la red de hospitales públicos del país. En realidad, es tal el nivel de arbitrariedad e intrusión en la actividad de las compañías de medicina prepaga y de seguros que, para los

estándares internacionales, las diversas disposiciones de la Ley de Medicina Prepagada pueden catalogarse como una forma de expropiación indirecta.

6. Desde el sector empresarial, solicitamos atenta y respetuosamente que la Corte Constitucional proteja el ejercicio de la actividad privada de seguros con sujeción a los principios de seguridad jurídica, libertad de empresa y de contratación, pues solo de esta forma podremos garantizar que, en el futuro, la inversión nacional y extranjera observen a Ecuador como un Estado serio, respetuoso de los derechos de la empresa y comprometido con la generación de riqueza.

II. SOBRE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE SEGUROS Y DE MEDICINA PREPAGADA

7. El surgimiento de los seguros como una empresa humana data de las más antiguas civilizaciones. En la Edad Media¹, por ejemplo, las asociaciones religiosas acostumbraban a recolectar fondos y distribuirlos entre sus miembros, en caso de muerte. En Babilonia, existen rastros dentro del Código Hammurabi que evidencian diversos sistemas de ayuda mutua por accidentes de trabajo, mutualidades para compartir gastos en casos de pérdidas o la contribución del conjunto de la comunidad para sufragar los gastos para reemplazar un barco hundido en la tempestad². Posteriormente, en el Siglo XIV aparecen los primeros seguros de vida privados para mujeres embarazadas.
8. En efecto, la actividad empresarial de seguros tiene una importante y larga historia en la humanidad y se basa en algunas premisas que no pueden refutarse: (i) Desde sus orígenes, los seguros aparecieron como una forma de coordinación privada frente a las contingencias de la vida, se trataba, en definitiva, de que las personas se apoyen mutuamente para que, si hubiere un riesgo, el individuo estuviere protegido; (ii) Como la regla general en la vida es la imprevisión, los seguros siempre han sido un régimen de excepción, destinados a dotar de mayor certeza frente a una contingencia. Con estos antecedentes, es claro que la actividad empresarial de los seguros nace en el seno privado, bajo un espíritu mutual y cooperativo libre configurado por sus propias normas contractuales internas que siempre ha estado destinado a elevar las aptitudes de certeza de los seres humanos frente a una contingencia específica.
9. Los seguros tienen una importancia enorme en la sociedad contemporánea, pues permiten la administración de riesgos inherentes a las actividades humanas, además contribuyen a la sostenibilidad empresarial, al surgimiento de emprendimientos y, en general, al desarrollo de actividades, pues entre menos inseguridad sobre las contingencias, mayor es la tranquilidad y seguridad patrimonial de los agentes económicos.

¹ Véase Sánchez-Flores, Octavio. La Institución del Seguro en México. México D.F.: Editorial Porrúa.

² Durvan S.A. (2010). Gran Especialidad del Mundo. Editorial Marín. Tomo 15. Prestamos de la Gruesa. Primera edición. Bilbao. (Pág. 6).

