

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

1. Pablo Rodrigo Albuja Espinosa, ciudadano ecuatoriano, mayor de edad, de estado civil casado, titular de la cédula de ciudadanía 1710245729, domiciliado en la ciudad de Quito, en mi calidad de Presidente y, como tal, representante legal de la **Asociación Ecuatoriana de Empresas de Medicina Integral Prepagada**, conforme lo acredito con el nombramiento adjunto, dentro del **Caso No. 0075-16-IN y acumulado**, ante ustedes atentamente comparezco y manifiesto lo siguiente:

I

COMPARECENCIA COMO AMICUS CURIAE

2. La Asociación Ecuatoriana de Empresas de Medicina Prepagada (“AEEMIP”) es una persona jurídica de derecho privado, sin fines de lucro, constituida para unir y representar a las personas jurídicas que conforman el sector de la medicina integral prepagada. Sus objetivos, entre otros, son propender a la defensa y extensión de los sistemas privados de la medicina prepagada en el país, participar en las políticas y programas que tiendan hacia el mejoramiento de su infraestructura de servicios, y representar y defender los intereses del sector ante los organismos públicos y privados.

3. Con fundamento en el primer inciso del artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”), comparezco en calidad de *amicus curiae* y presento argumentos jurídicos que contribuyan a la mejor resolución de la causa. Debido a que la sentencia que dicte la Corte Constitucional en este caso tendrá un impacto directo y trascendental para todas las personas jurídicas que conforman el sector de la medicina integral prepagada, así como de sus afiliados, solicito atentamente que los argumentos que formulo sean valorados y acogidos.

II

ANTECEDENTES RELEVANTES

4. En el Suplemento del Registro Oficial No. 863 del 17 de octubre de 2016 se publicó la Ley Orgánica que Regula a las Compañías que Financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y las de Seguros que Oferten Cobertura de Seguros de Asistencia Médica (en adelante “Ley” o “Ley de Medicina Prepagada”).

5. Debido a que varios artículos y disposiciones de la Ley de Medicina Prepagada transgreden normas contenidas en la Constitución de la República, tratados internacionales de derechos humanos y vulneran derechos fundamentales de las personas, las empresas Medicina Para el Ecuador Mediecuador Humana S.A. y Ecuasanitas S.A. (los “accionantes”)

presentaron el 31 de octubre de 2016 una acción pública de inconstitucionalidad. Dicha acción fue identificada y tramitada bajo el Caso No. 0075-16-IN y fue admitida a trámite mediante auto dictado el 13 de junio de 2017.

6. Igualmente, el Dr. Ramiro García Falconí, en calidad de Presidente del Colegio de Abogados de Pichincha, presentó el 15 de diciembre de 2016 una acción pública de inconstitucionalidad en contra de la Disposición General Quinta de la Ley. Dicha acción fue identificada y tramitada con el No. 0086-16-IN y fue admitida a trámite mediante auto dictado el 19 de junio de 2017. Adicionalmente, a través del referido auto, se dispuso la acumulación de la acción al Caso No. 0075-16-IN.

7. A través de este *amicus curiae*, presento argumentos que coadyuvan a dichas acciones de inconstitucionalidad y, en particular, se refieren a la inconstitucionalidad por el fondo de las Disposiciones Generales Quinta y Cuarta, y de los artículos 37, 42, 49, 53 y 55 de la Ley de Medicina Prepagada.

III

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN GENERAL QUINTA

A. Introducción al problema jurídico

8. El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador (“CRE”) instituye al Ecuador como un Estado constitucional de derechos, es decir, un Estado en el que ejercicio del poder está limitado por los derechos fundamentales¹. En concordancia con esta caracterización, (i) es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos, en particular la salud y la seguridad social (Art. 3.1 CRE); (ii) el más alto deber del Estado es respetar los derechos (Art. 11.9 CRE); y (iii) la Asamblea Nacional no puede atentar contra los derechos fundamentales (Art. 84 CRE).

9. El artículo 1 de la CRE define al Ecuador como un Estado Social. Esta caracterización significa, entre otras cosas, que el Estado es responsable de garantizar a sus miembros, sin discriminación alguna, prestaciones mínimas relacionadas con alimentación, salud, vivienda y educación que les permita vivir dignamente. Precisamente, los derechos económicos, sociales y culturales se sustentan en el reconocimiento de la dignidad humana como el mínimo de circunstancias materiales que deben acompañar a toda persona, pues no se concibe la existencia humana sin la satisfacción de necesidades básicas².

¹ Ramiro Ávila Santamaría, El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución del 2008. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pg. 967.

² Juan Carlos Marín Castillo y José Saúl Trujillo González, El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar. *Rev. Jur. Der.* [online]. 2016, vol.3, n.4 pp. 53-70.

10. Los derechos económicos, sociales y culturales están consagrados en el Título II, Capítulo II, de la CRE, bajo la denominación de los derechos del buen vivir, entre los que se encuentran los derechos a la salud y seguridad social. Adicionalmente, forman parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen en forma amplia estos derechos. Así, una de las finalidades esenciales del Estado, en línea con su carácter social y democrático, es garantizar el efectivo goce de los derechos económicos, sociales y culturales a sus habitantes.

11. El artículo 32 de la CRE consagra a la salud como un derecho que garantiza el Estado mediante el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, bajo el principio de universalidad. Asimismo, el artículo 362 de la CRE prescribe que los servicios públicos estatales serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios. Toda persona tiene derecho a recibir los servicios públicos estatales de salud.

12. Por su parte, el artículo 34 de la CRE consagra a la seguridad social como un derecho irrenunciable de todas las personas, cuya garantía es deber y responsabilidad primordial del Estado, bajo el principio de universalidad. Igualmente, el artículo 367 de la CRE establece que el sistema de seguridad social es público y universal, y cubrirá las contingencias de la población a través del seguro universal obligatorio. Adicionalmente, el artículo 369 de la CRE establece que las prestaciones de las contingencias de salud y maternidad se brindará a través de la Red Pública Integral de Salud ("RPIS").

13. Adicionalmente, es importante señalar que la Constitución instituye taxativamente las fuentes de financiamiento para la protección y garantía de estos derechos económicos, sociales y culturales. Por un lado, el artículo 366 de la CRE prescribe que el financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado. Por otro lado, el artículo 371 de la CRE establece que las prestaciones de la seguridad social se financiarán con los aportes de las personas y con los aportes y contribuciones del Estado.

14. Como se observa, los derechos a la salud y seguridad social deben respetarse y garantizarse por el Estado a todas las personas bajo los principios de universalidad, obligatoriedad y no discriminación. Por concepto, ningún ciudadano puede encontrarse excluido del sistema de salud ni ser privado de la prestación de los servicios públicos sanitarios. Así, la prestación de los servicios de salud en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos constituye un imperativo estatal ineludible a través de los principios de universalidad y obligatoriedad, y debe materializarse y garantizarse con las fuentes de financiamiento expresamente previstas en la Constitución.

