

Quito 11 de febrero de 2019

Doctor  
Freddy Proaño Egas  
**Secretario Facultad de Jurisprudencia**  
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

**De mi consideración:**

En atención de lo solicitado, mediante oficio No. 051-SJ-2019, recibido el 22 de enero de 2019, en el sentido que emita el informe con nota, de la Disertación titulada "**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MEDICINA PREPAGADA**", desarrollada por la señorita **ALONDRA ASTRID ESCOVAR PÁEZ**, le manifiesto:

El análisis efectuado aborda ordenada y claramente los tópicos propuestos en la tabla de contenidos, lo que permite una comprensión adecuada de los mismos.

Se trata de un tema de especialidad en el ámbito de derecho administrativo y sobre el cual, en lo personal no he observado un estudio pormenorizado.

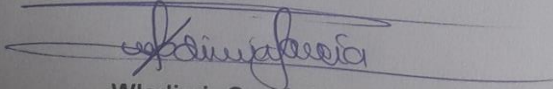
Se revisan varios pronunciamientos jurisprudenciales nacionales los cuales, como siempre lo manifiesto, son de mucha importancia para conocer el criterio del juzgador respecto de las normas aplicables a los casos concretos y en no pocas ocasiones respecto de la doctrina que se ha generado sobre los aspectos involucrados en el análisis.

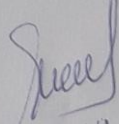
La bibliografía que respalda la investigación tanto nacional como extranjera es suficiente al igual que los artículos de revista citados.

En cuanto a su forma, el trabajo reúne los requisitos exigidos para este tipo de investigaciones.

Por lo expuesto, la disertación revisada merece la nota de **9/10 (nueve sobre diez)**.

Atentamente,

  
Wladimir Garcia Vinueza.

  
12 FEB 2019

Quito, 21 de febrero de 2019

Señor doctor  
Efrén Guerrero  
Decano de la Facultad de Jurisprudencia  
Pontificia Universidad Católica del Ecuador  
En su despacho

Señor Decano:

En cumplimiento de lo solicitado por el señor Secretario de Facultad, mediante oficio recibido el 23 de enero de 2019, he revisado la disertación titulada "La actividad administrativa arbitral para resolver controversias derivadas de los contratos de prestación de servicios de medicina prepagada", de autoría de la estudiante Alondra Escovar Páez.

Destaco que la temática que ha abordado el estudiante se refiere a un área sobre la que existe aún es necesaria investigación científica y estudios a nivel local. Incluso dentro del ámbito del Derecho Administrativo, se trata de un área de escasa producción bibliográfica en nuestro país. Por esta razón, inicio por reconocer que es un trabajo suficientemente novedoso que ha permitido a la estudiante realizar un aporte relevante.

En mi opinión, los dos primeros capítulos, dedican aproximadamente 80 paginas del trabajo a desarrollar conceptos que sirven como antecedente o están relacionados con el trabajo pero que (i) no constituyen ni abordan directamente el problema y la hipótesis que plantea y (ii) son, en varios casos, cuestiones sobre las que existen abundantes fuentes a las que el lector puede recurrir (por ejemplo: la separación de funciones, unidad jurisdiccional, el contrato de medicina prepagada, entre otros).

En el contexto del trabajo no aparece justificado el tratamiento exhaustivo de los referidos temas en relación con el problema e hipótesis planteados. El verdadero aporte de la tesina se presenta en el último capítulo del trabajo que trata sobre la potestad administrativa de la Superintendencia de Compañías para resolver disputas contractuales en materia de medicina prepagada.

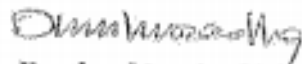
Finalmente, debo indicar que la investigación realizada respeta los parámetros mínimos de rigurosidad científica aplicables. El trabajo

contiene las referencias bibliográficas y citas de pie de páginas necesarias para demostrar la tarea investigativa efectuada y el respeto a la propiedad intelectual ajena.

Los asuntos relevantes que plantea la alumna se deberán analizar a profundidad en la defensa oral.

Por las razones que se detallan en este informe, asigno al referido trabajo, la calificación de 9/10 (nueve sobre diez).

Muy atentamente,

  
Dunker Morales Vela

  
22 FEB 2019

Quito, 11 de enero de 2019

Señor doctor  
Efrén Guerrero  
**DECAHO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE**  
En su Despacho.-

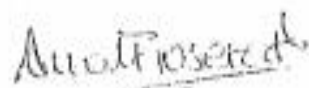
Señor Decano:

Cúmpleme informar que la señorita **ALONDRA ESCOVAR**, ha culminado de manera adecuada el desarrollo de su disertación titulada "La actividad administrativa arbitral para resolver las controversias derivadas de los contratos de prestación de servicios de medicina prepagada".

El tema objeto de investigación por la señorita Escovar, aborda el análisis de la competencia que el ordenamiento jurídico ecuatoriano confiere a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, competencia que la autora cuestiona, para resolver las controversias entre asegurados y empresas de salud pre pagada; la materia corresponde al ámbito del derecho público, concretamente al derecho administrativo y resulta novedoso en nuestro medio en el que prácticamente no existen estudios sobre el tema.

Por lo expuesto, considero que la señorita Escovar puede continuar con los trámites correspondientes para la defensa de su trabajo de investigación, que considero puede ser calificado con la nota de 10.

Atentamente,



Ana María Rosero Rivas



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA**

**“LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL PARA RESOLVER LAS  
CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN  
DE SERVICIOS DE MEDICINA PREPAGADA”**

**ALONDRA ASTRID ESCOVAR PÁEZ**

**DIRECTORA: DRA. ANA MARÍA ROSERO RIVAS**

**QUITO, 2019**

## **DEDICATORIA**

*A mi hermana, Carolina, por ser mi ejemplo a seguir, un ejemplo de valentía y de esfuerzo, y por todo el apoyo incondicional que me ha brindado*

## **AGRADECIMIENTOS**

*A mi madre, Lilián, por enseñarme a superar los obstáculos y no dejarme derrotar por las dificultades*

*A mi padre, Wladimir, por guiar mi camino y enseñarme a ser incorruptible*

*A mi hermana, Carolina, por su apoyo incondicional*

*A mi hermana, Stefanny, por enseñarme a ser constante.*

*A Micaela y Ma. De los Ángeles, por los consejos y por su amistad incondicional*

*A Sofía, por su compañerismo inigualable y su solidaridad*

*A la doctora Ana María Rosero, por la guía impartida para culminar este trabajo*

## RESUMEN

La presente disertación constituye un análisis de la actividad administrativa arbitral ejecutada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para resolver los conflictos derivados de los contratos de salud prepagada, principalmente, determina si es una función jurisdiccional o una función administrativa.

Para tal efecto, el primer capítulo señala los postulados de la Constitucionalización del Derecho Administrativo, así como, los del principio de separación de funciones. También analiza a la jurisdicción y sus características para comprender el principio de unidad jurisdiccional, lo que permite comprobar si la Administración Pública ejerce funciones jurisdiccionales.

El segundo capítulo estudia el origen y la definición de la salud prepagada y de manera especial instruye sobre los contratos de medicina prepagada, desde el análisis de los elementos de su esencia, de su naturaleza y los accidentales. Adicionalmente, se investiga sobre los derechos conexos presentes en la medicina prepagada, como el derecho a la salud y los derechos de los consumidores.

El tercer capítulo analiza específicamente a la actividad administrativa arbitral para resolver las controversias derivadas de los contratos de salud prepagada ejecutada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en conjunto con su régimen jurídico.

Finalmente, la disertación demuestra que las funciones de vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, así como su potestad sancionadora, protegen el interés general presente en la salud prepagada.

## **ABSTRACT**

The following dissertation is an analysis about the arbitral administrative activity executes by the Superintendence of Companies, Securities and Insurance to resolve the conflicts derived from the prepaid health's contracts. The main purpose is to determine if this activity is an administrative or jurisdictional function.

For this purpose, the first chapter develops the postulates of the Constitutionalisation of Administrative Law. Also, it analyses the principle of the segregation of duties, as well as the jurisdiction and its characteristics, to understand the principle of unity of jurisdiction, which allows to determine if the Public Administration executes jurisdiction.

The second chapter, studies the origin and definition of the prepaid health, and also it instructs about the prepaid health's contract from its essential, natural, and accidental elements. Additionally, it investigates the right to health and the consumer's rights as connected rights in the prepaid health.

The third chapter analyses the arbitral administrative activity to resolve the conflicts derived from the prepaid health's contract executed by the Superintendence of Companies, Securities and Insurance, altogether with its legal regime.

Finally, the investigation shows that the control and supervisory functions of the Superintendence of Companies, Securities and Insurance, as well as its power to impose sanctions, protect the public interest present in the prepaid health.

## Tabla de contenidos

RESUMEN .....	7
ABSTRACT .....	9
AGRADECIMIENTOS .....	7
DEDICATORIA .....	6
INTRODUCCIÓN .....	12
CAPÍTULO I: LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL FRENTE A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	16
1.1.    La Constitucionalización del Derecho Administrativo. ....	16
1.1.1    Principio de separación de funciones. ....	24
1.1.2    Derecho fundamental a un juez legal. ....	37
1.1.3    Jurisdicción: .....	39
1.1.4    Principio de Unidad Jurisdiccional. ....	44
1.1.4.1    Excepciones al principio de Unidad Jurisdiccional. ....	46
1.2.    Actividad Administrativa Arbitral. ....	48
1.2.1        Teoría sobre la inexistencia de la actividad administrativa arbitral. ....	54
1.2.2        Criterio de la Corte Constitucional Ecuatoriana. ....	55
1.2.3        Ejemplos ecuatorianos de la actividad administrativa arbitral	58
CAPÍTULO II: LA MEDICINA PREPAGADA EN EL ECUADOR .....	61
2.1.    Origen de la Medicina Prepagada en el Ecuador. ....	61
2.2.    Contratos de Salud Prepagada. ....	65
2.2.1.    Elementos de la esencia en los contratos de medicina prepagada. ....	67
2.2.2.    Elementos de la naturaleza de los contratos de medicina prepagada.	68
2.2.3    Elementos accidentales de los contratos de medicina prepagada. ....	72
2.2.4.    Revisión a priori de los contratos de medicina prepagada. ....	73
2.3.    Derecho Relacionados con la Salud Prepagada. ....	77
2.3.1.    El Derecho al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud. ....	77

2.3.2.	Derechos delos Consumidores .....	80
<b>CAPÍTULO III:LA SALUD PREPAGADA Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA</b>		
<b>ARBITRAL .....</b>		
3.1.	Materialización de la actividad administrativa arbitral al resolver controversias derivadas de un contrato de salud prepagada. ....	86
3.1.1.	Definición de Acto Administrativo.....	87
3.1.2.	Elementos del Acto Administrativo que resuelve un reclamo derivado de un contrato de salud prepagada.....	88
3.1.2.1.	Competencia.....	89
3.1.2.2.	Objeto.....	95
3.1.2.3.	Voluntad.....	96
3.1.2.4.	Procedimiento. ....	97
3.1.2.5.	Motivación. ....	101
3.1.3.	Presunción de legitimidad de los actos administrativos... ..	104
3.1.4.	Ejecutividad y Ejecutoriedad del Acto Administrativo. ..	104
3.1.5.	Infracciones que padecen los actos administrativos. ....	106
3.1.6.	Impugnabilidad de los Actos Administrativos.....	108
3.2.	Funciones de la Administración para tutelar el interés general presente en la salud prepagada.....	114
3.2.1.	Denuncias en sede administrativa como régimen sancionador de los reclamos de salud prepagada. ....	119
<b>CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES.....</b>		
<b>129</b>		
<b>V. REFERENCIAS .....</b>		
<b>136</b>		

## INTRODUCCIÓN

Todas las potestades y funciones de la Administración Pública se encuentran justificadas por el interés general que protegen, ya que la tutela del interés general constituye el fin principal de la Administración Pública. En contraste con la protección del interés general, se encuentra la tutela de los intereses privados o particulares a cargo de los jueces y tribunales.

