



F
107
Ciento setenta
P

RESOLUCIÓN No. -DPE-DPG-2013

EXPEDIENTE No. 0157-DPE-DPG-2013

DEFENSORIA DEL PUEBLO DEL ECUADOR.- DELEGACION PROVINCIAL DEL GUAYAS- Guayaquil, 20 de febrero de 2013.- a las 15h32-

I.- ANTECEDENTES.-

1.- Mediante queja presentada en esta Delegación Provincial el 17 de enero de 2013, comparece el ciudadano O X F C, por los derechos que representa de su hijo, S F L, de tres años de edad, y expone que desde hace varias semanas ha solicitado los servicios de las compañías ECUASANITAS S.A. y Sistema de Medicina Prepagada del Ecuador S.A. (SALUD S.A.) para obtener, mediante contratos de seguro, los servicios de medicina prepagada a favor del referido menor, quien padece de Síndrome de Down, pero los empleados de las empresas aludidas le han manifestado que ello no es posible, pues su hijo no puede acceder a los planes de salud que ellos ofrecen "por padecer una discapacidad y enfermedades derivadas de dicho síndrome".

2.- En su escrito de queja, se adjunta una hoja impresa con un mensaje de correo electrónico (email) remitido al ciudadano O F, por la señora Fabiola Savinovich, titular del correo fsavinovich@saludsa.com.ec (fojas 3), mediante el cual expone: "En referencia a la solicitud de afiliación de su hijo, tal como conversamos por teléfono, y de acuerdo a nuestras políticas actuales de afiliación, la mayoría de las patologías presentadas no estarían cubiertas por ser consideradas preexistentes"; y, añade dicho correo electrónico: "En referencia a la nueva ley de discapacidades emitida el año pasado, a la cual usted hace referencia, aun no se ha emitido el reglamento de aplicación de la misma. Una vez emitido el mismo las empresas de medicina pre pagada tendremos los lineamientos requeridos para proceder a modificar, en caso de que aplique, nuestras políticas de afiliación".

II.- TRÁMITE ANTE LA DELEGACIÓN.-

3.- En providencia inicial, del 22 de enero de 2013 a las 09h43 (fojas 4 y vta.), se admitió a trámite la queja propuesta, por tratarse la misma sobre la presunta vulneración de los derechos de una persona que, por su condición de niño y padecer de una discapacidad, se halla en doble condición de vulnerabilidad y merece, por tanto, de protección especial, conforme lo previsto en el artículo 35 de la Constitución de la República. En tal virtud, de conformidad con el artículo 105 numeral 2 de la Ley Orgánica de Discapacidades, se convocó a las empresas ECUASANITAS S.A., y Sistema de Medicina Prepagada del Ecuador S.A. (SALUD S.A.), así como al peticionario, a audiencia pública a celebrarse el día 28 de enero de 2013 a las 15h30.

4.- Celebrada la audiencia, comparecieron el quejoso, así como los abogados patrocinadores de las empresas ECUASANITAS S.A., y SALUD S.A., quienes manifestaron que no desconocen los derechos del hijo del peticionario a contratar un seguro de medicina prepagada, conforme lo prevé la Ley Orgánica de Discapacidades y la Constitución de la República, pero estiman necesario hacer algunas consultas, a fin de operativizar las condiciones en que se otorgarán las prestaciones que se contraten, lo cual fue aceptado por el peticionario O F, quien solicita que se reconozca el derecho a contratar un seguro de medicina prepagada a favor de su hijo S F, como se advierte del acta correspondiente, que obra a fojas 8 del expediente; por tal razón, se acordó entre las partes la realización de una nueva audiencia.

5.- Mediante providencia expedida el 29 de enero de 2013 a las 15h03 (fojas 103), se convocó a una nueva audiencia entre las partes, diligencia que se efectuó el 7 de febrero de 2013 a las 15h10, con la presencia del reclamante, O F y del abogado patrocinador de la empresa ECUASANITAS S.A., quien expuso que no tiene inconveniente en reconocer el derecho de aquel para celebrar contrato de seguro a favor de su hijo con discapacidad (síndrome de down), a fin de cumplir lo previsto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Discapacidades, y que los parámetros de dichos contratos deberán ser acordes a lo que dicen las normas legales y constitucionales; pero advierte que tiene instrucciones de su representada para ofrecer "la cobertura del PLAN ELEGIR de hasta \$ 5.000,00 sin considerar la preexistencia", oferta que fue rechazada por el peticionario O F por considerar esta limitación como acto de discriminación, conforme consta en el acta de la referida audiencia (fojas 106), a la cual no compareció la empresa SALUD S.A.