15. Ahora bien, la CRE no excluye que, en forma complementaria, personas y entidades privadas puedan prestar servicios de salud o de financiamiento de tales servicios. Al contrario, el primer inciso del artículo 362 de la CRE permite que el servicio de salud sea prestado por entidades privadas, lo cual es concordante con el sistema económico social y solidario previsto en el artículo 283 de la CRE que se integra por formas de organización tanto pública como privada, y el derecho fundamental a desarrollar actividades económicas consagrado en el artículo 66.15 de la CRE.

16. Bajo este marco jurídico constitucional, las personas en forma libre y voluntaria pueden optar por destinar sus recursos y ahorros para complementar y ampliar la cobertura de salud básica que está constitucionalmente obligado a brindar el Estado, mediante la contratación de planes de medicina prepagada. Por este contrato, una compañía se obliga a financiar un conjunto de prestaciones de salud previamente acordadas, a cambio de un precio, asumiendo la obligación de responder ante las enfermedades cubiertas en el plan contratado³.

17. Los servicios de medicina prepagada permiten a sus afiliados ampliar u optimizar su cobertura de salud, a través del financiamiento de prestaciones adicionales, complementarias y diversas de aquellas que son prestadas por las entidades públicas de salud en forma universal, obligatoria y gratuita. Cuando una persona contrata un plan de medicina prepagada está pagando, de manera anticipada, los gastos que se manifiesten a futuro por una enfermedad. Es decir, se paga un precio por el financiamiento de coberturas médicas y hospitalarias que se pacten con la compañía.

18. La persona que contrata un plan de medicina prepagada no renuncia a las prestaciones mínimas de salud y seguridad social que brinda el Estado, ni puede quedar, por tal hecho, excluido de los servicios públicos de salud o de la seguridad social obligatoria. Además, el hecho de que una persona se afilie voluntariamente a un plan de medicina prepagada, a través de la suscripción de un contrato de naturaleza privada, no puede eximir a las entidades públicas de su obligación de brindar el servicio de salud y al Estado de financiarlo, según lo prescribe la Constitución y la ley.

19. En conclusión, en adición a los servicios públicos de salud que está obligado a brindar el Estado bajo los principios de universalidad, obligatoriedad y gratuidad, la contratación de medicina prepagada permite a una persona aumentar el nivel de cobertura, servicios y beneficios de salud mediante aportaciones voluntarias y financiadas totalmente por el afiliado. De esta manera, la contratación de estos planes optimiza el derecho de una persona

³ Iñiguez, Marcelo Daniel (2005). Contratos de Prestaciones de Salud y Derechos Humanos. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

para alcanzar el más alto grado de salud posible, sin que aquello sea excluyente o incompatible con los servicios públicos de salud y seguridad social.

B. Contenido y alcance de la Disposición General Quinta

20. La Disposición General Quinta de la Ley 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.

21. Esta norma impone a las compañías de medicina prepagada la obligación de cancelar o reembolsar a la RPIS los valores que por la prestación de atenciones médicas se hayan realizado a favor de afiliados a un plan de medicina prepagada, hasta el monto de lo contratado. Igualmente, la obligación de cancelación o reembolso aplica cuando la prestación médica a favor de dichos afiliados se brinde en establecimientos de salud privados, siempre que hayan sido derivados desde la RPIS⁴. Esta norma afecta gravemente a las compañías de medicina prepagada y a sus afiliados.

22. Desde el punto de vista de las compañías, el legislador les trasladó los costos de las atenciones que sus afiliados recibieron en la RPIS y que en el año 2014 superaron los US\$ 70 MM⁵, bajo la premisa falsa de que las compañías tuvieron una utilidad anual de US\$ 221

⁴ Un ejemplo de este caso fue analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 16-16-JC/20, en el que las personas con insuficiencia renal crónica no pueden ser atendidos directamente en la RPIS por falta de disponibilidad de establecimientos y tienen que ser derivados a clínicas de diálisis privadas, pero los valores de dichas atenciones tienen que ser cubiertos por el Estado.

⁵ Informe sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Incentivos Tributarios para Varios Sectores Productivos elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

MM. Sin embargo, esta cifra fue obtenida de un informe actuarial falso que no consideró los gastos de todas las empresas del sector⁶, cuando la utilidad real de éstas fue de apenas US\$ 12 MM. Obviamente, trasladar el monto de US\$ 70MM anuales a un sector privado cuya utilidad no supera los US\$ 12 MM, pone en riesgo la sostenibilidad del sistema y amenaza con el cierre de las compañías.

23. Desde la perspectiva de los afiliados, los costos de las atenciones que reciban en la RPIS o en establecimientos privados previa derivación de la RPIS, se financian con los valores aportados a su plan de medicina prepagada, hasta el monto contratado. Es decir, si un afiliado a un plan de medicina prepagada acude a la RPIS para recibir atención de salud, los ahorros que aportó para prepagar servicios de salud privados y complementarios ya no serán usados para tales fines, sino para financiar las prestaciones públicas de salud a las que ya tenía derecho a acceder, sin un costo adicional.

24. Como se explica a continuación, la Disposición General Quinta es claramente inconstitucional, al menos por las siguientes 10 razones:

C. Argumentos sobre la inconstitucionalidad de la Disposición General Quinta

25. *En primer lugar*, la Disposición General Quinta de la Ley transgrede el artículo 32 de la CRE⁷ que consagra el derecho a la salud, toda vez que:

- a. Desconoce que el obligado a garantizar el derecho a la salud es el Estado, quien debe actuar a través de la RPIS, según lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia No. 679-18-JP/20, párr. 59. Esta obligación no puede ser trasladada a una compañía privada, ni menos aún puede ser asumida por el afiliado con cargo a los recursos que destinó para prepagar servicios médicos complementarios.
- b. Vulnera la obligación del Estado de garantizar este derecho mediante el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de atención integral de salud. Según lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia No. 364-16-SEP-CC⁸, el Estado está obligado a prestar atención médica, tratar enfermedades y

⁶ Ídem. Ver Cuadro No. 4.

⁷ CRE. Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

⁸ Sentencia No. 364-16-SEP-CC. Pg. 28.

suministrar medicamentos a las personas que se ven afectadas en su condición de salud, sin que nadie pueda ser excluido de estas prestaciones.

- c. Desconoce que el deber de garantizar la salud implica tanto la prestación de los servicios como su respectivo financiamiento⁹. Si el Estado brinda servicios públicos de salud directamente en sus unidades o indirectamente por derivación a centros privados, pero no asume el financiamiento de estos, sino que pretende cubrirlos con recursos destinados por los afiliados a sus planes de medicina prepagada, no asume su posición de obligado o garante de este derecho.
- d. Transgrede el principio de universalidad, por el cual las prestaciones de los servicios de salud deben cubrir a toda la población. En forma inexplicable, tanto la Asamblea Nacional como la Presidencia de la República pretendieron justificar en la audiencia pública la constitucionalidad de la Disposición General Quinta con base en el principio de universalidad, sin explicar cómo esta Disposición tiene por objeto o efecto alcanzar el principio de universalidad.
- e. El acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud implican que todas las personas tengan acceso, sin discriminación alguna, a servicios integrales de salud, adecuados, oportunos, de calidad, determinados a nivel nacional y de acuerdo con sus necesidades de salud¹⁰. Pese a que los mecanismos de organización y financiación de salud deben ser suficientes para cubrir a toda la población, la Disposición tiene por efecto que la prestación de los servicios públicos de salud ya no cubra o proteja a las personas que sean titulares y/o beneficiarias de un plan de medicina prepagada.
- f. Precisamente, el objetivo de los servicios públicos de salud financiados a través de impuestos generales, como es el caso ecuatoriano, es que todos los habitantes tengan sus necesidades básicas satisfechas, sin restricciones de acceso. En este sentido, cada persona debe recibir atención de salud según sus necesidades de salud, no por mérito o nivel de ingresos¹¹.