En ese sentido, las pretensiones privadas, como la pretensión de que se cumpla un contrato celebrado entre particulares, deben ser satisfechas por los jueces y tribunales. Pero en algunos casos la ley ha dotado de competencia a la Administración Pública para resolver controversias entre particulares, lo que satisface pretensiones privadas. En otras palabras, la ley habilita a la Administración Pública para ejecutar la denominada actividad administrativa arbitral.

Esta actividad de la administración se puede definir como *“aquella que realiza la Administración Pública cuando ejercita la potestad de decidir unilateralmente conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos bajo el control de la Jurisdicción contencioso-administrativa o civil”* (Parada, 1992, pág. 15). Es decir, la actividad administrativa arbitral tiene lugar cuando la Administración Pública resuelve controversias entre particulares como un tercero imparcial.

Alrededor de la actividad administrativa arbitral, se han presentado varias críticas sobre su constitucionalidad, a la luz de los principios de independencia de funciones y de unidad jurisdiccional, así como del derecho a un juez predeterminado legalmente. No obstante, un sector de la doctrina avala la posibilidad de que la Administración Pública resuelva administrativamente una controversia entre particulares.

La presente disertación analiza esta actividad administrativa, principalmente, cuando la Administración Pública resuelve los conflictos derivados de los contratos que ofertan servicios de salud prepagada.

En ese contexto, hay que aclarar que las compañías de salud prepagada surgieron en el país como una respuesta empresarial a las dificultades que el Estado ecuatoriano de los años 90 tenía para atender las demandas de salud de la población. Los servicios de salud prepagada se basan en que la compañía que presta este servicio financia las prestaciones médicas que reciban sus afiliados, ya sea para tratar una enfermedad o para mejorar su salud, y a cambio los afiliados deben pagar una contraprestación económica.

En la prestación del servicio de salud prepagada intervienen dos partes contractuales, por un lado, el afiliado y por otro lado la compañía que presta el servicio de salud prepagada. Esta relación es normada por 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” (2016), que a lo largo de la disertación se la denominará simplemente como Ley de Salud Prepagada. Con esta ley, se pretendía transparentar el servicio de salud prepagada y mejorar la situación de los afiliados<sup>1</sup>.

La relación que tienen las compañías de salud prepagada con sus afiliados, siempre nace por la suscripción de un contrato de adhesión, el cual determina las condiciones del plan contratado, el monto máximo de cobertura, su renovación, las exclusiones y demás condiciones propias del servicio. Por lo tanto, los eventuales problemas que pueden surgir entre los afiliados y las prestadoras del servicio de medicina prepagada deben ser resueltos con base al contrato, más aún cuando este contrato ha sido previamente aprobado por la Intendencia de Seguros.

Los afiliados a una compañía de salud prepagada confían que en el momento que sufran un contingente de salud, la compañía les financiará las prestaciones médicas que necesiten. No obstante, estas prestaciones médicas se financian de acuerdo a los montos de cobertura de las cláusulas contractuales y a las condiciones del plan contratado.

Por lo tanto, en la prestación de servicios de salud prepagada se encuentran presentes los derechos patrimoniales de la compañía de salud prepagada y el derecho a la salud de los afiliados, así como sus derechos como consumidores. La medicina prepagada es un negocio que está ideado en base al derecho a la salud y se caracteriza por su masividad. Por lo cual, la Administración Pública debe intervenir a fin de tutelar el interés general comprometido (Capito, 2006, p. 4).

---

<sup>1</sup> “Que, el artículo 52 de la Constitución determina el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características; y, que la Ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor” (Considerandos 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, de 2016).

En ese sentido, las Compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada, como bien, lo reconoce la Corte Constitucional Colombiana, se ocupan de un tema que es sensible para la población:

“Queda claro entonces, el carácter especial del Contrato de medicina Prepagada. De allí se entiende el por qué este contrato merece un tratamiento extraordinario en la solución de las controversias que resultan de su ejecución, ya que desde un comienzo, el contrato lleva inmerso en su objeto a la salud de quien lo suscribe, y éste, a pesar de no ser un derecho fundamental por la naturaleza si lo puede llegar a ser por conexidad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-128 de 2000)<sup>2</sup>

Al haber ideado un negocio entorno al derecho a la salud o al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud<sup>3</sup>, como el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo denomina; es necesario que la Administración Pública intervenga para tutelar que los ciudadanos puedan ejercer plenamente este derecho, sin ser sometidos a tratos discriminatorios, abusos del mercado, intereses particulares que se puedan originar frente a este derecho (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus observaciones generales, 2000)<sup>4</sup>.

Una vez que se ha establecido que la medicina prepagada demanda la intervención de la Administración Pública para tutelar el interés general comprometido, entonces surge el siguiente problema: ¿Cómo la administración pública puede resolver conflictos entre particulares derivados de un contrato de medicina prepagada?

La anterior interrogante se responde a través del desarrollo de cada uno de los tres capítulos que componen esta investigación.

El primer capítulo cuestiona los postulados de la actividad administrativa arbitral a la luz de la Constitucionalización del Derecho Administrativo, para tal efecto, empieza por analizar al principio de separación de funciones, luego caracteriza a la jurisdicción,

---

<sup>2</sup>Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-128 de 2000.

<sup>3</sup>“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley”. (Observatorio de Política Social y Derechos Humanos, 2000).

<sup>4</sup>“(…) el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud” (Énfasis añadido) (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus observaciones generales, 2000).

posteriormente conceptualiza al principio de unidad jurisdiccional, después define al derecho de un juez predeterminado legalmente y termina por demostrar si la Administración Pública ejerce funciones jurisdiccionales cuando ejecuta su actividad administrativa arbitral.

El segundo capítulo es un análisis de la salud prepagada, el cual examina el origen y el concepto de la salud prepagada y especialmente analiza al contrato de salud prepagada, desde los elementos de su esencia, de su naturaleza y los accidentales, lo que conlleva a entender la forma en que se presta el servicio de salud prepagada. Este capítulo, trata también sobre los derechos conexos que se relacionan con la salud prepagada, como es el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y los derechos de los consumidores, que permite evidenciar por qué en este negocio se demanda la intervención de la Administración Pública.

Finalmente, el tercer capítulo profundiza el análisis sobre la actividad administrativa arbitral que ejecuta la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para resolver los conflictos derivados de un contrato de salud prepagada, lo que permitirá estudiar el régimen jurídico aplicable a esta actividad de la Administración Pública y las principales anomalías que se presentan cuando la Administración Pública actúa como un tercero imparcial encargada de resolver las controversias derivadas de un contrato de salud prepagada. Además, estudia a las funciones de vigilancia y control de la referida Superintendencia y su potestad sancionadora, como las potestades idóneas para tutelar el interés general presente en el negocio de la salud prepagada.

# **CAPÍTULO I: LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL FRENTE A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

## **1.1. La Constitucionalización del Derecho Administrativo.**

Para poder comprender a qué se hace alusión con la Constitucionalización del Derecho Administrativo es necesario hacer una breve revisión del origen de esta rama del Derecho Público, así como del surgimiento de sus principales instituciones.

No hay unanimidad en la doctrina respecto de cuando nace el Derecho Administrativo, pero un gran sector de la doctrina (Forstot, Giannini, Villar Palasi como se citó en Rodríguez,2011) se ha inclinado por indicar como punto de partida del Derecho Administrativo a la Revolución Francesa, acontecimiento que tuvo lugar en 1789. Pero, existen doctrinarios que ubican el origen del Derecho Administrativo antes de la Ilustración (Mayer como se citó en Rodríguez,2011) y manifiestan que el Derecho Administrativo siempre existió pero que con Revolución Francesa únicamente se transformó en ciencia jurídica (Rodríguez,2011, p.7).

Previo a la Revolución Francesa, el rey era considerado casi un dios, por lo que sus actuaciones se asemejaban a actuaciones divinas, por tal motivo tenía un poder ilimitado, no existían ciudadanos titulares de derechos, simplemente las personas eran consideradas súbditos que no tenían ninguna clase de derechos; los individuos eran concebidos como un *“objeto del poder estatal, antes que como un sujeto que se relaciona con él”*(Gordillo, 2014, p. 41), así funcionaba el Estado Absolutista o Estado Policial.

Para esta investigación, lo importante es partir desde el momento en que el Derecho Administrativo obtuvo su contenido científico, es decir en la Ilustración, momento histórico en el cual se introdujeron los primeros elementos constitucionales como la *“división de poderes, legalidad de la acción administrativa, reconocimiento de los derechos públicos subjetivos, recurribilidad contra los actos de la administración, cuya autoridad se transfiere al príncipe, principio de jerarquía, etcétera”*(Rodríguez, 2011, p.8). En otras palabras, en ésta época inicia la *“larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder”* (Gordillo, 2011, p.41).

Después de la época de las luces, lo que primaba era la ley, por lo que todas las actuaciones de la nueva de administración pública debían estar avaladas por la ley, de

este modo se produjo el cambio del Estado Policía a un Estado de Derecho (Rodríguez, 2011, p.8).

En consecuencia, empezó el cambio de paradigma respecto de la relación entre los individuos y el Estado, se buscó que se concibiera a los individuos como ciudadanos titulares de derechos inalienables, los cuales debían ser respetados por el poder. Es así como, se asientan los primeros principios de esta relación desigual. (Gordillo, 2014, p. 40-41).

El doctrinario Agustín Gordillo (2011), identifica algunos ejemplos de las instituciones que surgieron con el nacimiento del Estado de Derecho, como conquista de la Revolución Francesa, tales como:

- a) La posibilidad de iniciar acciones judiciales contra el Estado: En la Monarquía, el Estado no causaba daño, aquello era considerado un dogma, razón por la cual, era inconcebible plantear una demanda ante los Tribunales en contra del soberano (p.535).

Sobre este tema, el autor Eduardo García de Enterría (1979), asocia la capacidad de demandar judicialmente al Estado con el principio de legalidad, debido a que un juez imparcial podrá juzgar si las actuaciones del Estado se emitieron con estricto respecto a la ley. Lo que constituye, “(...) *el dogma de la separación entre la Administración y la Justicia*” (p.163).

- b) La responsabilidad del Estado por los daños que irroga: En el Estado Policía se tenía la convicción de que el soberano no causaba daños materiales, por lo que era imposible que sea responsable por los daños que producía (Gordillo, 2014, p.535).
- c) La jurisdicción competencia de los Tribunales de la Función Judicial: En el Estado absolutista, el soberano tenía jurisdicción para resolver las controversias que surgían entre los súbditos y el Estado; luego delegaría su jurisdicción a un órgano que dependía de él, el Consejo de Estado, es decir, existió una justicia delegada; con la llegada del Estado de Derecho los Tribunales que conforman la Función Judicial fueron los encargados de resolver los conflictos suscitados (Gordillo, 2014, p.536-537).
- d) Límites del poder: Durante el absolutismo, el monarca tenía un poder ilimitado sobre los súbditos, por lo cual estaba facultado para usar la coacción a su arbitrio y para promulgar los decretos que deseaba (Gordillo, 2014, p.537).