10. El crecimiento de los seguros privados de salud se ha dado a partir de la articulación entre empresas altamente especializadas, ciudadanos conscientes y Estados responsables con sus obligaciones en materia de salud y respetuosos de los derechos de las empresas privadas y de los consumidores. Las compañías de seguros deben mantener un equilibrio complejo entre la cobertura efectiva de las contingencias y la sostenibilidad del sistema que se financia con primas que, por la naturaleza del seguro, son mucho más bajas que las prestaciones que efectivamente se dan, cuando existe una contingencia. Dada la enorme complejidad que implica la administración del riesgo en salud las empresas han tenido que especializarse, generando un *know how* a nivel local y global alimentado por financieros, matemáticos, médicos, salubristas, etc.
11. En este orden de ideas, las *empresas de medicina prepagada* cumplen un rol sumamente importante en la administración de riesgos de salud, pues financian el riesgo que tiene una persona de enfermarse. Se trata de que una persona, voluntariamente accede a un esquema de pago anticipado por cualquier tipo de gasto que se manifieste a futuro por una enfermedad que, a su vez, es administrado por compañías altamente especializadas en la gestión de esta clase de riesgos que, además, cuentan con una red de conexiones con hospitales, centros de salud, médicos, laboratorios, etc.
12. Típicamente, los planes de medicina prepagada incluyen atención hospitalaria, agendamiento de citas médicas en el sector privado y con especialistas de la confianza de los afiliados, productos exequiales, reembolso de gastos, médico en casa, servicios de laboratorio, imagen y medicamentos entre otros. Las prestaciones se dan con base en los montos contratados.
13. Pero la actividad de seguros y de medicina prepagada no solo viabiliza la tranquilidad patrimonial y la empresa, sino que también genera un encadenamiento productivo y de servicios sumamente importante. Así, las empresas prestadoras de servicios médicos, los mismos médicos y enfermeras, los auxiliares de servicios profesionales, los softwares necesarios para la medicina, las ambulancias, las farmacéuticas y sus trabajadores, y, en general, todos los actores económicos circundantes penden de la estabilidad normativa de las empresas de seguros y de su sostenibilidad. Entonces, es claro que cualquier cambio en la normativa y régimen de las compañías de seguros, generará un impacto enorme en las empresas y personas de la cadena de valor de esta industria.
14. Es incuestionable la importancia empresarial de las empresas de seguros y de medicina prepagada en Ecuador, así como resulta indudable que cumple un rol fundamental en las personas que lo contratan, pues les permite adquirir certeza frente a las contingencias de la vida. La protección de la seguridad privada de salud está sujeta a un equilibrio entre los aportes de los privados que libremente aceptan la cobertura, la responsabilidad de los afiliados y el respeto de la estabilidad normativa y de la autonomía de las compañías que, con una dilatada experiencia, administran los riesgos en salud de sus clientes.

III. ANTECEDENTES SOBRE LA LEY DE MEDICINA PREPAGADA

15. En el Registro Oficial 863 de 17 de octubre de 2016 se publicó la Ley de Medicina Prepagada. Esto, en el contexto de un Gobierno autoritario que no creía en la división de poderes y se manejaba bajo la filosofía de demonizar al sector privado y, a la vez, trasladarle vía ley las obligaciones constitucionales del Estado. La Ley de Medicina Prepagada incorpora una serie de normas inconstitucionales que permiten una sobre intrusión del Estado en la esfera de administración del seguro privado de salud y de los planes de medicina prepagada, así como una delegación de la obligación de garantizar el derecho a la salud de manera gratuita, universal y completa.

16. A pesar de que existe al menos una decena de normas inconstitucionales en la Ley de Medicina Prepagada, en este amicus curiae me enfocaré solamente en dos. En primer lugar, la Disposición General Quinta que prescribe:

“Las compañías que financian servicios de atención integral de salud prepagada o de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, deberán cancelar o reembolsar a la institución de la Red Pública Integral de Salud, los montos o valores 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 de lo contratado. En el caso de que la prestación se haya efectuado en una institución de salud privada y, siempre que haya mediado la respectiva derivación, las compañías que financian servicios de atención integral de salud prepagada o de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, deberán cancelar al establecimiento de salud privado o reembolsar a la institución de la Red Pública Integral de Salud los pagos efectuados por dichas atenciones, hasta el monto de lo contratado.”

17. Como se demostrará, esta norma soslaya la obligación estatal de garantía del derecho a la salud que debe ser cubierta por el Estado y no puede ser delegada a una empresa que, con fondos privados, está diseñada para cubrir contingencias de salud de manera limitada y complementaria.

18. Pero la Ley de Medicina Prepagada no se limita a trasladar una obligación natural del Estado al privado, sino que, además, incide arbitraria e injustificadamente en la marcha del negocio, detallando, por ejemplo, requisitos para la constitución de empresas, cláusulas contractuales, precios³, estándares de prestación del servicio, entre muchas otras que son sumamente preocupantes en un sistema de libre mercado.