⁹ Sentencia No. 679-18-JP/20. Párr. 42.

¹⁰ 53.º CONSEJO DIRECTIVO 66.ª SESIÓN DEL COMITÉ REGIONAL DE LA OMS PARA LAS AMÉRICAS Washington, D.C., EUA, 29 de septiembre al 3 de octubre del 2014. Párr. 6.

¹¹ Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Conselho Nacional de Saúde (CNS), Atención primaria y sistemas universales de salud: compromiso indisociable y derecho humano fundamental. Pg. 439.

26. En *segundo lugar*, se viola el segundo inciso del artículo 362 de la CRE¹² que prescribe que los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención. En esencia, la Disposición General Quinta:

- a. Transgrede nuevamente el principio de universalidad, pues excluye a un grupo de personas de los servicios públicos de salud, por el solo hecho de haber suscrito un contrato privado de afiliación a un plan de medicina prepagada.
- b. Elimina el principio de gratuidad que hace referencia a la posibilidad de que el ciudadano pueda utilizar sus servicios y servirse de sus prestaciones sin necesidad de pagar nada por ello¹³. Sobre este punto, la Asamblea Nacional alegó que no es verdad que la Disposición elimine la gratuidad de los servicios públicos, porque no obliga a los afiliados a planes de medicina prepagada a realizar un desembolso adicional cuando acuden a la RPIS.
- c. Sin embargo, este argumento de la Asamblea Nacional desconoce los efectos de la Disposición General Quinta. El afiliado a un plan de medicina prepagada que acude a la RPIS para recibir asistencia médica, en realidad, sí tendrá que pagar los servicios públicos de salud que reciba directamente o por derivación, ya que los costos serán financiados con los valores que prepagó para financiar prestaciones médicas y hospitalarias comprendidas en su plan privado.

27. En *tercer lugar*, la Disposición vulnera el artículo 366 de la CRE¹⁴ toda vez que:

- a. Viola el mandato constitucional relativo a que el financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de las fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado.
- b. En la Sentencia No. 16-16-JC/20, la Corte Constitucional indicó que el financiamiento es indispensable para garantizar el derecho a la salud, de ahí que este debe ser

¹² CRE. Art. 362, segundo inciso. Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.

¹³ Josefa Cantero Martínez, Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas, Una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el Estado español, Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014. Pg. 7.

¹⁴ CRE. Art. 366.- El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado. Los recursos públicos serán distribuidos con base en criterios de población y en las necesidades de salud.

El Estado financiará a las instituciones estatales de salud y podrá apoyar financieramente a las autónomas y privadas siempre que no tengan fines de lucro, que garanticen gratuidad en las prestaciones, cumplan las políticas públicas y aseguren calidad, seguridad y respeto a los derechos. Estas instituciones estarán sujetas a control y regulación del Estado

oportuno, obligando al Ministerio de Economía y Finanzas a realizar las transferencias requeridas para cumplir con las obligaciones a los prestadores de salud, regular para que no se amenace la suspensión de los servicios de salud y debe ser suficiente para mantener la atención de salud¹⁵.

- c. El principio de gratuidad está directamente vinculado con el principio de financiamiento público de salud que significa que sus costos se sufragarán con los ingresos permanentes del Estado. Si bien el sistema sanitario es declarado gratuito para los usuarios, naturalmente tiene costos que por mandato constitucional deben ser cubiertos con los recursos del Presupuesto General del Estado (que incluyen impuestos), mas no con recursos privados de los afiliados¹⁶.
- d. En este sentido, la Disposición General Quinta de la Ley introduce como nueva fuente de financiamiento los ahorros que los afiliados a planes de medicina prepagada destinaron, luego de pagar sus impuestos, a la contratación de planes privados que amplían y complementan su cobertura de salud. Esto ocasiona que el financiamiento público de salud ya no sea, propiamente público, pues se introduce inconstitucionalmente una fuente privada.

28. En *cuarto lugar*, la Disposición vulnera los artículos 11.8¹⁷ y 363.2¹⁸ de la CRE, con relación al principio de desarrollo progresivo del derecho a la salud.

- a. El derecho a la salud no significa el derecho a estar sano sino a tener las condiciones para vivir lo más sano posible¹⁹. Para tal efecto, es legítimo que una persona, en adición a las prestaciones básicas de salud a las que tiene derecho a acceder en el sistema público de salud, pueda contratar voluntariamente un plan privado que ofrezca prestaciones y atenciones distintas, con el objeto de ampliar y mejorar su cobertura de salud y la de su familia.
- b. Los afiliados a un plan de medicina prepagada, antes de la promulgación de la Ley, tenían el derecho para acceder libremente a la RPIS y a las prestaciones de salud

¹⁵ Sentencia No. 16-16-JC/20. Pág. 135 y 136.

¹⁶ Josefa Cantero Martínez, Op. Cit. Pg. 7.

¹⁷ CRE. Art. 11.8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

¹⁸ CRE. Art. 363.- El Estado será responsable de: (...) 2. Universalizar la atención en salud, mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura.

¹⁹ Sentencia No. 679-18-JP/20. Párr. 72.

privadas previstas en sus planes de medicina prepagada, lo cual les permitiría optimizar su cobertura de salud. Así, la contratación de estos planes privados se constituyó en un medio para alcanzar un fin constitucional legítimo que es ampliar la cobertura de salud, el cual no puede ser irrespetado por el Estado.

- c. Sin embargo, la Disposición en forma inconstitucional disminuye la cobertura de salud de las personas afiliadas a un plan de medicina prepagada. En términos prácticos, la norma ocasiona que el monto de la cobertura del plan privado se consuma para costear las prestaciones básicas que debe brindar el Estado, de tal forma que ese monto ya no podrá ser utilizado por el afiliado para alcanzar el fin para el cual aportó su dinero: ampliar la cobertura de salud.
- d. Por consiguiente, la Disposición ocasiona que la contratación de planes privados de salud pierda toda utilidad, pues nadie destinará sus ahorros para adquirir un plan que servirá para cubrir los costos de las atenciones públicas de salud en la RPIS, ya que no tiene sentido pagar un valor adicional para recibir las mismas prestaciones a las que ya se tiene derecho. Esto, en último término y en el agregado, afecta los mecanismos existentes en la sociedad para que las personas puedan ampliar su cobertura de salud.