Estos son los principales cambios que se produjeron con la Revolución Francesa, que constituyen los primeros rasgos de la racionalización del poder, así como las bases sobre las cuales se asienta la relación entre el Estado y sus ciudadanos.

Pero, llegó un momento durante el Estado de Derecho, que los importantes cargos públicos fueron ocupados por los revolucionarios. A los nuevos funcionarios públicos les empezó a desagradar que los jueces puedan influir en las decisiones que tomaban en ejercicio de sus funciones administrativas. Es por ello que, en agosto de 1790 se promulgó la Ley 16-24 o la Ley de separación entre la Administración y la Justicia, en la cual se produjo una tajante separación entre la administración pública y el sistema de justicia, en el sentido en que, los tribunales no podían juzgar las actuaciones de la administración, y menos aún la de sus funcionarios (García de Enterría, 1979, p.164).<sup>5</sup>

Es así como, surgió el Estado centralizador francés moderno, en el cual la potestad de juzgar a la administración la ejercían dos órganos: i) el Consejo de Estado Francés, para temas centrales, y el ii) Consejo de Prefectura, para asuntos de los departamentos. (García de Enterría, 1979, p.165). Literalmente, la Administración Pública era juzgada por sus propios órganos.

Posterior a ello, inició la transformación del antiguo régimen al Estado Liberal, en el cual se proclamó la objetividad, la racionalización, y la limitación al poder; para esta tarea, era necesario acentuar más el principio de legalidad, para evitar que el poder sea un capricho, y que por el contrario, a través de la ley, entendida como la voluntad general, el poder estaría atado a cumplir esa voluntad general, y su ejercicio arbitrario estaría limitando e incluso daría un parámetro para la responsabilidad (Rodríguez, 2011, p.30).

Tras la primera guerra mundial, emergió el Estado Social, como el encargado de satisfacer absolutamente todas las necesidades de los ciudadanos, de una forma muchas veces asfixiante, que terminó por anularla responsabilidad de los individuos. Para alcanzar tal nivel de intervención los impuestos tuvieron que ser elevados (Rodríguez, 2011, p.35).

Luego, surgió el Estado de Partidos, en esta nueva organización, la protagonista se volvió la Función Ejecutiva (gobierno) con sus altos mandos llenos de los partidarios

---

<sup>5</sup>“He aquí, pues, que en el mismo momento que todo este ideario de la legalidad, de la libertad, de la garantía jurídica, va a ponerse en práctica, parece encontrarse con un obstáculo impensado: este principio de la separación entre la Administración y la Justicia, separación concebida como una exención judicial, una exención rotunda, radical, absoluta, de los poderes administrativos. Pero he aquí también lo casual, he aquí lo paradójico. Es justamente esta idea de la exención judicial de la Administración la que va a determinar la suerte entera de lo que hoy llamamos lo contencioso-administrativo” (García de Enterría, 1979, p.164).

del partido triunfador, que desplazó las funciones del parlamento, por cuanto, el gobierno elaboraba los proyectos de ley, y sin dejar de supervisar el proceso de aprobación los enviaba al parlamento para su tramitación y aprobación. En otras palabras, el partido político en el poder era el que toma las riendas en el ámbito legislativo, ejecutivo y hasta en ocasiones en el judicial. (Rodríguez, 2011, p.28).

Tiempo después de la segunda guerra mundial, se produjo una evolución al Estado Constitucional de Derecho, en esta nueva organización la constitución se convirtió en el fundamento de todo ordenamiento jurídico. En ese aspecto, algunas de las principales instituciones que fueron la base sobre las que nació el Derecho Administrativo entrarían en tela de duda o al menos tendrían que ser revisadas para estar acorde al desarrollo de la Constitucionalización, *“por cuanto, antes la ley era la medida de validez del Derecho; mientras que ahora la Constitución es el parámetro de validez de la ley”* (Landa, 2016, p.200).<sup>6</sup>

Después de la lucha en contra de las inmunidades del poder, llegaría el momento en que el modelo de Estado reconociera el principio de supremacía constitucional, lo que ocasionó cambios también en la disciplina del Derecho Administrativo, especialmente en sus fundamentos (Montaña,2014, p.66, 68).

Entonces el Derecho Constitucional llegó para desafiar al Derecho Administrativo, para imponer un parámetro de evaluación a las decisiones arbitrarias que no se encuentran debidamente motivadas y a los excesos de poder por parte de los órganos administrativos (Landa, 2016, p. 202). Pero, no para desechar las bases y principios del Derecho Administrativo, sino más bien para ser una reflexión en base al Derecho Constitucional. (Rodríguez, 2011, p.49).

Este proceso de Constitucionalización del Derecho Administrativo, es definido por Guatiní como *“un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales”*(citado por Benítez, 2010).

El origen de la Constitucionalización del Derecho Administrativo, más allá de su concretización con el surgimiento del Estado Constitucional, es una teoría denominada *“Las bases constitucionales del Derecho Administrativo”* expuesta por el maestro francés

---

<sup>6</sup>“Esto último le hizo al Derecho Administrativo no ser capaz autónomamente de poder afrontar los nuevos desafíos sociales que le plantearon las transformaciones del Estado democrático constitucional de la segunda mitad del siglo XX. Ello fue posible debido a la crisis de legitimidad del tradicional principio de legalidad y de la ley como norma vertebradora del tradicional Estado de Derecho, que puso en evidencia la confrontación entre la norma legal y la realidad social” (Landa, 2016, p.202).

Georges Vedel en su obra *Derecho Administrativo*<sup>7</sup>. Esta teoría propugnaba que las bases del derecho administrativos se encuentran en la Constitución, y que a partir de esas bases constitucionales se construyó el Derecho Administrativo(Devolvé,2014,p.43)<sup>8</sup>.

La teoría que propugna al Derecho Constitucional como la base del Derecho Administrativo, no es aceptada por el sector de la doctrina que considera que el Derecho Constitucional no es el cimiento sobre el que se asienta el Derecho Administrativo, ya que las fuentes constitucionales no componen por sí solas al administrativo, solo admite que el constitucional nutre al administrativo (Devolvé, 2014, p.56-57).

Ahora, procede entender ¿por qué el Derecho Constitucional sirve de soporte al Derecho Administrativo?, para lo cual, es necesario entender la definición de administración elaborada por el profesor Fromont, definición que el maestro Pierre Devolvé califica como aceptada universalmente.

“La administración pública puede ser definida, en su sentido funcional, como una actividad de interés general ejercida por autoridades públicas o personas privadas, estrechamente ligadas a estas y que no constituyen funciones legislativas ni jurisdiccionales. Entendida en su sentido orgánico, la administración pública, puede ser definida como el conjunto de órganos que ejercen esta actividad (...)” (Fromont como se citó en Devolvé, 2014).

La definición que antecede permite analizar porque el Derecho Constitucional nutre al Derecho Administrativo y la relación que hay entre ellos, puesto que actualmente la Constitución es la norma que instituye al Estado, así como a las instituciones públicas que lo conforman, es decir “la constitución determina, al menos en parte, pero frecuentemente de manera amplia, la organización y la acción administrativa, por lo tanto, el Derecho específico de esta organización y esta acción” (Devolvé, 2014, p. 57.)

Con la Constitucionalización del Derecho Administrativo, su nuevo desafío es la racionalización del poder mediante la Constitución, como base del ordenamiento jurídico, irradiando su fuerza normativa sobre la administración que es la encargada de ejecutar la ley.

Ecuador no ha sido ajeno al proceso de constitucionalización del derecho administrativo, como se evidencia en la Constitución de la República del Ecuador, que dedica su Título IX denominado “Supremacía de la Constitución” a desarrollar el

---

7 Publicado por primera vez en 1958. La séptima edición publicada en 1980, en la cual corrigió los errores de su teoría que fueron visualizados por algunos doctrinarios. (Devolvé, 2014, p.43-44).

8 “El fenómeno ni es exclusivo en Francia. Todas las jurisdicciones constitucionales, siguiendo situaciones diversas, pudieron y debieron, a partir de los textos constitucionales, precisar el alcance de las normas de esa categoría que se imponen a todas las ramas de Derecho” (Devolvé,2014, p.47).

principio, según el cual la carta magna se encuentra sobre todo el ordenamiento jurídico y, por ende, ninguna disposición jurídica y autoridad administrativa puede contravenirla.

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. *Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.* La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (...)” (Énfasis añadido).

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. *Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales* y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente (...) (Énfasis añadido).

Como lo indica el texto constitucional, todos los actos del poder público<sup>9</sup> deben estar acordes a la carta fundamental caso contrario carecerán de eficacia jurídica, es decir no producirán efectos. Así mismo, las autoridades administrativas están sujetas a la Constitución, por lo tanto, deben aplicarla directamente y, en el ejercicio de sus funciones deben abstenerse de emitir actuaciones contrarias a la constitución, so pena de que no tengan efectos en el sistema jurídico por ser inconstitucionales<sup>10</sup>.

De acuerdo al desarrollo nacional de la Constitucionalización del Derecho Administrativo, todos los actos de los poderes públicos deben estar motivados, bajo el riesgo de ser declarados nulos por mandato directo de la constitución.

“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 (...)7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. *Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.* Las servidoras o servidores responsables serán sancionados” (Énfasis añadido) (Constitución, 2008).

---

9 “Art. 225 Constitución de la República del Ecuador. “El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

10 Por inconstitucional se entiende que “la norma fundamental fija los límites del derecho, y, por tanto, los límites dentro de los cuales ha de situarse cualquier expectativa que pretenda convertirse en derecho. Opera de esta forma como “norma de selección” que traza la frontera entre lo políticamente posible y lo jurídicamente lícito, algo que se realiza a través de normas de organización y procedimiento, pero claramente en los derechos fundamentales, al menos de los derechos clásicos” (Fossas, 2016, p. 6).

La motivación ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional del Ecuador en diversos fallos<sup>11</sup>, por ejemplo en la sentencia No. 275-15-SEP-CC dictada en el caso No. 0285-11-EP, se define a la motivación como:

“Efectivamente, parte fundamental del debido proceso, según nuestro ordenamiento constitucional, es la garantía básica de la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, *a través de la cual se establece que las sentencias o resoluciones dictadas por los jueces y demás autoridades deben estar provistas de razones jurídicas que garanticen la decisión y que a su vez, exista una debida correlación entre lo que se decide y las normas legales y constitucionales aplicadas, mediante una interpretación racional ausente de arbitrariedades*”(Énfasis añadido).

La misma sentencia se encarga de indicar que, para evitar arbitrariedades es la razón por la cual es un mandato constitucional que los actos de las autoridades públicas se encuentren motivados. Adicionalmente, si una resolución de la administración pública se encuentra debidamente motivada generará “*claridad respecto del alcance y aplicación del ordenamiento jurídico destinado a la protección y garantía de los derechos*” (Corte Constitucional Ecuatoriana, 2015, caso No. 0285-11-EP)

Este desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, permite evidenciar de qué trata la Constitucionalización del Derecho Administrativo, pues demuestra que se trata de un nuevo intento por racionalizar el poder usando las garantías, derechos y principios constitucionales.

Otra conquista de la Constitucionalización del Derecho Administrativo, es la posibilidad de que los actos administrativos, tengan un control de constitucionalidad por parte de los Jueces de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, mediante la acción de Protección<sup>1213</sup>. Los actos administrativos desde la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el año 1968 han sido objeto de control de

---

11 Sentencia N°009-10-SEP-CC, dictada en el caso No. 0595-09-EP 183, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° de 30 de abril del 2010, Sentencia No. 123-13-SEP-CC, Sentencia No. 063-14-SEP-CC y Sentencia No. 231-14-SEP-CC, Sentencia No. 225-14-EP, dictada dentro del Caso No. 0289-19-EP, publicado en el Registro Oficial Suplemento 504 de 20 de mayo del 2015, Sentencia No. 017-14-SEP-CC.