³ Al respecto, el artículo 29 de la Ley de Medicina Prepagada dispone: “Art. 29.- Precio.- El precio que se fije en los contratos guardará conformidad con las notas técnicas y estudios actuariales aprobados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros con el soporte técnico de la Autoridad Sanitaria Nacional [...] Se prohíbe expresamente a las compañías que financien servicios de atención integral de

Av. Amazonas y República, edificio Las Cámaras, piso 8. Teléfono (593 2) 2456 761 Email:

info@cee.org.ec

Quito – Ecuador www.cee.org.ec

19. Al respecto, el artículo 23 establece condiciones formales para la configuración del contrato de seguro de salud, su objeto, sus condiciones comunes y hasta el plazo. Aunque todas estas cláusulas resultan, en sí mismas, inconstitucionales por la intrusión desmedida e injustificada del Estado en una actividad privada sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes, esto se vuelve aún más grave de cara a la delegación en blanco que la ley hace al Ministerio de Salud para imponer cláusulas contractuales obligatorias, según lo establecido en el artículo 30 numeral 4:

Art. 30.- Cláusulas contractuales obligatorias.- Todos los contratos para el financiamiento de servicios de atención integral de salud prepagada, así como los de seguros con cobertura de asistencia médica deberán contener en favor de sus afiliados y asegurados, las siguientes cláusulas obligatorias:

1.- Enfermedades crónicas y catastróficas sobrevinientes a la contratación.- 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.

2.- Atención de la emergencia médica.- Cubrir el financiamiento para la atención de toda emergencia médica, hasta el monto de la cobertura contratada, al momento del requerimiento efectuado por el prestador del servicio de salud. En este caso la atención deberá prestarse obligatoriamente en cualquier establecimiento de salud. Si el usuario no está en condiciones de ser trasladado a un establecimiento de salud, podrá solicitar en el lugar donde se encuentre, la presencia de un servicio de atención de emergencias médicas ambulatorias.

3.- Tarifa cero.- Los afiliados y asegurados, deberán recibir obligatoriamente, con cargo a la tarifa contratada, prestaciones de prevención primaria, que deberán ser determinadas y reguladas por la Autoridad Sanitaria Nacional.

4.- Otras que determine la Autoridad Sanitaria Nacional.” [lo destacado me corresponde]

20. A raíz de la emisión de esta ley, las empresas del sector de seguros de salud y de medicina prepagada se encuentran en una situación crítica por la imprevisibilidad sobre un aspecto básico para su operación: la estructura de los contratos. Además, como estas empresas regularmente se apalancan en otras compañías matrices ubicadas en otras partes del mundo, lo que incluye a los reaseguradores, el riesgo de las compañías ecuatorianas se incrementa notablemente. Esto, además de perjudicar la imagen del país en el mundo, por tener normas tan arbitrarias y tan poco comprensivas del negocio privado de los

salud prepagada, o de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, efectuar incrementos del precio de manera unilateral mientras transcurra el plazo estipulado en el contrato”

Av. Amazonas y República, edificio Las Cámaras, piso 8. Teléfono (593 2) 2456 761 Email:
info@cee.org.ec

Quito – Ecuador www.cee.org.ec

seguros, se traduce en un potencial perjuicio a los consumidores por el incremento de precios.

IV. LA LEY DE MEDICINA PREPAGADA TRASLADA INCONSTITUCIONALMENTE A LOS PRIVADOS LAS OBLIGACIONES ESTATALES EN MATERIA DE SALUD

21. Uno de los deberes primordiales del Estado Constitucional de Derechos y Justicia consiste en la garantía universal, gratuita, equitativa de la salud para sus ciudadanos, según lo establecido en el artículo 32 de la Constitución. Se trata de una prerrogativa fundamental que, incluso, muchos autores categorizan como una de las principales funciones del Estado de derecho moderno.
22. El contenido de este derecho implica, por un lado, que el Estado debe provisionar los fondos, instrumentos, políticas públicas, infraestructura, programas y talento humano para asegurar a los ciudadanos el más alto nivel de disfrute de su salud que, a su vez, implica el estado completo de bienestar físico, mental y social⁴, que se expresa como un derecho subjetivo.
23. La salud en nuestro ordenamiento jurídico tiene una dimensión doble: como obligación Estatal desarrollada, *inter alia*, en los artículos 3.1 y 358 de la Constitución y como derecho fundamental, desarrollado tanto en el artículo 32 *Ibidem* como en diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos⁵. En criterio de la Corte Constitucional la obligación estatal de garantía de la salud es trascendental porque:

“La salud es un derecho humano indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. De este modo, el derecho a la salud implica no sólo la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral”⁶

⁴ Organización Mundial de la Salud. ¿Qué es la salud? Disponible en <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions#:~:text=%C2%ABLa%20salud%20es%20un%20estado,ausencia%20de%20afecciones%20o%20enfermedades%C2%BB>.