29. En *quinto lugar*, se vulnera el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”) que reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental. En los términos de la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (“DESC”), la Disposición:

- a. Viola el deber de respeto al derecho a la salud, el cual exige al Estado abstenerse de injerir directa o indirectamente en el derecho a la salud. Además de inmiscuirse directamente en la cobertura de salud privada de las personas y apropiarse de los recursos destinados para tal efecto, la Disposición restringe el acceso -de iure- a un grupo de personas a establecimientos, bienes y servicios públicos estatales de salud, por haber contratado planes de medicina prepagada²⁰.
- b. Transgrede el elemento de accesibilidad económica (asequibilidad). Esta norma, en forma prejuiciosa, presupone que todas las personas afiliadas a un plan de medicina prepagada tienen altos recursos. Esto no es cierto. En muchos casos, los beneficiarios de un plan privado son trabajadores con sueldos básicos que acceden a planes proporcionados por sus empleadores o se trata de individuos que sacrifican sus exiguos recursos para ampliar la protección de salud de sus familias.

²⁰ Observación General No. 14 del Comité de DESC. Pár. 50.

Lógicamente, los planes con montos de cobertura más bajos son los que se afectan más cuando los beneficiarios reciben servicios públicos estatales de salud, de tal forma que a los hogares más pobres les afecta desproporcionadamente²¹.

- c. Se incumple la obligación general de realizar progresivamente el derecho a la salud²². En este caso, como se ha explicado, el Estado adoptó una medida legislativa deliberadamente regresiva, sin que en la contestación a la demanda ni en la audiencia la Asamblea Nacional, la Presidencia de la República o la Procuraduría General del Estado hayan justificado que se adoptó luego del examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, ni que las medidas estén justificadas con referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el PIDESC en relación con la plena utilización de los máximos recurso disponibles²³.

30. En *sexto lugar*, la inconstitucionalidad se agrava al considerar que los titulares y/o beneficiarios de planes de medicina prepagada también son titulares del derecho a la seguridad social. Por ende, se viola el artículo 34 de la CRE²⁴, ya que:

- a. Se desconoce que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de toda persona, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. Por lo tanto, la persona que adquiere o accede a los beneficios de un plan de medicina prepagada no renuncia a las prestaciones de salud de la seguridad social, ni el Estado puede eximirse de sus obligaciones constitucionales ni deslindarse de brindar las prestaciones cuando se presente una contingencia de salud.
- b. Se vulnera el principio de universalidad. El derecho a la seguridad social pertenece a toda persona humana por su sola consideración de tal, por tanto, es inherente a su valor de persona. Si todo ser humano, por el sólo hecho de pertenecer al género humano tiene derecho a la seguridad social, entonces, ésta debe garantizársele a toda persona en el momento en que la contingencia sobrevenga²⁵, sin que las

²¹ Ver Observación General 14. Párr. 12.b.iii.

²² Ídem. Párr. 30 a 32.

²³ Ídem. Párr. 32.

²⁴ CRE. Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.

²⁵ Navarro Fallas, Román A. (2002). El derecho fundamental a la seguridad social, papel del estado y principios que informan la política estatal en seguridad social. *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, 10(1), 13-18.

prestaciones puedan estar condicionadas por su nivel de ingresos, su situación socioeconómica ni tampoco por el hecho de ser afiliado a un plan de salud privado.

31. En *séptimo lugar*, la Disposición General Quinta transgrede los artículos 367²⁶ y 369 de la CRE²⁷ que prescriben que la seguridad social universal, en forma imperativa, atenderá las contingencias de la población, a través del seguro universal obligatorio; y que a su vez, el seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad y maternidad, entre otras, y que las prestaciones de salud se brindarán a través de la RPIS. La norma infringe abiertamente a la Constitución, toda vez que:

- a. Si un afiliado al Instituto Ecuatoriano de la Seguridad Social (“IESS”) sufre una contingencia de salud o de maternidad, el seguro universal obligatorio debe cubrir dicha contingencia a través de la RPIS, tanto en lo que respecta a la atención de salud como el financiamiento. No obstante, la Disposición ocasiona que dichas prestaciones no sean financiadas por el seguro general obligatorio, sino por los valores aportados por el afiliado a su plan privado de salud.
- b. La Disposición transgrede el concepto y la naturaleza misma de la seguridad social, entendida como un sistema público de aseguramiento de las contingencias, estructurado sobre la base de la solidaridad entre trabajadores, empleadores y Estado, quienes mediante aportes periódicos financian el sistema.
- c. La seguridad social impone un deber positivo al Estado, en virtud de que la protección a las personas se activa ante el acontecimiento de una contingencia, entendida como una situación de infortunio que da derecho a la protección del sistema por medio de la prestación. La prestación es la protección en dinero o especie que el sistema de seguridad social concede para hacer frente a una situación de infortunio merecedora de protección.

²⁶ CRE. Art. 367.- El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales.

El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.

²⁷ Art. 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud.

El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente.

- d. La prestación viene no sólo a otorgar los mecanismos necesarios para mantener o recuperar la salud, sino que además lo hace de manera gratuita, con la intención de evitar el incremento de gastos a los sujetos protegidos²⁸. El objetivo fundamental de la seguridad social es dar a los individuos y a las familias la tranquilidad de saber que el nivel y la calidad de su vida no sufrirán, dentro de lo posible, un menoscabo significativo a raíz de ninguna contingencia social o económica²⁹.
 - e. Sin embargo, por efecto de la Disposición, a pesar de que un afiliado aporte mensualmente a la seguridad social, si acaece una contingencia de salud o maternidad, el Estado no se hará responsable de la prestación, puesto que la atención médica que reciba en las unidades estatales o en una unidad privada a la cual fue derivado desde el IESS, tendrá que ser financiada con los recursos que destinó para adquirir un plan de medicina prepagada.
32. En *octavo lugar*, se viola el artículo 371 de la CRE que establece las fuentes de financiamiento de la seguridad social³⁰, puesto que:
- a. Las prestaciones de la seguridad social deben financiarse con el aporte de las personas en relación de dependencia y de sus empleadores, con los aportes de las personas independientes aseguradas, con los aportes voluntarios de los ecuatorianos domiciliados en el exterior y con los aportes y contribuciones del Estado. La Constitución no prevé, en forma alguna, que en adición a las aportaciones mensuales, los afiliados deban financiar el sistema con los recursos destinados para ampliar la cobertura de salud en planes privados.
 - b. Esta Disposición es inconstitucional, pues implica que los afiliados al IESS, pese a haber aportado mensualmente al seguro universal obligatorio, no recibirán las prestaciones de salud a la que tienen derecho cuando se presente una contingencia de salud o maternidad, sin erogar un valor adicional. Al contrario, los costos de las

²⁸ Antonio Benavides Vico, *Análisis práctico de la Seguridad Social*, editorial Lex Nova S.A., Valladolid, 2008. Pg. 26.

²⁹ OIT: *La seguridad social en la perspectiva del año 200*, OIT, Ginebra, 1984. Pg. 121.

³⁰ CRE. Art. 371.- Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado.

Los recursos del Estado destinados para el seguro universal obligatorio constarán cada año en el Presupuesto General del Estado y serán transferidos de forma oportuna.