III.- DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE ESTIMAN VULNERADOS.-

6.- El peticionario, al presentar su queja, no invoca derecho alguno y se limita a señalar que las compañías SALUD S.A. y ECUASANITAS S.A. le niegan el derecho a contratar un seguro de medicina prepagada a favor de su hijo que padece de síndrome de down; sin embargo ello no exonera a la Defensoría del Pueblo de la tarea de investigar los hechos expuestos en la queja y, de ser el caso, declarar la vulneración de derechos en contra del hijo del peticionario, quien se halla en doble condición de vulnerabilidad por ser un niño y además padecer de discapacidad.

7.- Por ello, esta Delegación Provincial estima necesario efectuar un análisis desde el ámbito de protección de los derechos que la Constitución de la República consagra a favor de las niñas, niños y adolescentes, así como de las personas con discapacidad o que padezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, específicamente el derecho a la salud y si se ha garantizado la accesibilidad a éste por parte del niño S F, en el marco del respeto del derecho a la igualdad y no discriminación, conforme lo previsto en el artículo 11 numeral 2 de la Carta Suprema de la República.

8.- Por tanto, los derechos a ser analizados son los siguientes:



108
citado echo
C

Art. 32.- "La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos..."

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 (...) El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad".

Art. 44.- "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas".

Art. 66.4.- "Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación."

Art. 11.- "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2.- Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos..."

IV.- CONSIDERACIONES-

8.- A la Defensoría del Pueblo le corresponde la protección y tutela de los derechos de todos/as los/as habitantes del Ecuador, conforme lo previsto en el artículo 215 de la Constitución de la República

9.- El ciudadano O _____ Fi _____, por medio de su queja, busca se garantice el derecho a la salud de su hijo, Si _____ F _____, de tres años de edad y que padece del Síndrome de Down, el cual constituye un trastorno genético que genera discapacidad cognitiva, y según datos científicos, las personas con dicho síndrome tienen una probabilidad superior a la de la población general de padecer de algunas enfermedades, especialmente del corazón, sistema digestivo y sistema endocrino.

10.- La Constitución de la República garantiza los derechos que aseguren el buen vivir, entre ellos el derecho a la salud (Art. 32), que debe entenderse como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades" (Carta de Constitución de la OMS). El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 14, referente al derecho al disfrute del más alto nivel

posible de salud, estima que el historial de la elaboración y expresa redacción del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de los DESC "reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana ...".

11.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce al derecho a la salud como inalienables e inherente a todo ser humano, lo cual impone al Estado -y también a los particulares- la obligación de respetarlo y protegerlo, no sólo mediante el acceso a sistemas de salud, sino que los mismos sean adecuados y de alta calidad; para el efecto se considera como elementos indispensables e interrelacionados su disponibilidad sin discriminación, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

12.- En relación a la accesibilidad del derecho a la salud, este elemento exige que los establecimientos, bienes y servicios relacionados con la salud sean accesibles a todos, especialmente a los sectores más vulnerables de la sociedad, no sólo en lo relacionado con la infraestructura física de los centros de salud, sino también en lo referente a accesibilidad económica. Una de las formas de asegurar el goce del derecho a la salud del niño S F es mediante la prestación del servicio de salud y/o medicina prepagada que su padre, requiere contratar, precisamente para asegurar el acceso al servicio de salud y la obtención de medicinas de calidad y al alcance de sus posibilidades económicas, tomando en cuenta que por padecer de síndrome de down, está más expuesto a contraer enfermedades de alta complejidad o catastróficas.

13.- El referido menor se halla dentro del grupo de personas identificadas como de atención prioritaria, y por su condición de niño, padecer discapacidad y ser proclive a padecer además de enfermedades consideradas como catastróficas o de alta complejidad, se convierte en titular de derechos específicos, entre ellos el de recibir **atención prioritaria y especializada** en los ámbitos público y privado; más aún si se tiene presente que presenta más de dos condiciones de vulnerabilidad, conforme lo previsto en el artículo 35 de la Constitución de la República.