⁵ El derecho a la salud está reconocido en numerosos instrumentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.iv.e); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 11 y 12. 1); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24.1); la Convención sobre la Protección de los trabajadores migratorios y sus Familiares (artículo 28); el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 25).

⁶ Sentencia No. 328-19-EP/20. Párrafo 42

24. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que la garantía de salud es, fundamentalmente, una obligación estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud garantizando una prestación médica eficaz y de calidad, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.⁷
25. Por su parte, en la reciente sentencia 328-19-EP/20, la Corte Constitucional detalló que este derecho se compone de cuatro elementos: **i)** La *disponibilidad* que implica que el Estado debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas, personal médico y profesionales capacitados; **ii)** La *accesibilidad*: Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben eliminar barreras de todo tipo; **iii)** La *aceptabilidad*, determinada porque todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados; **iv)** La *calidad*, pues la atención de salud debe ser apropiada desde el punto de vista científico.
26. Es claro que la garantía del derecho a la salud le corresponde al Estado y que la atención en los hospitales de la red pública debe ser, por expreso mandato del artículo 362 de la Constitución, gratuita y universal. Sin embargo, la Disposición General Quinta transgrede el principio de responsabilidad primaria del Estado en materia de salud y de forma inconstitucional lo delega a las empresas aseguradoras y de medicina prepagada. Ello, por cuanto dispone que, si un afiliado a un programa de medicina privada o un seguro de salud es atendido en la red pública de salud, las empresas deberán cancelar *“los montos o valores 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 de lo contratado”*⁸.
27. En efecto, el Estado ha trasladado al ámbito privado el financiamiento de los servicios de salud y, con ello, ha soslayado su obligación de proveer este servicio de manera gratuita y universal. Hoy, las empresas privadas y los clientes de las aseguradoras que pagan sus contribuciones a las compañías de seguros se encuentran financiando el sistema público de salud por una vía inconstitucional y arbitraria que debe ser controlada por la Corte Constitucional.
28. La atención de salud en Ecuador debe ser financiada con fondos del Presupuesto General del Estado que, a su vez, se nutre de ingresos permanentes como los impuestos que son pagados por ciudadanos y empresas privadas, como las aseguradoras, para que el Estado cumpla sus funciones constitucionales, entre ellas, la provisión gratuita de salud. En efecto y según el artículo 366 de la Constitución, el financiamiento del sistema de salud que proviene de fondos públicos debe ser oportuno, regular y suficiente.

⁷ Corte IDH. Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile. FRC. 2018, párr. 118

⁸ Disposición General Quinta. Ley de Medicina Prepagada

29. El escenario que plantea la ley es simplemente ilógico. Un ciudadano que, por el solo hecho de ser humano, ya tiene la garantía de atención de salud en el sistema público, accede a un seguro médico privado y paga el valor de la prima para atenderse de manera complementaria en un sistema privado. Sin embargo, ese mismo ciudadano hoy se encuentra en el absurdo de financiar la obligación estatal de provisión gratuita de servicios de salud con los aportes que deberían financiar sus atenciones médicas privadas y complementarias
30. En definitiva, el Estado no puede eludir su obligación de financiar el sistema de salud pública. No existe ninguna norma constitucional que le permita trasladar las cargas de pago por atención en las redes de hospitales y centros de salud del sistema de salud a las empresas privadas que cumplen una labor optativa, complementaria y limitada.
31. Por lo expuesto, solicito que, en defensa de la Constitución, del más básico sentido común, de la empresa privada y de los ciudadanos que confían en el sistema de seguros privados de salud, la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada.

V. LA LEY DE MEDICINA PREPAGADA ATENTA CONTRA EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LOS BENEFICIOS SOCIALES CONTRACTUALES

32. En Ecuador el trabajo es un derecho protegido por la Constitución⁹ y por tratados internacionales de derechos humanos¹⁰. Su garantía plena por parte del Estado permite la realización de una serie de derechos constitucionales conexos como la propiedad privada, la vivienda, la realización de actividades económicas, la libertad de contratación, la seguridad social, el libre desarrollo de la personalidad, etc.
33. Aunque el Estado garantiza el derecho al trabajo y le dota de una serie de protecciones normativas y de política pública, son los privados los llamados a configurar las condiciones de las relaciones laborales. Por esencia, el derecho laboral es de mínimos, o sea, la ley establece unos pisos sobre los cuales las partes no pueden negociar, por ejemplo, el salario básico, los días de vacaciones, los sobresueldos obligatorios, entre otros.
34. Sin embargo, en ejercicio de su autonomía de la voluntad las partes de un contrato de trabajo pueden fijar condiciones mutuamente beneficiosas y este es, precisamente, uno de los aspectos más importantes del derecho del trabajo moderno: la posibilidad de que las partes, y no la ley, maximicen beneficios en el seno privado.