Las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos.

atenciones médicas que reciban en los establecimientos estatales se cubrirán con los valores aportados a sus planes de medicina prepagada.

- c. Esto significa un doble pago. Una persona aportará mensualmente al IESS y pagará servicios de medicina prepagada para recibir la misma prestación médica en la RPIS, pese a que su plan de medicina prepagada tiene un objeto distinto y se contrató para recibir otras prestaciones de salud.

33. En *noveno lugar*, la Disposición General Quinta vulnera el artículo 9 del PIDESC que reconoce el derecho a la seguridad social. En términos de la Observación General 19 del Comité de DESC, mediante la Disposición objeto de análisis:

- a. El Estado viola el derecho a la seguridad social por un acto de omisión, a través de la adopción de una medida deliberadamente regresiva³¹. Tras la promulgación de la Ley, los montos que una persona prepaga para la cobertura de un plan de salud privado, ya no servirán para eso, sino para financiar los costos de la atención médica que reciba en las unidades del IESS. De esta manera, el seguro universal no asume la prestación -a través del financiamiento- y la cobertura del plan privado se disminuye al financiar la prestación pública.
- b. El Estado no podrá justificar esta medida regresiva puesto que se trata de una Disposición discriminatoria hacia un grupo de personas, desecha las aportaciones que las personas realizan mensualmente a la seguridad social y desconoce derechos adquiridos de los afiliados. Adicionalmente, el Estado no ha podido justificar en forma alguna que la medida se adoptó en forma justificada o razonable, y no lo podrá hacer, ya que se adoptó con base en el informe actuarial del IESS elaborado con información absolutamente falsa.

34. En *décimo lugar*, la inconstitucionalidad de la Disposición General Quinta se agrava porque aplica a todos los titulares y/o beneficiarios de medicina prepagada, entre los que se encuentran niños, adultos mayores, personas en situación de vulnerabilidad, personas con enfermedades catastróficas. Esto viola:

- a. El artículo 35 de la CRE que contiene un mandato de atención prioritaria para personas en situación de vulnerabilidad³².

³¹ Observación General No. 19 del Comité de DESC. Párr. 64.

³² CRE. Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato

- b. El artículo 37.1 de la CRE que garantiza la atención gratuita y especializada de salud para personas de la tercera edad³³.
- c. El artículo 43.2 de la CRE que establece la gratuidad de los servicios de salud materna³⁴, con relación a los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 3-19-JP/20.
- d. El artículo 47.1 de la CRE que prescribe la atención especializada de salud para las necesidades específicas de personas con discapacidad, que incluirá la provisión de medicamentos en forma gratuita³⁵.
- e. El artículo 50 de la CRE que obliga al Estado a garantizar a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles³⁶.

35. En conclusión, se ha demostrado que existe una contradicción normativa insalvable entre la Disposición General Quinta y las normas constitucionales, y que dicha disposición viola los derechos a la salud y seguridad social. En concordancia con el artículo 95 de la LOGJCC, y con la finalidad de salvaguardar la plena vigencia de los derechos, solicito atentamente que se retrotraigan los efectos de la sentencia hasta la fecha de promulgación de la Ley. Esto no vulnerará la seguridad jurídica, ya que a pesar de que la norma está vigente, por las graves implicaciones que conlleva su aplicación, la obligación de cancelación o reembolso a la RPIS todavía no ha podido materializarse³⁷.

infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

³³ CRE. Art. 37.- El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: 1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas.

³⁴ CRE. Art. 43.- El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.

³⁵ CRE. Art. 47.- El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.

Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: 1. La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá la provisión de medicamentos de forma gratuita, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida.

³⁶ CRE. Art. 50.- El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente.

³⁷ Reglamento a la Ley de Medicina Prepagada. Disposición Transitoria Segunda.- La Autoridad Sanitaria Nacional, en el plazo de hasta ciento veinte días contados a partir de la publicación de este Reglamento en el Registro Oficial, expedirá la normativa necesaria para determinar los procedimientos, mecanismos y sistemas que, de manera progresiva y en consideración a su capacidad de pago, se requiera para efectuar la determinación de los montos que las empresas de salud prepagada o de seguro privado deban cancelar a las instituciones de la Red Pública Integral de Salud, de conformidad a lo dispuesto en la Disposición General Quinta

IV

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN GENERAL CUARTA

36. La Disposición General Cuarta de la Ley de Medicina Prepagada prescribe:

Cuarta.- Será obligatorio para las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, realizar la respectiva coordinación de beneficios y observar el procedimiento establecido por la Autoridad Sanitaria Nacional para la prelación de pagos, entre entidades públicas y privadas, con la finalidad de cubrir las prestaciones a sus beneficiarios en sus contingencias.

37. Como se observa, esta Disposición tiene el mismo alcance y efecto que la Disposición General Quinta antes analizada, pues los afiliados a un plan de medicina prepagada que acudan a la RPIS para recibir atención médica no recibirán las prestaciones de salud gratuitas a las que tienen derecho, pues en primer lugar los costos de las atenciones tienen que ser sufragados con cargo a su plan de medicina prepagada. Así, los costos de las atenciones que reciban en la RPIS o por derivación de la RPIS, no serán cubiertas o financiadas por el Estado, sino por los montos prepagados para complementar y ampliar su cobertura de salud en el ámbito privado.

38. La Disposición objeto de análisis confunde el objeto de los servicios públicos estatales de salud que garantizan la atención primaria de salud para todas las personas bajo los principios de universalidad, obligatoriedad y gratuidad, con el objeto de los planes de medicina prepagada que son de carácter adicional, privado, complementario y que se financian en su totalidad con aportaciones voluntarias del afiliado. Son dos regímenes distintos, uno público y uno privado, que no son asimilables ni pueden ser equiparados, a efecto de establecer una prelación.

39. Adicionalmente, resulta abiertamente inconstitucional que a pesar de que es un deber primordial del Estado garantizar los derechos a la salud y seguridad social de todos los habitantes, y que dichos derechos son indispensables para garantizar el derecho a la dignidad humana y alcanzar el Sumak Kawsay, una ley establezca que la cobertura de salud deba garantizarse primeramente por compañías privadas, relegándole al Estado del cumplimiento de sus deberes constitucionales. En un Estado Social, como el Ecuador, es inconstitucional que una ley prescriba que los planes complementarios de salud privados respondan antes que el Estado en materia de salud.

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 Seguros de Asistencia Médica.

40. El tema es claro: si una persona tiene una contingencia de enfermedad o maternidad, tiene derecho a recibir la prestación de salud que corresponde por parte del seguro general obligatorio en la RPIS, sin que el Estado pueda decirle que no le atenderá o que no financiará la prestación a menos que -en primer término- lo haga la compañía de medicina prepagada con cargo a su plan contratado. El Estado no puede poner a las personas en la inhumana posición de no atenderles o no financiar las prestaciones de salud que brinda sino hasta después de que el afiliado cubra los costos con los valores aportados para prepagar servicios privados y complementarios de salud.