12“Art. 88 La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y *podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación*”(énfasis añadido)(Constitución de la República del Ecuador,2008).

13“(…) el carácter subsidiario de la acción de protección ecuatoriana determina que esta procede exclusivamente cuando de un profundo estudio de razonabilidad del caso concreto realizado por la jueza o juez, se desprende la existencia de vulneración de derechos constitucionales. Por el contrario, si en dicho análisis judicial no se determina la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales, sino conflictos de índole infraconstitucional, a la jueza o juez le corresponde determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto” (Corte Constitucional del Ecuador; Sentencia No. 098-SEP-CC; Caso No. 1850-11-EP).

legalidad por parte de Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo que formaban parte de la Función Judicial.

Ahora con la Constitucionalización del Derecho Administrativo pueden ser objeto de un control de constitucionalidad, cuyo propósito es verificar si las actuaciones del poder público son acordes a los derechos y garantías constitucionales, lo que demuestra que las actuaciones de la administración también deben respetar la supremacía de la Constitución.

“Efectivamente, como ya hemos señalado anteriormente, la juridicidad constitucional es el fundamento de validez de todas las normas y actos. Todo acto jurídico, y entre ellos, el acto administrativo, encuentra su fuente en una norma previa que a su vez fue objeto normativo de otra anterior, y así, hasta llegar a la Constitución. En consecuencia, el acto administrativo no puede dejar sin efecto ni contradecir lo dispuesto en la norma general que le sirve de validez, y, por ende, tampoco puede derogar lo prescrito por la Constitución” (Simone, 2005, p. 38).

Por lo tanto, el Derecho Constitucional, como una rama del derecho, no es la base, ni la fuente de la que se originó el Derecho Administrativo, debido a que muchas de sus instituciones (acto administrativo, contrato administrativo, autotutela, bienes públicos, servidores públicos, entre otros) emergieron y se desarrollaron independientemente del constitucional; sin embargo, encuentran su constitucionalidad en la carta fundamental de cada Estado.

En los actuales Estados Constitucionales, la carta magna representa el marco en el que se pueden desarrollar las actividades de la función administrativa, por lo tanto, es factible afirmar que existe “*un marco constitucional del derecho administrativo*” (Jouanjan citado por Devolvé, 2014, p.58), encargado de delimitar la actuación administrativa, sus potestades, competencias y atribuciones.

En conclusión, por la Constitucionalización del Derecho Administrativo, en palabras del profesor Schmidt-Abmann (2014), se entiende:

“(…) más que solo una corrección de Derecho constitucional de las doctrinas particulares de Derecho administrativo. Quien quiera tomar en serio el concepto, debe estar preparado para examinar minuciosamente todas las relaciones sistemáticas. Los temas clásicos-legalidad, separación de poderes, formas de actuación, discrecionalidad, protección judicial efectiva, derecho de responsabilidad del Estado-no están superados, pero adquieren una dimensión diferente: ya no son dogmas, sino que forman una relación que debe asegurar un control jurídico efectivo de la administración. Se trata de un “mandato doble del Derecho administrativo” que le garantiza protección al ciudadano y a la administración, el cumplimiento eficaz de sus tareas. Para ello, es necesario utilizar la fuerza caracterizadora del sistema y potencial innovación de la Constitución. Esto es Constitucionalización del derecho administrativo” (p.37).

De acuerdo al autor Schmidt-Abmann, para tomar en serio la Constitucionalización del Derecho Administrativo se debe analizar un tema clásico de la organización estatal, como lo es la separación de funciones.

### **1.1.1 Principio de separación de funciones.**

Para poder entender el concepto de este principio, se iniciará por definir ¿Qué es un principio?

El autor Juan Martín Queralt (como se citó en Terán, 2014) determina que un principio cumple una triple función, como “*fundamento del ordenamiento jurídico, orientan la labor interpretativa y actúan como fuentes en caso de insuficiencia de ley*” (p. 72)

En ese sentido, el Código Civil determina en el numeral 7 de su artículo 18, que:

“Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: (...)7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se recurrirá a los principios del derecho universal”.

Entonces, se desprende que los principios tienen las siguientes características:

“1. Son verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles de modo inmediato. 2. Son normas de carácter general, aplicables al universo de casos y sin restricciones por especialización jurídica. 3. Son normas que deciden los casos difíciles o complejos. 4. Sus conflictos son resueltos por ponderación” (Terán, 2014, p.73).

Por lo tanto, los principios son parámetros de optimización, aplicables a todas las ramas del derecho; pueden ser cumplidos en distintos grados y son plenamente exigibles, pero su cumplimiento depende de varios factores como el fáctico y el jurídico. En palabras más simples, son los encargados de orientar la actividad jurídica, ya que pertenecen al mundo del deber ser.

Pero, hay que tener presente que el derecho se rige a parámetros que se encuentran en constante evolución, como lo explica el autor Alex Zambrano (2010):

“(…) porque no han existido siempre con el mismo sentido jurídico en todo el mundo, de hecho en caso de que se quisiese definir una regla del Derecho como principio habría que entender que la misma es susceptible de ser modificada con la evolución del Derecho mismo” (p. 12).

En el campo propiamente de la organización del Estado, existen varios principios que han ido concretándose y evolucionando a lo largo de la historia, los cuales han sido recogidos en la Constitución de cada Estado, por lo que al estar presentes en la norma suprema implica que su incumplimiento puede originar la invalidez de la ley que viole estas directrices.

Una vez, que ha quedado indicado la función que cumplen los principios, procede explicar lo que implica el principio de división de poderes. Para comprender este principio es indispensable traer a colación la definición de soberanía, que en términos del autor Diego Pérez (2009), es:

“Al hablar del Estado, la soberanía se traduce en su poder para tomar decisiones de acuerdo únicamente con su voluntad. La soberanía es la facultad del Estado para auto obligarse y para auto gobernarse. Es el reflejo de la independencia de poder político. La soberanía, dentro de un territorio determinado, también es el poder estatal de mandar con límites en el ordenamiento jurídico. Todos los otros entes u organizaciones que tienen poder para obligar deben estar subordinados al designio del Estado, claro que siempre ajustado a Derecho. El Estado, entonces, no está limitado por ningún otro poder dentro de sus fronteras. (...) La soberanía también tiene vinculación íntima con otra institución: el monopolio del uso legítimo de la fuerza. Solamente el Estado, en un régimen democrático, puede hacer uso legítimo de la fuerza para cumplir con sus fines” (p. 16).

El principio de división de funciones tuvo como génesis a la soberanía Estatal, que como quedo expresado es única en cada Estado, es por ello que, la denominación de división de poderes, resulta imprecisa debido a que el poder es uno solo. Pero, para alcanzar los fines del Estado es necesario, que, en su organización, la soberanía sea desmembrada en funciones.

Desde el criterio de Marshall (citado en Malem y Seleme, 2013), la división de poderes se desarrolló en dos etapas, la primera la distinción entre las actividades realizadas por las distintas funciones estatales: ejecutivas, legislativa y judicial y, en la segunda se caracterizó por asignar dichas funciones a distintos órganos del gobierno. “La atribución de diferentes funciones a diversos órganos es lo que usualmente se conoce como separación de poderes” (p.277).

La primera etapa se vería sesgada por las concepciones *ius naturalistas*, las cuales identificaron a la función judicial como única función dentro de la organización del Estado. No se aceptaba que legislador y el juez eran distintos, ya que ambos eran encargados de aplicar o interpretar el derecho natural preestablecido. Esto por cuanto la influencia *ius naturalista* del siglo XVII, indicaba que “(...) *lo que hace el gobernante a la hora de dictar normas no es genuinamente legislar, sino interpretar lo que un derecho natural preestablecido establece para el caso*” (Malem y Seleme, 2013, p.277).

Durante esta etapa, llegó un momento en el cual las concepciones *ius naturalistas* fueron perdiendo campo, lo que permitió que surja la idea del derecho como un artificio humano, con lo que se empezó a distinguir entre la creación del derecho y la aplicación e interpretación del mismo. A partir de ello, se inició el pensamiento de la división de funciones del Estado (Malem y Seleme, 2013, p.277).

Sin embargo, tal y como se conoce a este principio actualmente, no fue del modo como nació, al menos no en los países continentales en contraste con los países anglosajones<sup>14</sup>, la noción de este principio de hoy en día es conquista del Estado de Derecho y específicamente del surgimiento del constitucionalismo (García, E, 2006, p. 500).

En otras palabras, este principio nació con el ideal de una extrema división de poderes, que consistía en que ninguna función del Estado podía intervenir en la actividad de la otra, ni siquiera el poder judicial para juzgar las actividades de la administración y fiscalizar sus actividades.

Es por esa razón, que surgió el concepto de autotutela, como una prerrogativa de la administración, en la que puede decidir y ejecutar sus decisiones unilateralmente sin aprobación previa de los tribunales, y sin que los mismos puedan fiscalizar sus decisiones y la forma en que se ejecutan, “*fue asumido como una separación tajante e irreductible de estos impedía a los jueces interferir menos aún juzgar las decisiones adoptadas por la administración*” (Neira, 2017, p. 139).

Es en este punto donde surgió el Consejo de Estado Francés, en un inicio fue un órgano consultivo, y posteriormente sería el encargado de juzgar las actividades de la administración pública. Pero jamás dejó de ser un órgano de la administración pública, es decir, se mantuvo la idea de que la división de poderes significaba que cada función del Estado era absolutamente independiente de la otra (Neira, 2017, p. 20).

En términos doctrinarios, Montesquieu (citado en Malem y Seleme, 2013) con su obra titulada el espíritu de las leyes (1748) señala que dado que el poder corrompe es necesario que el poder sea limitado por el poder (p. 279).

“Montesquieu, partiendo de la hipótesis eterna de que todo hombre o mujer que tiene poder tiende a abusar de él, concibió su teoría de la separación de los poderes: Que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente; *ello a su vez se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos constituidos por personas físicas distintas, entre otros recaudos propios del juego democrático.*(...);pero en general la mayoría ha introducido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir en lo más importante la triple premisa a que dio lugar la teoría de Montesquieu: *Que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute*” (Énfasis añadido) (Gordillo,2012, p.IADA-III-2).

---

<sup>14</sup> “La necesidad de independizar la función judicial de los otros poderes como una garantía en favor de las personas, aunque presentida por Aristóteles, solo fue formulada por Montesquieu al comentar la organización política de Inglaterra y haciendo notar que allí no estaba en una misma mano la potestad de hacer las leyes, de aplicarlas y de juzgar” (Alsina, 1981, p.20).

Posterior a la Ilustración, empezó el desarrollo de las funciones administrativas. En esta nueva era de la administración comenzó con la creación de nuevas autoridades comisariales (Superintendentes), a las que se les encomendó la gestión de servicios. “*Esta responsabilidad implica también, conforme a la concepción ya explicada, asignarles funciones judiciales, con exclusión de la <<Justicia ordinaria>>*” (García, E, 2006, p. 500-501), a estos jueces se los denominó como jueces privativos.