⁹ Al respecto, el artículo 33 de la Constitución establece: “*El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado*”

¹⁰ Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Véase, entre otros Carta Internacional Americana de las Garantías Sociales de 1947; Carta de la OEA de 1948; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; Estatuto del Consejo de Europa; Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950

35. En este orden de ideas, uno de los beneficios laborales más comunes y valorados por empleados y empresarios son los seguros de salud privados. Se trata de que los colaboradores y, en casos, sus familias, además de la protección del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y del sistema de salud pública, que lo tienen por ley, puedan acceder a un régimen privado que les brinde más seguridad, oportunidad y calidad en el servicio.
36. La CEE, como representante de los grandes empleadores del país, observa que el esquema de elusión de la obligación Estatal de proveer gratuitamente el servicio de salud en la red pública trastoca la esencia del beneficio laboral del seguro privado, ampliamente utilizado en las empresas del país. Ello, por cuanto en la práctica se desvanece porque los financiadores públicos trasladarán este costo a las empresas de seguros de salud y de medicina prepagada lo que genera una disminución del monto de cobertura. El efecto final es que el cliente, empresa o trabajador o ambos, terminan pagando dos veces por un mismo servicio. Esto, pese a que los trabajadores y empleadores pretendían contar con un beneficio adicional de cobertura en la red privada.
37. En última instancia, la Ley de Medicina Prepagada implica una transgresión al derecho del trabajo en una de sus expresiones más sensibles: la disponibilidad de beneficios contractuales. De hecho, al analizar el tema con más detenimiento, para aquellos casos en que el Estado utiliza los fondos de las aseguradoras obtenidos con contribuciones que devienen del contrato de trabajo para financiar el sistema de salud pública, inclusive estaríamos frente a un escenario de uso inconstitucional de fondos indisponibles del trabajador para el pago de prestaciones de salud. Ha de recordarse que la remuneración, que también puede pagarse por medio de un seguro de salud, es indisponible y debe ser usada por el trabajador directamente y, si fuere en servicios, para los fines designados por este.

VI. LA LEY DE MEDICINA PREPAGADA IMPLICA UNA FORMA DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA E IMPLICA UNA TRANSGRESIÓN A LA LIBERTAD DE EMPRESA

38. El Capítulo IV de la Ley de Medicina Prepagada implica básicamente un manual de manejo de una empresa con todos los requisitos para la constitución¹¹, gestión¹², provisión de fondos, fijación de cláusulas contractuales¹³, coberturas¹⁴, precios¹⁵, etc. La ley que debería ser un mecanismo para regular los temas macro de la sociedad e imponer lineamientos amplios para que los privados desarrollen sus actividades, aquí se presenta

¹¹ Véase, artículos 8, 9 y 10 de la Ley de Medicina Prepagada

¹² Ibid. Artículos 11 y 12

¹³ Ibid. Artículos 23, 24, 25, 26, 27, 28 de la Ley de Medicina Prepagada.

¹⁴ Ibid. Artículo 20

¹⁵ Ibid. Artículo 39

como un manual estático de empresa fijado en el seno de un órgano legislativo con poco o ningún conocimiento sobre la actividad de seguros que, dicho sea de paso, es una de las más dinámicas y cambiantes.

39. Todo el Capítulo IV de la Ley de Medicina Prepagada extirpa la facultad de las empresas privadas de configurar libremente sus negocios. Este nivel de regulación en una actividad de la esfera privada es inadmisibile y podría generar consecuencias perjudiciales para el Estado ecuatoriano, pues en la jurisprudencia extranjera una norma que incide de tal forma en la marcha de una empresa puede ser catalogada como *indirectamente expropiatoria*.