14.- Surge entonces la interrogante: ¿de qué manera se puede asegurar el respeto del derecho a la salud del niño , y de otros que se hallen en idéntica condición de vulnerabilidad? La Observación General 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala -en su párrafo 9- que "el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, **bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud**". Una de las formas en que las niñas, niños y adolescentes, las personas con discapacidad y quienes padezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, puedan acceder al más alto nivel posible de salud, es contar con planes de salud y/o medicinas prepagadas, cuya contratación garantice la eficiencia, alta calidad, medicinas apropiadas para calmar sus dolencias, que también serán de calidad, y al alcance de todos quienes requieran de tales servicios sin exclusiones ni limitaciones de ninguna clase.



108
Ciento noventa y ocho

15.- Sin embargo, las empresas Sistema de Medicina Prepagada del Ecuador S.A. (SALUD S.A.) y ECUASANITAS S.A., si bien reconocen, formalmente, el derecho a contratar el servicio de asistencia médica prepagada a favor del niño en la práctica tornan imposible el ejercicio y goce de este derecho, al negarse a celebrar tales contratos o pretender imponer límites a la cobertura de las prestaciones de los seguros que ofertan, debido a la preexistencia del Síndrome de Down en el niño en evidente transgresión del artículo 25 de la Ley Orgánica de Discapacidades, norma que, en relación a los contratos con compañías de seguros privados que incluyan coberturas de vida y/o salud, y con compañías de salud y/o medicina prepagada, dispone:

"...Los contratos no podrán contener cláusulas de exclusión por motivos de preexistencias y las mismas serán cubiertas aún cuando la persona cambie de plan de salud o aseguradora".

16.- Nuestro ordenamiento jurídico no hace distinción alguna para que las personas que contraten servicios de seguro de salud y/o medicina prepagada, o a favor de quienes se celebran tales contratos, sean excluidas de la cobertura de todos los servicios; de ello se infiere que se les debe dar el mismo trato que al resto de contratantes de los seguros de salud y/o medicina prepagada; cualquier exclusión, como la que se pretende aplicar al menor hijo del ciudadano O F (como lo ha hecho la empresa SALUD S.A.), o la imposición de límites a las coberturas (como la ofertada por ECUASANITAS S. A., de hasta \$ 5.000,00), basados en la preexistencia del síndrome de down del que padece el referido menor, implica un trato discriminatorio injustificado y arbitrario, que vulnera el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación consagrado en el artículo 66.4 de la Constitución de la República.

17.- La Constitución de la República señala, en su artículo 11, numeral 2, lo siguiente:

"...Nadie podrá ser discriminado por (...) estado de salud (...) discapacidad (...) ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente (...) que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación".

18.- En relación con este derecho, es necesario precisar los enunciados de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. En el tema específico de la igualdad y no discriminación, se ha señalado que constituyen dos principios fundamentales del derecho Internacional de los derechos humanos. Así, el artículo 10 párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición..."

19.- Por su parte, el artículo 12 del mismo instrumento internacional señala que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; y, el numeral 2 de la norma convencional precisa que, entre las medidas que deben adoptar los Estados para asegurar la plena efectividad de este derechos, figuran: "(...) **c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad**". Ahora bien, la forma en que el Estado y sus instituciones aseguren el cumplimiento de estos derechos es, indudablemente, ejerciendo un estricto control a las empresas como SALUD S.A. Y ECUASANITAS S.A., para que al contratar seguros de salud y/o medicina pre pagada, aseguren que éstos sean de calidad, sin considerar preexistencias de enfermedades o discapacidades al momento de contratar, pues lo contrario implica hacer exclusiones no prevista en la ley, y además evidencia un trato discriminatorio que la Constitución, de manera expresa, prohíbe.

20.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva No. OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, con relación a los principios de igualdad y de no discriminación, en el párrafo 86 de la referida opinión, señaló:

"...El hecho de estar regulado el principio de igualdad y de no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico".

21.- La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que: "...la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamientos entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza" (párrafo 87 de la Opinión Consultiva OC-18/03).