41. El ejemplo de lo manifestado se evidenció en la audiencia con el amicus curiae de la señora Gabriela Muñoz Mora, quien dio testimonio sobre la afectación directa que sufrió en sus derechos a la salud y seguridad social por la aplicación de esta Disposición. De su testimonio personal su pudo evidenciar que pese a haber aportado 21 años consecutivos a la seguridad social, cuando se presentó la contingencia de salud por la aparición de un tumor cerebral (cáncer, enfermedad catastrófica), el IESS estuvo a punto de derivarle a un establecimiento de salud especializado para remover el tumor, hasta que verificó que ella era beneficiaria de un plan de medicina prepagada.

42. Como indicó en la audiencia, el IESS le manifestó que no se haría cargo del tratamiento médico que requería para tratar dicha enfermedad catastrófica y salvaguardar su vida, pues tenía que acudir en primer lugar a su plan de medicina prepagada y únicamente en caso de que el plan no le cubra, podría ser protegida por el IESS. Debido a que el plan de medicina prepagada sí le cubría dicho tratamiento pero tenía un deducible alto, a la señora Gabriela Muñoz no le quedó otra alternativa que pagar con su propio dinero una operación costosa para extraer dicho tumor.

43. La única razón por la cual el IESS no brindó la prestación de salud fue que se constató en el sistema informático del ACESS³⁸ que tenía un plan privado de medicina prepagada. Es decir, el IESS no trató su enfermedad, pese a que estaba obligado a hacerlo, bajo el argumento de la prelación, es decir, que no tenía que hacerse cargo a menos de que no cubra el plan privado de medicina prepagada. Esta actuación es a todas luces discriminatoria y violatoria de la dignidad humana de una persona en situación de vulnerabilidad, quien por mandato constitucional debía recibir atención de salud pública en las unidades de la RPIS en forma gratuita y prioritaria.

44. No hay duda de que es abiertamente inconstitucional que el Estado, a través de las unidades que integran la RPIS, pretenda eximirse de prestar servicios públicos de salud

³⁸ Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada.

estatales de los cuales depende la vida de muchas personas, bajo la excusa de que primero deben ser protegidos por los planes privados. La prelación, así entendida, es incompatible con la naturaleza social del Estado y con las obligaciones mínimas que tiene el Ecuador para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

45. Adicionalmente, la Disposición General Cuarta vulnera el artículo 52 de la CRE que garantiza el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad. La norma afecta sustancialmente la libertad de las personas para acceder libremente a los servicios públicos o privados de salud. Ciertamente, la persona que paga impuestos, que realiza aportaciones mensuales al seguro universal obligatorio y que además aporta a planes privados para complementar su cobertura de salud, debe tener la libertad para decidir cuándo y cómo activa el plan de medicina prepagada, pues dicha decisión no puede quedar a discreción de ninguna entidad estatal.

46. En conclusión, la Disposición General Cuarta adolece de los mismos vicios de inconstitucionalidad que la Disposición General Quinta. Existe unidad normativa entre dichas normas puesto que, de conformidad con el artículo 76.b de la LOGJCC, dada la estrecha y esencial conexión entre estas, y la uniformidad de sus efectos, no es posible producir un fallo que proteja los derechos a la salud y seguridad social de las personas sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de ambas. Por lo tanto, solicito que en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 436.3 de la CRE, se declare la inconstitucionalidad conexa de la Disposición General Cuarta de la Ley.

V

INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 53 Y 49 DE LA LEY DE MEDICINA PREPAGADA

47. El artículo 53 de la Ley de Medicina Prepagada prescribe:

Art. 53.- Faltas muy graves. - Serán consideradas faltas muy graves las siguientes:

- 1.- Incumplimiento de las resoluciones en firme, emitidas en sede administrativa por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que acepten total o parcialmente los reclamos planteados;*
- 2.- Incumplimiento de las resoluciones y regulaciones que expidan la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, para el cumplimiento por parte de las compañías de lo dispuesto en el artículo 10 y en la disposición general primera de esta Ley; y,*

3.- No cubrir el financiamiento que sea necesario para la atención de la emergencia médica, en los términos establecidos en esta Ley.

El cometimiento de faltas muy graves será sancionado con disolución y liquidación forzosa de las compañías y multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general. Para la ejecución de esta sanción, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se sujetará a lo previsto en las leyes de la materia. La imposición de estas sanciones no eximirá a la compañía del cumplimiento de sus obligaciones contractuales. (el énfasis me pertenece)

48. En concordancia con la norma citada, el artículo 49 de la Ley establece:

Art. 49.- Sanciones.- Las sanciones a imponerse en sede administrativa son:

1.- Multa; y,

2.- Disolución y liquidación forzosa de las compañías.

Estas sanciones se aplicarán sin perjuicio de las que se deriven de acciones judiciales a que hubiere lugar. (el énfasis me pertenece).

49. Las mencionadas normas son inconstitucionales debido a que transgreden el artículo 76.6 de la CRE que consagra el principio de proporcionalidad como una garantía básica del derecho al debido proceso³⁹. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho que, en sentido amplio, obliga al poder público a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto.⁴⁰

50. Este principio, también conocido como la “prohibición de exceso”, permite medir, controlar y determinar las actuaciones de los poderes públicos sobre el ámbito o esfera de los derechos fundamentales, y responde a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin perseguido y los bienes jurídicos afectados.⁴¹ Así, en lo que respecta al establecimiento de sanciones, para no devenir en arbitrarias estas deben no solo perseguir un fin legítimo, sino que, además, debe existir una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”⁴².

³⁹ CRE. Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

⁴⁰ Bernal Pulido, Carlos, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tercera Edición, Madrid, 2007. Pg. 523

⁴¹ Sánchez Gil, R, El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional: El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia Mexicana, Quito, Pg. 221.

⁴² Corte IDH. Caso Duque c. Colombia; excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 26 de febrero de 2016, serie C No. 310; párrafo 106. Citado por: Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019, Caso No. 5-19-OP, Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet.

51. El principio de proporcionalidad exige que toda intervención en la libertad y propiedad de las personas por parte del legislador deba (i) perseguir un fin legítimo, (ii) ser adecuada para la realización de dicho objetivo (iii) sea necesaria (entre las varias alternativas de intervención, se prefiera la que afecte menos a los derechos involucrados) y (iv) sea proporcional en sentido estricto. Este último requisito requiere que la gravedad de la intervención sea adecuada al objetivo de la intervención, es decir, que los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad⁴³.

52. Las normas antes citadas imponen como sanción la disolución y liquidación de las compañías de medicina prepagada. Se trata, sin duda, de una sanción que interviene en el grado más alto posible los derechos de las compañías de medicina prepagada, puesto que conlleva a la más grave consecuencia para estas: el inicio de un proceso de disolución y liquidación que lleva a la extinción de la persona jurídica. La desaparición del mundo jurídico de una compañía no puede establecerse como una sanción sino ante el cometimiento de una infracción proporcional que lo amerite.

53. En primer lugar, esta sanción no es proporcional con la infracción prevista en el artículo 53.1 de la Ley de Medicina Prepagada, que tipifica como infracción el incumplimiento de las resoluciones en firme emitidas en sede administrativa por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que acepten total o parcialmente los reclamos planteados. La forma en que está redactada esta infracción, no permite entender en forma específica cuál es el fin legítimo que persigue.