Respecto de las acciones de estas autoridades comisariales, los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2006), explican lo siguiente:

“Pero la peculiaridad de actuación de estas autoridades comisariales no concluye ahí; no se trata solo de que se constituyan simples jurisdicciones especializadas frente a la jurisdicción común, más solemne, formal y con más grados o instancias; en sus actuaciones supuestamente jurisdiccionales o de <<jueces privativos, *este nuevo tipo de autoridades va utilizar formas procedimentales sumarias, en las que el principio contencioso o de justicia queda reducido a penas a la regla básica de audiencia de la parte, con exclusión de las formas procesales solemnes y sacramentales (...)*. Con fórmula que remite ya a lo que hoy llamaríamos procedimiento administrativo y no judicial” (Énfasis añadido) (p. 501- 502).

De las líneas que preceden, se puede llegar a proponer que la administración con el propósito de cumplir con las demandas entabladas por los ciudadanos a raíz de los nuevos ideales de la Revolución Francesa, amplió sus actividades hasta crear autoridades con potestades de juzgar las prácticas de sus ciudadanos con el objetivo de tener una eficiente administración, que precautele que los servicios de calidad lleguen a todos los ciudadanos.

Con todo se debe tener en cuenta que, durante esta época, las actividades de la administración estaban exentas de la fiscalización por parte de los jueces, en virtud de la extrema división de poderes, en la cual ninguna otra función del Estado puede interferir en las actividades de los otros.

Dicho de otro modo, durante la construcción de este principio, la administración ejercía auténticas actividades jurisdiccionales, las que eran juzgadas o fiscalizadas por el Consejo de Estado, órgano que resulta ser parte de la administración, como consecuencia directa de la tajante división de poderes, la propia administración juzgaba sus propias actuaciones.

En cuanto a la segunda etapa de la separación de funciones se caracterizó por el concepto de las funciones de los poderes estatales asignadas a distintos órganos del

Estado<sup>15</sup>. También se vería caracterizada por los conceptos de especialización e independencia de los órganos estatales, los cuales persiguen diferentes objetivos y cada uno de ellos tiene su propia justificación y razón de ser<sup>16</sup>.

Por su parte, el autor Agustín Gordillo (2017), uno de los defensores de las nociones de especialización e independencia para configurar la asignación de funciones públicas a los distintos órganos estatales, señala que:

“Se sienta entonces el principio de que para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni la suma del poder público, es imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados, cuantos más mejor. El Estado tendrá así diversos tipos de órganos: legislativos, judiciales, administrativos y autoridades administrativas independientes, con una tendencia progresiva a la fractura múltiple del poder como garantía de libertad. Los órganos legislativos son las cámaras que integran el Congreso de la Nación; los órganos judiciales se destacan por constituir órganos imparciales (ajenos a la contienda) e independientes (no sujetos a órdenes de ningún superior jerárquico acerca de cómo deben desempeñar su función específica); los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: No son, pues, independientes. A ellos se agregan las autoridades administrativas independientes: Los excesos no han venido nunca de manos del poder judicial o legislativo, sino siempre del ejecutivo; por ello es a éste que se trata de quitar poder y transferirlo a autoridades independientes de su control (p.IX-3).

Como la historia se ha encargado de demostrarlo, la función ejecutiva ha sido la que siempre ha abusado de su poder; bajo esa premisa cuando nace la división de funciones se origina el Derecho Administrativo, ya que su razón de ser fue y será sosegar las exorbitantes potestades de la administración pública.

Para el Derecho Administrativo, la separación de poderes, representa su *bigbang*<sup>17</sup>, empleando otros términos, significa el origen de esta rama del derecho, aunque

---

15“El antecedente más remoto de esta idea se encuentra en la concepción clásica de gobierno mixto según la cual una forma adecuada de gobierno era aquella que mezclaba elementos monárquicos con aristocráticos y democráticos. En los orígenes de la idea de separación de poderes existió una tendencia a equiparar los elementos monárquicos con el poder ejecutivo, los aristocráticos con el judicial y los democráticos con el legislativo. No obstante, aunque ambas nociones —la de gobierno mixto y separación de poderes— se encuentran emparentadas no son idénticas dado que la primera se encuentra justificada en el objetivo de que una clase no avasalle a las restantes mientras que la segunda lo está en el objetivo de lograr la eficiencia del aparato estatal y garantizar que el Estado no avasalle a los individuos” (Malem y Seleme, 2013, p.278).

16 “La idea de especialización se vincula con el objetivo de la eficacia del Estado. Un modo de organizar de modo eficiente el ejercicio del poder —dado que no es el caso que un mismo individuo o conjunto de individuos puedan disponer del tiempo y capacidad para ejercitar todas las funciones vinculadas al gobierno— consiste en desagregar funciones y atribuir las a diferentes organismos 5. La idea de independencia, por su parte, se vincula con el objetivo de evitar la tiranía o garantizar la libertad. Dado que la centralización del poder político puede ser una amenaza para los derechos y las libertades individuales, las diversas funciones estatales deben atribuirse a diferentes órganos que puedan controlarse recíprocamente” (Malem y Seleme, 2013, p.278).

17“La separación de poderes equivaldría entonces al *bigbang* del Derecho Administrativo que, al igual que en el caso del universo, se trataría no solo de ese primer momento, sino de una serie de leyes de la física que determinan el equilibrio del universo, en este caso, el ejercicio ordenado por el poder público (...) pero

no se puede negar que existen desacuerdos respecto de su umbral. No obstante, la separación de poderes, es el elemento en común entre las tesis que tratan de encontrar su origen. “Para la tesis idealista, el derecho administrativo sería el fruto de la separación de poderes, mientras que, para la tesis material, el Derecho Administrativo sería el resultado de la separación de asuntos administrativos y judiciales” (Ospina, 2014, p.119-122).

De acuerdo a los postulados de la tesis idealistas<sup>18</sup>, el Derecho Administrativo surgió porque se crea la fórmula de la separación de funciones, institucionalizada en Francia con la ley 16-24 de agosto de 1970, en la cual se impuso la separación entre autoridades judiciales y administrativas, a esta ley se le atribuye el nacimiento de la de la división de funciones, por ende el surgimiento del derecho administrativo. En razón de que la separación dio paso a que surgieran nuevos elementos propios de esta rama del Derecho, tal como el acto administrativo, que es diferente de la ley y de la sentencia. (Ospina, 2014, p.126).

Por otra parte, la tesis material, sostiene que en la Revolución Francesa cuando se presentó la idea de la separación de poderes, no era más que la continuación de los razonamientos propuestos en los edictos reales franceses de 1641 y 1661, por consiguiente, desde esa época ya existía una escueta separación de poderes, por lo tanto, ya existía el Derecho Administrativo. Sin embargo, reconoce los cambios que en él se produjeron a causa de la Revolución Francesa, la tesis asegura que el derecho administrativo es el resultado de la diferenciación de asuntos administrativos y judiciales.

El elemento en común de las tesis sobre el origen del Derecho Administrativo permite determinar que, la división de funciones, más allá de marcar su punto de partida, marca su racionalización, porque desde que este principio tomó fuerza en la Ilustración, el Derecho Administrativo encontró su legitimidad en la ley, que representaba desde esa época hasta la actualidad, la expresión de la voluntad popular y la máxima expresión de soberanía, de tal manera que antes de que este principio tomará fuerza, la legitimación del Derecho Administrativo era en una divinidad (Ospina, 2014, p. 138-139), ya que el poder consentía al que lo ostentaba, permitiéndole ejercer su voluntad sin limitaciones, sin esperar aprobaciones de nadie y sin importar las necesidades de sus súbditos.

---

también un valor supremo que inspira todo el derecho administrativo, como resultado de su constitucionalización” (Ospina, 2014, p.120).

<sup>18</sup> “El principal exponente de esta teoría es OTTO MAYER, quien popularizó la idea de la separación de poderes como condición *sine qua non* del Derecho administrativo (...). Para MAYER no cabe duda de que el padre lejano del Derecho Administrativo, o al menos quien con sus ideas lo permitió fue MONTESQUIEU” (Ospina, 2014, p.119-125).

En este momento, la independencia de funciones es aparentemente la solución para el correcto desempeño del poder público, pero puede existir una tensión entre las funciones, debido a que pueden ocasionar que el aparato estatal se torne inoperante.

“Si se exagera la necesidad de independizar a un poder de otro para maximizar la protección frente a la tiranía se corre el riesgo de producir la completa inoperancia del Estado. El diseño institucional es exitoso para proteger a los ciudadanos frente al Estado pero a costa de hacer imposible cualquier actividad estatal y dejar librados a los individuos al arbitrio de sus conciudadanos. En este caso la división de poderes previene exitosamente contra la aparición de un Estado omnímodo. Sin embargo, lo logra volviendo inviable la actividad estatal. El sistema de controles y contrapesos paraliza la actividad estatal(...) Si, por otro lado, se exagera la necesidad de que las diferentes ramas del poder estatal actúen de modo mancomunado para que sea posible la acción estatal eficaz, se corre el riesgo de contar con un Estado operativo pero despótico”(Malem y Seleme,2013, p.281).

Lo anterior, permite reflexionar respecto de las ventajas de la división de funciones, aparentemente era la solución para garantizar la vigencia del Estado de Derecho, como un respaldo para alcanzar la protección de los derechos de sus ciudadanos, que implicaba un límite a las inmunidades del poder público.

En efecto, como hemos visto, una de las justificaciones que tuvieron en mente quienes diseñaron el mecanismo de división de poderes fue la del reaseguro en contra de la tiranía. El peligro en contra del que intentaban protegerse era el de un poder unificado ejercido despóticamente. Para esto delinearon un sistema newtoniano de contrapesos en el que la actividad de un poder constreñía a la actividad de los dos restantes. No obstante, esto suponía que todos los poderes tenían una tendencia a ejercitar sus funciones y que al hacerlo corría el riesgo de que se transformasen en tiranos. *No se les ocurrió pensar en el problema opuesto, esto es, que los poderes permaneciesen inactivos conduciendo a la ineficacia y al riesgo de tiranía de los poderes privados* (Énfasis añadido) (Malem y Seleme,2013, p.289).

Efectivamente una ineficaz separación de funciones puede conllevar a que el Estado no cumpla con sus fines y no se encuentre en la capacidad de responder a las necesidades de los ciudadanos y admita abusos de los poderes privados, ya que el Estado estaría inhabilitado de regularlos y controlarlos. Es por ello, que las funciones del Estado deben complementarse para cumplir con el fin del Estado, permitir la vida en sociedad.

“El desafío que enfrenta cualquier diseño institucional que apele a la división de poderes consiste en resolver de una manera adecuada la tensión antes señalada. En primer lugar, es necesario encontrar un diseño institucional que permita que el poder ejercitado por los agentes privados se encuentre controlado por el poder político público. Para esto es necesario contar con una acción estatal eficaz. En segundo lugar, es necesario que el poder que ejercita una rama del Estado se encuentre bajo el control de otras. Para esto es necesario contar con poderes independientes. *De lo que se trata, entonces, es de encontrar un diseño institucional que divida el poder político sin dejarlo inoperante frente al poder de los actores privados*” (Énfasis añadido) (Malem y Seleme,2013, p.282).

De modo que, la división de funciones no es la garantía exclusiva para evitar la arbitrariedad y los abusos del poder, a menos que sea constituida como una estructura de

cooperación entre las diferentes funciones del Estado, a *contrario sensu* puede consentir frente a poderes privados ilimitados, que sean incontrolables por las funciones públicas. Entonces la división de funciones no debe ser radical, lo que significa que las funciones públicas deben colaborar para evitar la arbitrariedad pública o privada.