40. Los Tribunales Internacionales en materia de inversiones han sido muy claros en advertir que la imposición súbita de estructuras regulatorias excesivas que le despojan a la empresa privada de su natural capacidad de autodeterminación puede ser entendida como una forma de expropiación¹⁶. Si bien la forma clásica de expropiación consiste en que el Estado se toma la propiedad privada, sin las previsiones legales ni la compensación correspondiente, esta noción ha ido evolucionando de tal forma que hoy también se considera que la sobre intrusión de la esfera pública en la privada, sin razonabilidad adquiere, en la práctica, los mismos efectos que la expropiación directa.

41. Al respecto, la doctrina ha expresado que las acciones de Estado, por más que *prima facie*, sean legítimas y legales¹⁷, pueden afectar en forma desmedida a las inversiones y cuando esto implica una indisponibilidad de la propiedad privada, se configura una forma de expropiación o, dicho de otra forma, el inversionista mantiene su título de propiedad, pero ve limitados sus derechos de uso de la propiedad como consecuencia de la intervención del Estado¹⁸. En definitiva, una propiedad ha sido expropiada también cuando el efecto de las medidas tomadas por el Estado ha sido privar al dueño del acceso al beneficio y uso económico de su propiedad.¹⁹

42. La Ley de Medicina Prepagada también impacta en la *libertad de empresa*, entendida como un derecho de autodeterminación personal que permite al individuo “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”²⁰. La libertad de empresa requiere que el Estado se abstenga de regular en exceso la actividad privada, permitiendo que los diversos actores de la economía de mercado cumplan sus funciones espontáneas y coordinadas.

¹⁶ Véase. Páez, M. La expropiación indirecta frente al CIADI, consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Estudios internacionales: Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, ISSN 0716-0240, N.º. 153, 2006, págs. 5-36

¹⁷ Brownlie, Iza, *Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 6a edición, 2003.

¹⁸ *Starret Housing Corp. v. Irán*, *sttpra* nota 12. Par. 1117

¹⁹ *Santa Elena S. A. v. Costa Rica*, nota 67 *supra*, par. 77.

²⁰ Manuel Aragón Reyes. “Constitución económica y libertad de empresa”. Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Tomo I: introducción y títulos valor. Iglesias Prada Juan (coord.). Madrid: Civitas, 1996, p. 171

43. Así, entonces:

“Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”²¹

44. Por lo expuesto, el CEE solicita a la Honorable Corte Constitucional que, de conformidad con lo señalado en la demanda presentada por los señores Pablo Rodrigo Albuja Espinosa y Patricio Alejandro Ávila Rivas en sus respectivas calidades de representantes de Humana S.A., y Ecuasanitas S.A., declare la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas de la Ley de Medicina Prepagada y, con ello, devuelva al sector privado el control efectivo y responsable sobre la marcha y el devenir de sus negocios.

VII. LA LEY DE MEDICINA PREPAGADA VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD JURÍDICA

45. Existen tres motivos esenciales por los que la Ley de Medicina Prepagada atenta contra el derecho fundamental a la seguridad jurídica: (i) Porque fue dictada con base en información que no cumple el requisito de claridad, publicidad, veracidad y rectitud previa; (ii) Porque otorga potestades *en blanco* para la regulación del mercado de seguros; (iii) Porque implica un cambio abrupto, desinformado, imprevisible y altamente gravoso para el estado de regulación del sector de seguros y de medicina prepagada.

i. La Ley de Medicina Prepagada fue dictada con base en información que no cumple el requisito de claridad, publicidad, veracidad y rectitud previa

46. La Asamblea Nacional aprobó la Ley de Medicina prepagada con base en estudios que no tienen la mínima solvencia técnica, ni son veraces ni objetivos. Su aplicación hoy tiene en riesgo la solvencia de las compañías de medicina prepagada. Tal como consta en el Informe sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Incentivos Tributarios para Varios Sectores Productivos, el IESS remitió información económica con respecto a las empresas de seguros en salud.

47. Desde luego, el IESS no es una entidad técnica especializada en valuación de rentabilidad de las empresas proveedoras de seguros de salud, tampoco es una entidad autónoma e independiente para estos efectos. De hecho, es una parte interesada en la dinámica inconstitucional de delegar al privado las obligaciones estatales en materia de

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Caso Francisco Cuello Duarte c. Art. 19 de la Ley 30 de 1986. Causa No. C-524/95. Sentencia de 16 de noviembre de 1995.

salud. Quizás por eso, el IESS informó que las compañías del sector de medicina prepagada tenían una utilidad neta de 221'036.410,28.