54. El incumplimiento de resoluciones en firme que acepte total o parcialmente los reclamos constituye un postulado general, amplio y abierto que no permite identificar en todos los casos cuál es el fin legítimo perseguido. Los reclamos en materia de medicina prepagada pueden versar sobre una serie de cuestiones, dependiendo de los planes contratados y los servicios prestados, de tal forma que un postulado genérico como el previsto en la norma, no puede conllevar -en forma objetiva- a que el reclamo en todos los casos tenga por objeto lograr un fin constitucional específico.

55. Adicionalmente, aún si la infracción persiguiera un fin constitucional legítimo, no podría ser proporcional en sentido estricto. Por la naturaleza del servicio que prestan las compañías de medicina prepagada, el problema jurídico más común que se presenta entre éstas y sus afiliados versa justamente sobre la cobertura de los planes contratados. Ciertamente, una infracción relativa a una de las discrepancias más comunes que existen en

⁴³ Arnold, Rainer, Martínez Estay, José Ignacio, & Zúñiga Urbina, Francisco. (2012). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Estudios constitucionales*, 10(1), 65-116.

el giro de las actividades que prestan este tipo de compañías no puede devenir en la infracción más grave que conlleva a la extinción de la compañía.

56. Más aún cuando el artículo 61 de la Ley, en concordancia con los artículos 75 y 173 de la CRE permiten a las compañías de medicina prepagada impugnar las resoluciones en firme que dicte el Superintendente. Puesto que las compañías tienen el derecho para solicitar a los órganos jurisdiccionales que se efectúe el control de legalidad de las resoluciones administrativas, resulta desproporcionado que aún si está pendiente en sede judicial la resolución a dicha impugnación, la Superintendencia pueda ordenar la disolución y liquidación de la compañía. Esto generaría el absurdo de que una compañía pueda ser disuelta por no cumplir una resolución determinada y que posteriormente en sede judicial se declare la ilegalidad de esta.

57. En segundo lugar, esta sanción tampoco es proporcional con el numeral 2 del artículo 53 de la Ley. Si bien podría entenderse que la sanción de disolución y liquidación forzosa de una compañía que ha incumplido las regulaciones emitidas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, pretende alcanzar un fin legítimo, esto es, que las compañías de medicina prepagada sean lo suficientemente solventes para poder cumplir su objeto social, tal fin legítimo no es lo suficientemente determinado.

58. Aunque el artículo 53.2 de la Ley se remite al artículo 10 del mismo cuerpo normativo, lo que permite inferir que se busca garantizar la solvencia de las compañías de medicina prepagada, dicha norma establece la obligación de mantener requerimientos de solvencia, sobre la base de patrimonio técnico, inversiones obligatorias, así y como reservas técnicas constituidas y contabilizadas, “y las demás que determine la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros”. Esto no permite comprender con certeza cuáles son las obligaciones específicas por cuyo incumplimiento estas empresas quedarían sujetas a la sanción de disolución y liquidación forzosa.

59. Las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera podrían no cumplir tal fin legítimo y aun así constituir infracciones muy graves. Por consiguiente, el artículo 53.2 de la Ley, en la forma en que está redactado, permite que se califique el incumplimiento a cualquier resolución que dicte la autoridad administrativa, sin que en todos los casos dicho incumplimiento en forma objetiva pueda ser catalogado como muy grave, y resultará en la imposición de una sanción desproporcionado y violatoria del derecho a la seguridad jurídica reconocido en el artículo 82 de la CRE.

60. Aunque la norma sí establece sanciones para las denominadas “infracciones muy graves”, contiene un supuesto de hecho abierto que no permite determinar con precisión en qué consisten real y efectivamente tales infracciones, vulnerando así el principio de legalidad. Cualquier sanción que se podría aplicar a una compañía de medicina prepagada no podría constar en un tipo abierto o en blanco. Adicionalmente, aún si el presupuesto fáctico de la infracción fuese suficientemente preciso, la inobservancia a las disposiciones adoptadas por las autoridades administrativas no puede en todos los casos ser muy grave, afectando en el mismo grado el interés público, de tal forma que justifique la sanción de disolución y liquidación de la persona jurídica.

VI

INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 37 y 55 DE LA LEY DE MEDICINA PREPAGADA

61. El artículo 37 de La Ley de Medicina Prepagada establece la responsabilidad subsidiaria de las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y las de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, en el ámbito civil y administrativo, respecto de los perjuicios que se originen por deficiencias en la calidad en la prestación de los servicios de salud⁴⁴.

62. Esta norma asigna responsabilidad civil y administrativa a una persona jurídica por el hecho de un tercero, específicamente, en lo que respecta a los perjuicios que se originen por deficiencias de calidad en la prestación de los servicios de salud que no presta. Al respecto, es importante recordar que las compañías de medicina prepagada tienen por objeto financiar las prestaciones de salud acordadas con los usuarios, pero no brindan por sí mismas las prestaciones médicas u hospitalarias. Incluso en los planes con modalidad cerrada, las prestaciones sanitarias se brindan por personas naturales y jurídicas distintas, aun si entre ellas existe una relación comercial o societaria.

63. Por lo tanto, el artículo 37 de la Ley establece la responsabilidad subsidiaria de las compañías de medicina prepagada por los perjuicios causados en la prestación de los servicios de salud bajo la única consideración de que los servicios fueron contratados bajo la modalidad cerrada. Así, la norma crea en forma inconstitucional un régimen de responsabilidad que transfiere, en forma automática, la responsabilidad de los prestadores

⁴⁴ Ley de Medicina Prepagada. Art. 37.- Corresponsabilidad civil y administrativa.- Las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y las de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, serán responsables subsidiarias, en los ámbitos civil y administrativo, declarada dicha responsabilidad por juez o autoridad competente, respecto de los perjuicios que se originen por deficiencias de calidad en la prestación de los servicios de salud contratados bajo la modalidad cerrada, y en la parte que corresponda de la modalidad mixta, conforme con lo dispuesto en esta Ley

de servicios médicos y hospitalarios a un tercero por un hecho que no es imputable a él, sin necesidad de analizar si este actuó con culpa o dolo.

64. Este es un caso de transferencia indebida de responsabilidad civil o administrativa de un sujeto a otro. Sin embargo, una vez que se ha determinado que una o varias personas son responsables por determinado hecho, no es posible que otra persona responda por dicho hecho⁴⁵, ni siquiera a pretexto de la existencia de vínculos comerciales o societarios. Naturalmente, trasladar automáticamente la responsabilidad del prestador médico u hospitalario a la compañía de medicina prepagada, sin que se verifique que tal compañía incurrió en un hecho ilícito y que actuó con culpa o dolo, viola la presunción de inocencia consagrada en el artículo 76.2 de la Constitución⁴⁶.