“Pero es de advertir que aún los países que han incorporado a su Constitución el principio de la separación de los poderes, no lo hicieron en forma absoluta, *lo cual se explica porque no sólo no es fácil romper con la influencia de una larga tradición histórica, sino que es imposible crear tres poderes totalmente independientes, cuando su origen es uno mismo, ya que no son sino desmembraciones de la soberanía. El principio de la separación de poderes no significa que la acción de ellos deba ser divergente, sino concordante, de mutua colaboración y tendientes al mismo fin común.* Por eso el Poder Legislativo ejerce algunos casos funciones ejecutivas (en cuanto nombra y remueve sus empleados) y judiciales (cuando juzga como tribunales de justicia a los jueces y otros funcionarios superiores de la administración): el Poder Ejecutivo, a su vez, tiene facultades legislativas (en uso de las cuales dicta reglamentos) y judiciales (para juzgar infracciones que afectan su poder impositivo); en tanto el Poder Judicial también ejerce funciones legislativas (no sólo cuando el juez suple la ley en caso de silencio de ella, sino cuando dicta acordadas en materia de procedimiento) y ejecutivas (designación del personal inferior, poder policía, etc...)” (Énfasis añadido) (Alsina, 1981, p. 22-23).

De acuerdo con el texto citado, aparentemente las funciones del Estado pueden realizar actividades asignadas a otra, sin que ello implique extralimitaciones de funciones, bajo este criterio la función legislativa y la ejecutiva pueden tener tienen competencia para dirimir controversias en determinados asuntos.

Concepción que resulta precisa, puesto que la función legislativa sanciona a las autoridades públicas en los juicios políticos y, esto porque la actividad administrativa se divide en dos campos, a saber, el campo político y el campo administrativo propiamente dicho, la función legislativa sanciona los actos políticos<sup>19</sup> de las autoridades Estales, y la función jurisdiccional juzga las actividades netamente administrativas. Este complemento entre las funciones públicas es el que permite que el Estado cumpla con sus fines.

De otro lado, se encuentra la administración pública habilitada para realizar únicamente lo que ordenamiento jurídico le permite, para que pueda cumplir con su fin primordial de tutelar el interés general. Pero no para satisfacer un interés particular, materializado en las pretensiones de los particulares dentro de una controversia<sup>20</sup>, convirtiendo a la administración en ese tercero que debe resolverla.

---

<sup>19</sup> “El legislador se guía primordialmente por un criterio político, motivado por exigencias y fines propuestos en pro del bien común; el juez se guía por criterios jurídicos” (Troya, 2002, p. 252).

<sup>20</sup> “La Función Jurisdiccional, en cambio, tiene por finalidad garantizar los derechos de las personas naturales o jurídicas satisfaciendo las pretensiones de éstas cuando son fundadas en el derecho objetivo” (Troya, 2002, p. 253-254).

En ese mismo sentido, Alfonso Troya (2002) sintetiza el equilibrio y la cooperación que debe existir en la división de poderes, en los siguientes términos:

“La unidad exige colaboración mutua si se quiere respetuosa entre los órganos de las distintas funciones, no entremetimiento. Los órganos del poder público no pueden ejercer otras atribuciones que las consignadas en las normas generales, es un principio que de diferentes modos se ha consignado en nuestras sucesivas Cartas Fundamentales. Ninguna de las tres funciones por medio de las cuales se ejerce el poder está, pues, sujeta a otra. De este modo el Poder Político en su unidad, busca la armonía que debe existir en todas sus manifestaciones realizadas a través de las distintas funciones en que se manifiesta, a fin de que impere la ley” (p. 255- 256).

Si no se apuesta por la cooperación entre las funciones del Estado para su correcto funcionamiento, se corre el riesgo de caer en una teoría imposible, como lo advierte Ospina (2014):

“la idea de poder separar el poder en tres poderes distintos y conservar al ser con vida, si tenía que ver con la partícula de dios, ya que solamente un católico ferviente sería capaz de aceptar que como trinidad divida-padre, hijo y espíritu santo-, el poder se pudiera dividir en tres- legislativo, ejecutivo y judicial- y que mágicamente se tratara de un solo poder que continúa funcionando pese a la desmembración” (p.132-133).

Es evidente que el Estado no puede funcionar y tampoco cumplir con sus fines, sino se apuesta por la unidad del poder caracterizada por el equilibrio y la cooperación de sus funciones, pero no se descarta la necesidad que el poder Estatal sea dividido, para erradicar la arbitrariedad, esto por cuanto “*no hay una sola función del Estado cuyo ejercicio no implique el concurso de todos los órganos políticos*” (Duguit, citado por Ospina, 2014, p. 133).

Para alcanzar esa cooperación entre las funciones del Estado, sin que se llegue al campo de la arbitrariedad, no es necesario que se asignen funciones exclusivas a cada una de ellas, sino que estas sean previamente establecidas en la ley y que al ejercerlas gocen de autonomía, con garantías legales que impida la manipulación por las otras funciones, las garantías legales consisten en sanciones<sup>21</sup>(Ospina, 2014, p. 1139-140). Debido a que “*solo órganos o titulares de funciones dotados de autonomía (...) pueden contribuir al equilibrio y al incremento de la racionalidad del sistema en su conjunto*” (Schmidt citado por Ospina, 2014, p. 141).

---

<sup>21</sup> “La sanción por violación al principio de juridicidad se llama responsabilidad. La responsabilidad recae sobre los actos que deben ser anulados, sobre los funcionarios que deben ser sancionados y sobre el Estado que debe reparar, indemnizar o compensar los perjuicios que ha causado. En el control del cumplimiento de las normas, la rama judicial cumple con un rol esencial: así como la ley en primordial en la competencia, el juez lo es en la responsabilidad. De esta manera la idea de separación “de poderes” apunta en verdad a la competencia determinada por el legislador y al control judicial ejercido por el juez, aunque el auto control Administrativo también se a una pieza del Estado de Derecho, lo mismo que el control parlamentario. Más que separación “(...) todo problema se reduce al equilibrio entre poderes” (Ospina, 2014, p. 140-141).

En el Ecuador, desde que entró en vigencia la Constitución de la República el 20 de octubre de 2008, a la organización del Estado se incorporaron dos funciones adicionales<sup>22</sup>, a saber, la Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social, la primera encargada de los asuntos electorales del país<sup>23</sup> y la segunda encargada de evitar y erradicar la corrupción<sup>24</sup> y de fomentar la democracia directa<sup>25</sup>.

Estas dos nuevas funciones, rompen con la tradicional forma de organizar el Estado en tres funciones<sup>26</sup>, sin embargo, aquello no impide que prime la independencia entre las funciones del Estado, por cuanto a través de esta organización se apuesta por lograr una mayor autonomía<sup>27</sup> entre las distintas funciones para que el Estado para cumplir con sus fines.

---

22. “La idea de institucionalizar un nuevo poder estatal tiene como antecedente hace casi dos siglos, en el llamado Poder Moral, ideado por el Libertador Simón Bolívar en su Discurso de Angostura (1819)<sup>80</sup> y en el Apéndice de la Constitución, el denominado Poder Ciudadano (aunque fue excluido de la Constitución de ese mismo año). Más tarde, el propio Bolívar volvería a presentar, en su Discurso a la Constituyente de Bolivia (1825), la idea de un cuarto poder, en este caso, el Poder Electoral; esencialmente diferente al concebido en Angostura” (Solano, 2015, p. 50).

<sup>23</sup>“Art. 217.- La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía. La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Ambos órganos tendrán sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia. Se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

<sup>24</sup> “Art. 4.-Objetivos. - La Función de Transparencia y Control Social tiene los siguientes objetivos: 1. Promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad. 2. Fomentar e incentivar la participación ciudadana. 3. Proteger y promover el ejercicio de los derechos. 4. Prevenir y combatir la corrupción” (Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, 2013)

<sup>25</sup>“Art. 204.- El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

<sup>26</sup>Viciano y Martínez, sostienen que: “(...) es en el Poder Público Nacional donde encontramos las diferencias con el sistema clásico de poderes, que consisten en no solo organizar los tres clásicos poderes –Ejecutivo, Legislativo y Judicial-, sino acompañarlos de los llamados Poder Ciudadano y Poder Electoral” (Viciano, 2001, p. 194 citado por Solano, 2015, p.51). “Con esto, se deja atrás la clásica división de poderes, que viene desde Montesquieu, pensando en un nuevo diseño institucional de los poderes estatales, adecuándose a las exigencias de la democracia participativa” (Solano, 2015, p. 51).

<sup>27</sup> Art. 206.- “Los titulares de las entidades de la Función de Transparencia y Control Social conformarán una instancia de coordinación, y elegirán de entre ellos, cada año, a la Presidenta o Presidente de la Función. Serán atribuciones y deberes de la instancia de coordinación, además de los que establezca la ley: (...) 2. Coordinar el plan de acción de las entidades de la Función, sin afectar su autonomía” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La incorporación de estas dos nuevas funciones, fue el resultado de la evolución de la sociedad<sup>28</sup>, debido a que tener tres funciones reflejó ser insuficiente para atender los nuevos problemas que atravesaba el Estado<sup>29</sup>. Como se evidenció, cuando el Ecuador sufrió el levantamiento de varios movimientos sociales<sup>30</sup>, que buscaban tener participación en la toma de decisiones, es decir, se manifestaron por que en el país se fomenta la democracia directa, en respuesta a la protesta de estos movimientos sociales<sup>31</sup>, en la Constitución del año 2008 se creó la función de Transparencia y Control Social y la Función Electoral<sup>32</sup>.

La función de Transparencia y Control Social está conformada por: i) Consejo de Participación Ciudadana y Control Social ii) Defensoría del Pueblo iii) Contraloría General del Estado y iv) Superintendencias, que son órganos estatales encargados de controlar y fiscalizar las actividades de los entidades públicas y de los particulares que presten servicios públicos o que realizar actividades de interés público<sup>33</sup>.

Por su parte la función electoral está conformada por: i) El Consejo Nacional Electoral y ii) El Tribunal Contencioso Electoral, que son órganos estatales encargados

---

<sup>28</sup> “(...) los grupos que participan suelen ser aquellos excluidos históricamente, no sólo por las instituciones clientelares, sino también por la democracia representativa y electoral” (M. Cameron, 2012: 14 citado por Solano, 2015, p. 48).

<sup>29</sup> “La estructura actual de las tres funciones del Estado no ha logrado incentivar plenamente los mecanismos de participación social en el andamiaje del régimen democrático, más aún considerando que los patrones funcionales de los entes estatales desactivan los segmentos creativos y propositivos de la ciudadanía” (Solano, 2015, p. 59).

<sup>30</sup> “Es, por ello, que la lucha de los movimientos sociales y de la ciudadanía ecuatoriana, desde mediados de década de los noventa, terminó ineludiblemente en una nueva Constitución, apostando, de esta manera, por la construcción de la democracia participativa, en conjunto con una nueva institucionalidad que esté en consonancia con este nuevo modelo” (Solano, 2015, p. 50).

<sup>31</sup> El autor Boaventura de Souza (2004) indica que: “Los movimientos sociales estarían insertados en movimientos por la ampliación de lo político, por la transformación de prácticas dominantes, por el aumento de la ciudadanía y por la inserción en la política de actores sociales excluidos.” (p. 48 citado por Solano, 2015, p. 50).

<sup>32</sup> “A diferencia de otras constituciones promulgadas a lo largo de la historia republicana, que instauraron regímenes democráticos sobre todo en la dimensión representativa de la política, el nuevo texto constitucional incluye de forma explícita a la participación directa del pueblo en su definición de la soberanía popular (...)” (F. Ramírez, 2012, p. 142 citado por Solano, 2015, p.56).