48. Sin embargo, la utilidad de las compañías del sector distan mucho de la cifra injustificada presentada por el IESS, pues para tal ejercicio económico la utilidad de US\$ 15'909,222, existiendo por lo mismo **una diferencia de no menos de US\$ 200'000,000**. Esto, ocurrió en parte porque el IESS, para demostrar que las empresas del sector tenían rentabilidad, no restó de los ingresos los gastos y, por ende, arrojó una cifra de utilidad absurda que denota la irrazonabilidad de la actuación legislativa.

49. En efecto, es claro que la Asamblea Nacional aprobó una ley con base en prejuicios relativos a la supuesta riqueza de las empresas aseguradoras que, por algún motivo justificaba que asuman obligaciones estatales. La información carecía de veracidad, porque la cifra de supuesta utilidad, que en ningún caso justificaba un acto de retaliación estatal, es, a todas luces, falsa.

50. Con esto, se ha transgredido el derecho a la seguridad jurídica que obviamente se fundamenta en que las autoridades con potestad normativa tomen decisiones con base en información pública, veraz y objetiva. Esto no ocurre con el supuesto informe de rentabilidad del IESS que no solo erró en el importe de utilidad de las empresas del sector, sino que, con ello, pretendió estigmatizarlas.

ii. La Ley de Medicina Prepagada otorga potestades en blanco para la regulación del mercado de seguros;

51. Admito que los derechos fundamentales pueden ser regulados y que la libertad de contratación puede estar sujeta a regulaciones razonables, proporcionales y prescritas en una ley. Aunque en ningún caso la sobre intrusión del Estado en la marcha del negocio de seguros es constitucional, cuando esta se manifiesta a partir de normas en blanco, el tema se vuelve, incontrovertible.

52. El artículo 30 de la Ley de Medicina Prepagada establece las cláusulas contractuales base para el financiamiento de servicios de atención integral de salud prepagada, así como los de seguros con cobertura de asistencia médica. Luego de hacer una lista en apariencia exhaustiva sobre las cláusulas obligatorias, dispone “4.- Otras que determine la Autoridad Sanitaria Nacional”. Lo mismo ocurre con el artículo 23 *Ibidem* que al definir los contratos dispone:

*Su estructura y contenidos se sujetarán a las **cláusulas obligatorias aprobadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros** para las prestaciones de salud que cubran dichos contratos; y, en todo lo que sea aplicable, a lo previsto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en lo atinente a protección contractual [lo resaltado me corresponde]*

53. Aquí observamos claramente que la Ley de Medicina Prepagada establece potestades en blanco para que la administración pública, llámese Ministerio de Salud o Superintendencia de Compañías, incida en la configuración de los contratos con absoluta libertad, como si fueran una parte contratante. Esto implica una potestad reguladora en blanco que colisiona con la garantía de reserva legal natural a este tipo de casos y, en lo esencial, atenta contra la garantía de claridad, determinación y publicidad previa de las normas.

54. Esto se torna aún más grave si reparamos en que la determinación de cláusulas contractuales por parte del Estado atenta contra la libertad de contratación que es la regla general en la esfera privada y que permite:

“que los particulares decidan con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractualle, incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes”²²

55. En mérito de lo expuesto, es claro que la garantía de seguridad jurídica se ve trastocada seriamente por la potestad en blanco que la Ley de Medicina Prepagada le confiere al Ministerio de Salud y la Superintendencia de Compañías, por lo que espero que esta Honorable Corte Constitucional realice el control que corresponde.

iii. La Ley de Medicina Prepagada implica un cambio abrupto, desinformado, imprevisible y altamente gravoso para el estado de regulación del sector de seguros

56. La Corte Constitucional ha desarrollado una línea sólida de argumentación con respecto a la seguridad que, en términos generales se entiende como una garantía de certeza, confianza y estabilidad jurídica respecto a la aplicación del ordenamiento jurídico²³ o, dicho de otra forma:

“se manifiesta como la necesidad que tiene la sociedad de contar con claros y precisos modelos normativos de conducta, establecidos con anticipación, para dotar de certeza y viabilidad a las previsiones jurídicas, así como asegurar situaciones jurídicas previamente consolidadas”²⁴.