65. Distinto sería el caso en que la ley prevea tipos legales específicos para la compañía de medicina prepagada consistentes en *culpa in eligendo* o *in vigilando*, de tal forma que el hecho por el cual se impute la autoría a la compañía de medicina prepagada constituya un ilícito distinto al que se impute a la persona natural o jurídica que prestó los servicios médicos u hospitalarios que causaron daño. Solamente en aquellos casos se podría establecer la responsabilidad de la compañía, sea por un defecto en la elección de un prestador como por la ausencia de supervisión, y siempre en observancia de un proceso judicial independiente que observe las garantías básicas del debido proceso.

66. Por otra parte, el artículo 55 de la Ley de Medicina Prepagada⁴⁷ atribuye responsabilidad solidaria a los propietarios, administradores o representantes legales de las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica cuando la compañía tenga que pagar una multa debido a faltas administrativas. Es decir, se trata de un levantamiento del velo societario que imputa responsabilidad a los accionistas de las compañías en los casos en que se establezca la responsabilidad administrativa de las compañías.

67. Sobre este punto, es importante recordar que las sociedades de capital “[s]on ante todo personas jurídicas, y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propias [...] configurándose desde esta perspectiva en sociedades apersonales

⁴⁵ Antonio Cuerda Riezu, El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas, ADPCP, VOL. LXII, 2009.

⁴⁶ CRE. Art. 76. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

⁴⁷ Ley de Medicina Prepagada. Art. 55.- Responsabilidad solidaria.- Los propietarios, administradores o representantes legales de las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, serán solidariamente responsables del pago de las multas por faltas administrativas.

[...]”⁴⁸. En el mismo sentido, se ha dicho que la persona jurídica permite establecer una “organización autónoma, con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial”⁴⁹.

68. Sobre la base de estas consideraciones, resulta excesivo recorrer el velo corporativo de este tipo de compañías a fin de cobrar una multa administrativa a sus propietarios cuando no existe un argumento que justifique que sean personalmente responsables de las acciones de la compañía. El levantamiento del velo societario es por naturaleza excepcional y puede realizarse esencialmente en los casos en que exista una utilización fraudulenta de la estructura societaria para perjudicar a terceros. El fraude no se presume y debe establecerse a través de un juicio ordinario, en el que se garantice el derecho a la defensa de los accionistas a quienes se quiere llegar.

69. Para asignar responsabilidad a estos sujetos, es necesario recorrer el velo corporativo, medida que está restringida a casos en los cuales ellos, por su propia cuenta, hubiesen cometido algún tipo de fraude. E incluso si se quisiera asignar responsabilidad solidaria, la falta cometida debería ser lo sumamente grave, pues al asignarles responsabilidad a ellos y no a la persona jurídica están transgrediendo la característica propia de las compañías de responsabilidad limitada, que consiste en la separación entre la persona jurídica y aquellas personas naturales que la constituyen.

70. En otras palabras, para poder imputar responsabilidad a aquellos sujetos a quienes cubre el velo corporativo es necesario “nega[r] su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular”⁵⁰ y usar el remedio jurídico de inoponibilidad de la persona jurídica. Valmaña Cabanes sostiene que el levantamiento del velo corporativo es necesario en ciertos casos pero que:

[...] su uso está sometido a criterios de cautela, proporcionalidad y subsidiariedad. Y ello es así, porque dicha técnica supone, en definitiva una ruptura de las normas básicas del derecho societario como son la limitación de

⁴⁸ Seoane Spiegelberg José Luis. “El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil”. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* 42 (2012), p. 9.

⁴⁹ Junyent Bas Francisco. “Reflexiones sobre el abuso de la personalidad societaria”. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, 2005-A, año 38, Buenos Aires, Depalma, pp. 264. Citado por: Andrade Ubidia, Santiago. “El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana.” (2009).

⁵⁰ Dobson Juan. “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)”. P. 11. Citado por: Andrade Ubidia, Santiago. “El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana.” (2009).

*la responsabilidad de los socios y la plena autonomía patrimonial de las personas jurídicas*⁵¹.

71. El mencionado artículo tampoco resulta concordante con el principio de proporcionalidad debido a que lo que se ha concebido como una técnica excepcional se está convirtiendo en un expediente genérico con el que únicamente se puede hacer frente a formas de abuso de la personalidad jurídica⁵², como el mal uso de una compañía para cometer fraude y abusos de derecho, cuestiones que no se encuentran comprendidas en el supuesto de hecho del artículo demandado como inconstitucional.

72. Para que opere el desvelamiento societario son necesarios dos supuestos concurrentes: “la identidad personal o patrimonial de una sociedad con uno o más de sus socios, administradores o compañías relacionadas; y la utilización abusiva de la estructura de dicha sociedad para defraudar la ley o los derechos de terceros”⁵³. La norma objeto de análisis asigna responsabilidad solidaria a los administradores, propietarios y representantes legales sin que medie la utilización de una persona jurídica y los beneficios de la responsabilidad limitada para cometer un acto de fraude o afectación a terceros.

73. En consideración del carácter excepcional de esta medida, la Corte Constitucional estableció que las situaciones en que se levante el velo societario de una compañía deben ser excepcionales y deben realizarse a través de un proceso judicial que permita determinar la actuación fraudulenta y se garantice el debido proceso:

*Las situaciones que justifican la desestimación de la personalidad jurídica son excepcionales y requieren un análisis cuidadoso; es necesario que la verificación de tales circunstancias se realice mediante un trámite adecuado que permita el debate suficiente y el análisis minucioso del acervo probatorio*⁵⁴.

74. Claramente, la atribución de responsabilidad solidaria a un accionista de la compañía por un ilícito administrativo, sin que se haya determinado su responsabilidad personal y la existencia de fraude a través de un proceso judicial, vulnera los postulados básicos del

⁵¹ Valmaña Cabanes, A; “La doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo societario”; Revista El Derecho; año 2012, pág. 2.

⁵² Boldó Roda, C; El “levantamiento del velo” y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, año 1993, pág. 12.

⁵³ Ugarte Vial Jorge, “Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile”, *Revista Chilena de Derecho* 39 (2012), p. 701.

⁵⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 22-13-IN/20 de 09 de junio de 2020, Caso No. 22-13-IN, jueza ponente: Teresa Nuques Martínez, párr.68

debido proceso, derecho a la defensa y seguridad jurídica. Adicionalmente, usar este mecanismo para el cobro de una multa administrativa resulta desproporcionado y constituye la medida más lesiva al derecho a la seguridad jurídica con relación al régimen de responsabilidad limitada previsto en el derecho ecuatoriano.

VII SOLICITUD

75. En virtud de los fundamentos de hecho y de derecho antes expuestos, solicito atentamente que se acepte este escrito de amicus curiae y se tomen en cuenta los argumentos expresados al momento de resolver.

VIII NOTIFICACIONES

76. Recibiré notificaciones en la casilla constitucional No. 238 y en el correo electrónico: notificaciones@pbplaw.com

Firmo con mis abogados patrocinadores.

Pablo Albuja Espinosa
Presidente

Edgar Ulloa Balladares
Mat. 17-2006-33 CJ

José David Ortiz C.
Mat. 17-2010-532 CJ

Víctor Cabezas Albán
Mat. 17-2017-522 CJ