<sup>33</sup> “Art. 204.- El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa” Constitución de la República del Ecuador, 2008).

de tutelar los derechos políticos de los ciudadanos y de las distintas organizaciones políticas<sup>34</sup>.

Los órganos que conforman las dos nuevas Funciones del Estado, ejercen actividades administrativas<sup>35</sup>, a excepción del Tribunal Contencioso Electoral que ejerce jurisdicción. Pueden realizar funciones administrativas a pesar de no ser parte de la Función Ejecutiva, como lo explica el doctrinario Agustín Gordillo (2012):

“(...) pues hay actos materialmente legislativos que son orgánicamente administrativos (los reglamentos); actos materialmente administrativos que son orgánicamente legislativos (las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc., que conceden o realizan las Cámaras); actos materialmente administrativos que son orgánicamente jurisdiccionales” (p. IADA-III-5).

Bajo este criterio, los órganos de la función de transparencia y control social, realizan actos materialmente administrativos aunque son orgánicamente de transparencia y control social, y el Consejo Nacional Electoral, realiza actos que materialmente son

---

<sup>34</sup> “Art. 217.- La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía. La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Ambos órganos tendrán sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia. Se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

<sup>35</sup> “Art. 219.- El Consejo Nacional Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes: 1. Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones. 2. Designar los integrantes de los organismos electorales desconcentrados. 3. Controlar la propaganda y el gasto electoral, conocer y resolver sobre las cuentas que presenten las organizaciones políticas y los candidatos. 4. Garantizar la transparencia y legalidad de los procesos electorales internos de las organizaciones políticas y las demás que señale la ley. 5. Presentar propuestas de iniciativa legislativa sobre el ámbito de competencia de la Función Electoral, con atención a lo sugerido por el Tribunal Contencioso Electoral. 6. Reglamentar la normativa legal sobre los asuntos de su competencia. 7. Determinar su organización y formular y ejecutar su presupuesto. 8. Mantener el registro permanente de las organizaciones políticas y de sus directivas, y verificar los procesos de inscripción. 9. Vigilar que las organizaciones políticas cumplan con la ley, sus reglamentos y sus estatutos. 10. Ejecutar, administrar y controlar el financiamiento estatal de las campañas electorales y el fondo para las organizaciones políticas. 11. Conocer y resolver las impugnaciones y reclamos administrativos sobre las resoluciones de los organismos desconcentrados durante los procesos electorales, e imponer las sanciones que correspondan. 12. Organizar y elaborar el registro electoral del país y en el exterior en coordinación con el Registro Civil. 13. Organizar el funcionamiento de un instituto de investigación, capacitación y promoción político electoral.” Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador. “Art. 6.- La Función Electoral tiene como finalidad asegurar que las votaciones y los escrutinios traduzcan la expresión auténtica, libre, democrática y espontánea de la ciudadanía y sean el reflejo oportuno de la voluntad del electorado expresada en las urnas por votación directa y secreta” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). “Art. 4.- Objetivos. - La Función de Transparencia y Control Social tiene los siguientes objetivos: 1. Promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad. 2. Fomentar e incentivar la participación ciudadana. 3. Proteger y promover el ejercicio de los derechos. 4. Prevenir y combatir la corrupción (Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, 2013).”

administrativos pero orgánicamente son electorales, el Tribunal Contencioso Electoral, ejecuta materialmente actos jurisdiccionales pero orgánicamente son electorales<sup>36</sup>.

Pero, para las funciones legislativa y judicial el régimen jurídico aplicable se determina en virtud de que se cumplan con los dos elementos, el material y el orgánico; el régimen jurídico de la Función Judicial es aplicable cuando el acto es materialmente y orgánicamente jurisdiccional, lo contrario sucede en el caso de la administración pues si el acto es materialmente administrativo se le aplica el régimen jurídico de la administración sin necesidad de que se cumpla con el elemento orgánico(Gordillo, 2012, p. IADA-III-5).

En consecuencia, “*es administración todo lo que no es, orgánica y materialmente a la vez, ni legislación ni jurisdicción*” (Gordillo, 2012, p. IADA-III-8). Así por ejemplo es administración el Consejo de Administración Legislativa, el Consejo de la Judicatura, Superintendencias, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Consejo Nacional Electoral, entre otros.

Independientemente de las competencias concedidas a los órganos de cualquiera de las cinco funciones del Estado ecuatoriano, sus competencias deben estar previamente delimitadas en la Constitución y en una ley orgánica. Y cada una de las cinco funciones debe gozar de independencia, lo que se traduce en que ninguna de las otras funciones debe influir o interferir en las decisiones adoptadas por las demás dentro del ámbito de sus competencias, pero lo que si puede existir es un control y fiscalización del cumplimiento de sus funciones bajo la óptica de los derechos inherentes a las personas, de la constitución y de la ley.

Para hablar de una auténtica independencia entre las distintas funciones del Estado, deben existir mandatos prohibitivos dirigidos a ellas. El autor mexicano José Ulises Carmona Tinoco (2007), identifica tres mandatos prohibitivos, los cuales se enuncian de acuerdo a su nivel de gravedad:

- i) La no intromisión: Implica que ninguna función interfiera en los deberes y atribuciones de otra función.

---

<sup>36</sup> “Desde el punto de vista material, considerando el contenido del acto estatal, su esencia, su sustancia, nos encontramos que los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales llevan a cabo cada uno, en cierta medida, actos materialmente legislativos, administrativos y jurisdiccionales (...) esto confirma la tesis de que no existe una tajante y rígida división de Poderes, sino una armónica coordinación entre estos para realizar óptimamente los fines del Estado entre los que ocupan un lugar preponderante: la justicia y la libertad de los individuos” (Carmona, 2007, p. 180-181).

- ii) La no dependencia: Significa que ninguna función impida ilegítimamente que la otra ejecute sus actuaciones y decisiones de manera autónoma.
- iii) La no subordinación de cualquiera de los poderes respecto a los otros: Se traduce en que se impida que cualquiera de las funciones esté subordinada a la voluntad de las otras funciones del Estado, es decir no puede apartar sus actuaciones de la voluntad de la otra función (p.187-188).

En fin, es obsoleto hablar de separación o división de funciones<sup>3738</sup>, por el contrario se debe hablar de independencia entre las funciones del Estado.

Bajo esta premisa, cualquiera de las cinco funciones del Estado puede: i) crear leyes, ii) ejecutar las leyes o ejercer funciones administrativas y, iii) administrar justicia, siempre y cuando gocen de autonomía, aunque para determinar el régimen jurídico aplicable se debe observar los elementos orgánicos y materiales.

En discrepancia con este postulado, se encuentra el derecho fundamental a un juez legal y el principio de unidad jurisdiccional, que serán analizados.

### **1.1.2 Derecho fundamental a un juez legal.**

El derecho fundamental de que toda persona tiene derecho a un juez ordinario predeterminado por una ley, en el ordenamiento jurídico nacional, se encuentra consagrado en la Constitución como una garantía del derecho al debido proceso (artículo 76, numeral 7, literal k), en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para tal efecto.

Al estar consagrado constitucionalmente, le provee una categoría de derecho fundamental, entendido como aquel derecho que los ciudadanos tienen frente al legislador<sup>39</sup>, por cuanto el desarrollo legislativo siempre estará limitado por la rigidez de la Constitución y por el control de constitucionalidad de las leyes; por tal razón este derecho fundamental representa una prohibición en el ámbito de acción del legislador,

---

37 “Pero las dificultades surgen de que ello no es así; de que cada órgano no se limita únicamente a la función que le corresponde, y que por lo tanto la separación de las funciones en cuanto atribución de las mismas a órganos diferenciados se realiza imperfectamente. De allí también la dificultad en hallar la noción que identifique plenamente a cada una de las funciones estatales” (Gordillo, 2013, p. IADA-III-2)

38 “En ninguna parte del mundo el principio se observa de manera tajante e inflexible, tal vez porque lo más importante del mismo en la limitación del poder y no que la función legislativa, ejecutiva y judicial quede asignada estricta y exclusivamente al órgano al cual le otorgan su denominación” (Carmona, 2007, p.175).

39 “Fue precisamente la sustitución del imperio de la Ley por el imperio de la Constitución aquello que convirtió a los “derechos fundamentales” en derechos frente al legislador” (Fossas, 2016, p. 6)

pero a la vez es una “*habilitación para su regulación, y también un mandato para completar la obra del constituyente*” (Fossas, 2016, p. 7). Lo que se confirma con la reserva legal que consta en la Constitución en el “*Art. 132 (...) Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (...)*” (Constitución de la República, 2008).

Lo que significa que, para el ejercicio de este derecho fundamental, es imprescindible un desarrollo legislativo, en el sentido organizacional, pues demanda del Estado que se cree una auténtica estructura de tribunales y juzgados dotados de jurisdicción, así como de un desarrollo de normativo que favorezca a la correcta administración de justicia.

“El derecho al juez legal, aunque parezca una obviedad, tiene como presupuesto la existencia de una organización judicial y de unas normas procesales que garanticen a los ciudadanos que su causa será conocida por un concreto tribunal jurisdiccional preexistente y determinado de acuerdo unas normas previas al caso. Pues bien, es justamente la ley el instrumento que constituye a los órganos jurisdiccionales, les confiere determinadas competencias, y fija las reglas para determinar los asuntos de los que cada uno de ellos conoce” (Fossas, 2016, p. 8)

Adicionalmente, este principio de juez legalmente predeterminado también permite que se efectivicen otros derechos como el de la tutela judicial, independencia e imparcialidad de los juzgadores<sup>40</sup>.

En base a lo expuesto, se puede definir al juez ordinario como el juez que el legislador previamente ha establecido como el competente para resolver determinado asunto. Para tal designación se debe observar que sea orgánica y funcionalmente posible, esa posibilidad responde a la observación de otros principios constitucionales que orientan a la Función Judicial, como el de unidad jurisdiccional y la prohibición de los jueces *ad hoc*. Lo que trae como consecuencia la primera limitación al legislador respecto del derecho a un juez legalmente preestablecido, que consiste en no otorgar jurisdicción a órganos que no constituyan auténticos órganos jurisdiccionales, que no formen parte de la Función Judicial o en su defecto crear Tribunales no previstos en la Constitución (Fossas, 2016, p. 18).

---

<sup>40</sup>“El significado de esta remisión a la ley puede hallarse en el ya mencionado aspecto teleológico del derecho, es decir, el aseguramiento de la imparcialidad y la independencia de los jueces, que no se confunde con su contenido pero sí le da sentido, y de ahí que en el mismo destaca ante todo la nota de legalidad en la predeterminación del juez, de manera que el primer inciso del art. 24.2 CE pretende reservar al legislador la determinación (...) del juez del caso litigioso y, correlativamente, evitar las intromisiones no sometidas a la ley de los restantes poderes del Estado” (Fossas, 2016, p. 14).

Por consiguiente, el derecho fundamental a un juez legal perfecciona el principio de unidad jurisdiccional, por cuanto este principio inspira a que en un Estado la jurisdicción debe estar concentrada en una sola de sus funciones.

“En efecto, si históricamente ha existido una diversidad jurisdiccional, cuando el Estado monopoliza el poder de administrar justicia, no es posible sostener esa idea. Por esa línea, si la jurisdicción es una potestad que emana de la soberanía del pueblo, es lógico que haya de ser necesariamente única en el sentido de no poder admitir que el Estado tenga más de una potestad jurisdiccional” (Chocrón, 2005, p.674).

El análisis no puede quedar concluido, sin antes examinar a la jurisdicción.