57. La esencia del derecho fundamental a la seguridad jurídica consiste en que las personas naturales y fictas estén sujetas a reglas claras, previas y públicas que permitan tener certeza con respecto al devenir jurídico de nuestros bienes y derechos durante el tiempo. Se trata de una prerrogativa básica que el Estado reconoce: estabilidad normativa y previsibilidad.

²² Planiol, M. et al. (1930), *Traité pratique de droit civil français*, 11^a ed., T. VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

²³ Sentencia No. 2004-13-EP/19

²⁴ Resolución de la Corte Constitucional Registro Oficial Edición Especial 787 de 30 de noviembre de 2016 Av. Amazonas y República, edificio Las Cámaras, piso 8. Teléfono (593 2) 2456 761 Email:

info@cee.org.ec

58. No se puede concebir, por ejemplo, el ejercicio de una actividad económica sin modelos institucionales estables en el tiempo. El mantenimiento de los esquemas regulatorios tiene una correlación directa con la certeza de las empresas privadas de seguros respecto de sus inversiones, de su propiedad privada y de su relación con los consumidores. Esta seguridad, a su vez, permite la consecución de otros objetivos constitucionales como, por ejemplo, el derecho al trabajo, la maximización y optimización de los servicios de salud que ofrecen las empresas privadas, entre otros.
59. En este orden de ideas, la Ley de Medicina Prepagada impone un cambio abrupto, imprevisible y altamente gravoso para las personas jurídicas del sector asegurador del Ecuador y contra la previsión de los mismos usuarios del sistema: ciudadanos y ciudadanas que buscan un servicio complementario de salud a cambio del pago de una prima que por esta Ley verán las prestaciones del sistema impactadas por la arbitraria imposición de que las compañías asuman las obligaciones estatales en salud.
60. Adicionalmente la Ley de Medicina Prepagada transgrede la estabilidad en la gestión administrativa, financiera, contractual y de gestión del negocio y, con ello, derrumba la previsibilidad que las empresas tienen en el derecho, más aún, aquellas que por su naturaleza deben hacer una planificación de larga data que solo se logra encontrando certeza, seguridad y constitucionalidad de las normas que regulan el complejo negocio de los seguros.
61. Es claro que la seguridad jurídica se ha visto gravemente afectada por las normas que inciden en la gestión administrativa de las empresas de seguro y de medicina prepagada, como la Disposición General Octava que obliga la reinversión de utilidades o el artículo 29 de la Ley de Medicina Prepagada que irrumpe en la fijación de precios, los artículos 30 y 31 *Ibidem* que describe las cláusulas contractuales obligatorias y establecen el régimen de terminación anticipada, o la obligación de cubrir preexistencias declaradas según el artículo 34 de la misma norma.
62. Finalizo con un pasaje de un fallo de la Corte Constitucional de Colombia que sobre el tema ha dicho:

“El ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar [...] Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas”²⁵

VIII. SOLICITUD

63. Al tenor de lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicito que se acepte la comparecencia del

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-131 de 2004

CEE como tercero interesado en la acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra las diversas normas de 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 Asistencia Médica.

64. El CEE apoya la demanda presentada por los señores Pablo Rodrigo Albuja Espinosa y Patricio Alejandro Ávila Rivas en sus respectivas calidades de representantes de Humana S.A., y Ecuasanitas S.A., y en los términos de tal memorial, solicita que declare la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas.
65. En adición, con base en los argumentos fácticos y constitucionales expuestos en este memorial, solicito respetuosamente que se declare la inconstitucionalidad por el fondo de la norma demandada por atentar contra la obligación estatal de proveer servicios públicos de salud de manera universal y gratuita, así como contra el derecho a la salud, a la seguridad jurídica y a la libertad de empresa.
66. Autorizo al abogado Emilio Gallardo Cornejo para que intervenga y presente cuanto escrito sea necesario en la presente causa.
67. Las notificaciones que me correspondan las recibiré en los correos electrónicos raspiazu@cee.org.ec y egallardo@industrias.ec.

Suscribo con mi abogado patrocinador.

Ing. Roberto Aspiazu Estrada
Director Ejecutivo
Comité Empresarial Ecuatoriano

Ab. Emilio Gallardo Cornejo
Reg. 09-2010-264