22.- Otro de los argumentos de las empresas accionadas es que hace falta el Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades, "con el fin de saber de qué manera se va a proceder con todos los casos", criterio por demás errado, pues la salud es un derecho consagrado en la Constitución de la República, del cual es titular el niño [redacted], por tanto, es inadmisibles la alegación de falta de un reglamento para materializar ese derecho, pues ello implica transgresión del principio de aplicación de los derechos previsto en el artículo 11 numeral 3 del texto constitucional, que dispone que "no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento".



110
CABO DRE
e

23.- Esta Delegación Provincial advierte que las compañías Sistema de Medicina Prepagada del Ecuador S.A. (SALUD S.A.) y ECUASANITAS S.A. priorizan sus utilidades económicas por sobre el estado de salud del menor [redacted], al negarle a su padre la posibilidad de contratar el servicio de salud y/o medicina prepagada en su beneficio, o pretender imponer limitaciones en la cobertura de los servicios brindados por las referidas empresas, en franca violación del artículo 44 del texto constitucional que consagra el principio del interés superior de los niños y que sus derechos prevalecen sobre los de los demás.

V.- RESOLUCIÓN:

Por las consideraciones expuestas, la Delegación de la Defensoría del Pueblo en la provincia del Guayas, en mérito de lo aportado por las partes, resuelve:

- 1.- Declarar que las empresas SALUD S.A. y ECUASANITAS S.A., al negarse a suscribir contratos de seguro de salud y/o medicina pre-pagada con el ciudadano O [redacted] F [redacted] y a favor de su hijo, [redacted] atentan contra el derecho a la salud garantizado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículo 32 de la Constitución de la República, con la agravante de que de persistir dicha negativa, se pone en grave riesgo la vida del referido menor, de tres años de edad, que padece síndrome de down y discapacidad y con altas probabilidades de padecer enfermedades catastróficas o de alta complejidad, es decir, una persona que requiere de especial protección;
- 2.- Declarar que las empresas SALUD S.A. y ECUASANITAS S.A., al negarse a suscribir contratos de seguro de salud y/o medicina prepagada con el ciudadano O [redacted] F [redacted] y a favor del hijo de éste, [redacted] incurren en violación del artículo 44 de la Constitución de la República, que consagra el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, y la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás.
- 3.- Declarar que las empresas SALUD S.A. y ECUASNITAS S.A., al pretender imponer exclusiones, basadas en preexistencia de enfermedad o discapacidad del menor [redacted] o limitar la cobertura de los servicios de salud y/o medicina pre pagada que ofertan, incurren en trato discriminatorio, vulnerando el derecho consagrado en el artículo 66.4, en concordancia con el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República.
- 4.- Incoar Acción de Protección a favor del ciudadano [redacted] por los derechos que representa de su hijo, [redacted] en contra las empresas Sistema de Medicina Prepagada del Ecuador S.A. (SALUD S.A.) y ECUASANITAS S.A., en ejercicio de las competencias que el artículo 215 numeral 1 de la Constitución de la República otorga a la Defensoría del Pueblo; para el efecto, esta Delegación Provincial, coordinará con la Dirección Nacional de Protección de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo la presentación de la referida garantía jurisdiccional; y,

5.- Notificar esta resolución defensorial a las partes.

maría José fernández
Ab. María José Fernández Bravo
DELEGADA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO
EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS

[Signature]
Ab. Marco Pacheco Espíndola
SECRETARIO AD HOC



Notificaciones:

[Redacted]

Urbanización Bello Horizonte, Mz. 09 Villa 12
Teléfono 6012776

[Signature]

18-14 20/02/2013

ECUASANITAS.- Dr. Jacinto Velásquez (Procurador Judicial de ECUASANITAS S.A.)

Casilla Judicial No. 115
Dirección: Calle Vélez No. 616 entre García Avilés y Rumichaca, piso 7

Dr. José Guillermo Capito Álvarez (Procurador Judicial SALUDSA)

Dirección: Avenida Carlos Julio Arosemena Km. 3 vía a Daule, junto a Colegio Veintiocho de Mayo.
Casilla Judicial 2256
Correo electrónico: josecapito@aslex.com.ec

SALUDSA
Servicio y Mantenimiento
de Clientes-Personas

20 FEB 2013
RECIBIDO
[Signature]

ECUASANITAS S.A.
OFIC. PRINCIPAL GUIL
20 FEB 2013

17:44 PM