### **1.1.3 Jurisdicción:**

Para ahondar en el concepto de jurisdicción, se debe advertir que ha representado el principal problema del Derecho Procesal (Ibáñez, 1972, p.28), constituye el principal problema por la herencia de la historia, por cuanto:

“en los orígenes, el poder de juzgar competía a los reyes, luego a los cónsules y más tardes a los pretores, quienes al decir el derecho tanto podía crearlo como aplicar una regla preexistente; siendo de advertir que la separación entre jurisdicción y administración era desconocida; fenómeno que por otra parte ocurrió en todas las sociedades rudimentarias en las que el jefe, el cacique, el caudillo o el gobernante asumía todos los poderes, inclusive el de juzgar” (Ibáñez, 1972, p.40).

Para desarrollar el principal problema del Derecho Procesal, se comenzará por desarrollar la etimología del término jurisdicción, que proviene del vocablo jus-dicere; jus significa derecho y dicere que significa declarar; en otras palabras, significa decir o declarar derecho (Machicado, 2012 & López et Nava, 2012).

Ahora corresponde definir a la jurisdicción, para lo cual se citará la definición proporcionada por Claudia Ortega (1990):

“(…) la función pública en virtud de la cual una autoridad del Estado, competente para ello, previo impulso de parte interesada y colocada en un plano de supraordinación con respecto a las partes, conoce y resuelve una cuestión de derecho a la cual es ajena, mediante la interpretación y la aplicación de la ley al caso concreto; decisión que adquiere obligatoriedad así como definitividad y fuerza ejecutiva, haciendo efectivo el interés de la ley y contribuyendo por ello a la estabilidad, cumplimiento y evolución del orden jurídico existente”( p.154).

Es importante para este trabajo investigativo, aparte de definir a la jurisdicción, profundizar en sus características, con el propósito de determinar si en algunos casos la función administrativa ejerce jurisdicción, para lo cual, es indispensable indicar las características que hacen única a la jurisdicción, que permiten identificarla y distinguirla

del resto de actividades que cada función del Estado desempeña. De la definición antes citada, se desprenden las siguientes características.

- i) **Función pública:** Es una potestad que debe ser regulada por el derecho público, y debe ser siempre considerada como una institución de orden público para evitar el sometimiento a las decisiones arbitrarias del poder y de los particulares. El pueblo soberano es el único que puede ejercerla mediante los órganos públicos que la Constitución les ha adjudicado la potestad de resolver un conflicto como un tercero imparcial<sup>4142</sup>(Quezada, 1984, p. 47).
- ii) **Es improrrogable:** Únicamente puede ser ejercida por los órganos a los que la Constitución les ha asignado dicha potestad; los particulares en conflicto no pueden a su arbitrio otorgar jurisdicción a cualquier persona natural o jurídica de derecho público o privado (Quezada, 1984, p. 47).
- iii) **Es indelegable:** Los órganos jurisdiccionales no pueden entregar la potestad que se les ha asignado a otro órgano u entidad pública o privada, no está sujeta a su voluntad administrar justicia o no, si se les ha asignado esta potestad y son competentes, se encuentran en la obligación de resolver esa controversia judicial (Quezada, 1984, p. 47-48).
- iv) **Impulso de parte:** Como uno de los fines del derecho es permitir la vida en sociedad, lo que se logra, entre otros, prohibiendo a los individuos hacer justicia por mano propia, de manera que el Estado debe proporcionar a sus ciudadanos y a sus propios órganos los medios para que puedan activar los órganos jurisdiccionales para que resuelvan cuestiones de relevación jurídica

---

<sup>41</sup>“Respecto de este punto hay una cuestión que aclarar, pues podría preguntarse si acaso el arbitraje privado constituye un desplazamiento de una actividad privada del Estado a los particulares (...) El árbitro privado no tiene, por lo tanto, una potestad jurisdiccional completa, ya que el cumplimiento de su resolución se encuentra supeditado, en principio, a la voluntad de las partes, y finalmente, a un órgano del Estado. Por otra parte, el arbitraje privado está limitado a un solo caso y a una esfera de negocios que no afecten cuestiones de orden público; su impugnación, además, solo es posible ante la autoridad jurisdiccional del Estado. Lo anterior nos conduce a considerar que los árbitros no realizan por delegación, una función pública, y si bien su actividad reviste caracteres que se asemejan a la jurisdicción estatal, esto solo nos lleva a asignarles una naturaleza cuasi-jurisdiccional; (...)” (Ortega, 1990, p.145).

<sup>42</sup>“Pero no por esto puede confundirse jurisdicción y arbitraje. Por de pronto, el ámbito de actuación no es coincidente ya que, si los órganos jurisdiccionales están llamados a conocer todo tipo de conflicto derivado de cualquier relación jurídica, el marco de actuación del arbitraje se reduce a las materias que sean de libre disposición para las partes (artículo 2.1, LA). Además, el árbitro sólo tiene atribuidas funciones declarativas mientras la jurisdicción alcanza también la ejecución coactiva de lo resuelto (artículo 44, LA). A esto debe añadirse que el arbitraje requiere un previo compromiso por las partes, un convenio arbitral, para que el árbitro pueda actuar como tal (artículo 9, LA). Por consiguiente, no puede admitirse que el arbitraje suponga una quiebra del principio de exclusividad de la jurisdicción, tanto más cuando, con las prevenciones anteriores, se reconoce al particular la posibilidad de optar para la resolución de sus controversias entre la vía jurisdiccional o la extrajudicial” (Chocrón, 2005, p. 667-668).

de acuerdo con la ley. El Estado garantiza que sus ciudadanos y a sus entidades puedan despertar las funciones jurisdiccionales a través del derecho de acción. Pero, el Estado no solamente debe garantizar el derecho de acción, sino que también de aprobar los impulsos sucesivos de las partes dentro del proceso. Entonces, sobreviene otra distinción entre las otras funciones del Estado, que faltarían a su deber si esperan una súplica para cumplir con sus actividades, es así como el legislador y el ejecutivo deben atender los problemas de la sociedad por iniciativa propia sin esperar que medie una petición de por medio, un juzgador está impedido de hacerlo, por ende la resolución de los órganos jurisdiccionales causa afectaciones únicamente a las partes que lo activaron, sin producir efectos generales (Ortega, 1990, p. 147-148).

- v) **Relación procesal:** Esta característica significa que dentro del proceso hay una relación triangular, compuesta por una parte que ha demandado la actividad de los órganos jurisdiccionales con una pretensión concreta, por otra parte que se opone a la pretensión con excepciones y una parte adicional que es un tercero imparcial, que no tiene intereses en la litis, el cual es el órgano estatal que resuelve la controversia aplicando la ley, es por ello, que el juzgador en la litis tiene una posición de superpartes o supra-partes, ya que se encuentra sobre las dos partes opuestas del proceso (Ortega, 1990, p.148).
- vi) **Complementaria de la función legislativa:** A través de la jurisdicción se puede tutelar y garantizar la vigencia y cumplimiento del ordenamiento jurídico. De acuerdo a la “Teoría Objetiva de Chiovenda la jurisdicción tiene por objeto la actuación de la ley y sirve a quien tiene la razón según ella” (Quezada, 1984, p.47).
- vii) **Es secundaria<sup>43</sup>:** Con secundaria o sucedánea se hace alusión a que la ley es antecesora o preexistente a la sentencia. Cuando la ley ha dejado de ser suficiente para la efectiva composición de una relación jurídica, ya sea por transgresión o incertidumbre del derecho, la jurisdicción, como sucesora de la ley, inicia su labor para resolver esta transgresión o incertidumbre. En otras palabras

---

<sup>43</sup> “También se ha señalado como contenido de la jurisdicción su carácter sustitutivo así: en el proceso de conocimiento, el juez sustituye con su voluntad, la voluntad de las partes y de los terceros; y en el proceso de ejecución, la sustitución consiste en que los funcionarios del estado, actuando coactivamente, realizan los actos que debió haber realizado el obligado y de los cuales fue omiso, como por ejemplo la venta de bienes para percibir el precio” (Couture, 1973.p, 38).

“(…) lo necesario, lo básico es la observancia espontánea de la ley por los destinatarios de ella. Sólo cuando esta conducta no se cumple la voluntad del juez se substituye a la de ese sujeto, sea en el proceso declarativo (cognoscitivo) o ejecutivo (de actuación). Esta es jurisdicción, es una actividad secundaria”. (Quezada, 1984, p.48).

**viii) Cuestión de derecho:** Postula que para el ejercicio de la jurisdicción debe necesariamente preexistir una cuestión de derecho, ya que la jurisdicción no se reduce únicamente a esclarecer el derecho entre pretensiones y excepciones que plantean los sujetos procesales en un litigio, sino que también emite una verdad legal en asuntos de relevancia jurídica que no están compuestos de un conflicto de intereses<sup>44</sup> pero en los que existe incertidumbre, tales como las curadurías, el divorcio por mutuo consentimiento, en los que se requiere que un órgano jurisdiccional emita una verdad conforme a la ley (Ortega,1990, p. 146).

**ix) Obligatoriedad de la decisión del juzgador:** Otra característica de la jurisdicción es el estado, la fuerza y el efecto que adquiere la decisión adoptada por el juzgador, puesto que la decisión se convierte en inmutable, irrevocable e inmodificable, lo que implica que no se puede discutir nuevamente lo ya resuelto para emitir una nueva decisión, ya que el fallo goza de presunción de verdad legal y también se presume que es equitativa y justa. Justamente se hace referencia a la cosa juzgada, efecto indispensable para garantizar la seguridad jurídica de una sociedad, así como la certeza y estabilidad del orden jurídico, caso contrario los procesos judiciales serían objeto de revisión perpetua, nunca concluirían. Por ende, la sentencia vincula a las partes y tiene que ser ineludiblemente cumplida ya se voluntaria o forzosamente (Ortega, 1990, p.152).

A través de las características desarrolladas se podrá evaluar si la administración en ocasiones ejerce jurisdicción, ya que en el caso que faltare alguna de estas características se determinará que la Función Administrativa no desempeña jurisdicción.

Una vez, que se ha definido y caracterizado a la jurisdicción, concierne señalar su importancia dentro de la organización del Estado, que; es tan simple como indicar que la

---

<sup>44</sup> “Cabe entonces afirmar que, si bien la multicitada jurisdicción voluntaria no es materialmente una actividad jurisdiccional, se ha considerado conveniente, en muchos casos, que sea una autoridad judicial la que conozca de ellos, sobre todo cuando pudieran afectarse intereses de orden público. Hecha esta aclaración, no queda más que reiterar que el ejercicio de la función jurisdiccional supone, entre otras cosas, la existencia de una cuestión de relevancia jurídica que requiera dilucidarse a la luz de la ley por parte de una autoridad pública especialmente facultada para ello” (Ortega,1990, p.147).

jurisdicción evita la autotutela, que las personas impongan justicia por mano propia con enfrentamientos violentos, permitiendo de esta forma la vida en sociedad. No obstante, el Estado puede evitar la autotutela prescindiendo de la figura de los jueces, es decir, cualquier órgano administrativo puede resolver controversias, inclusive puede imponer sanciones y penas. La historia nos demuestra que el Estado lo ha hecho y en varias ocasiones lo sigue haciendo<sup>45</sup>.

Entonces, ¿por qué la jurisdicción debe ser ejercida por un juez? Si la actividad del juez es sucedánea, es decir, entra en operación para sustituir la voluntad de quien no quiere cumplir la ley, la sociedad debe tener certeza y confianza que el juez adoptará una decisión justa e imparcial, sin arbitrariedades, aplicando disposiciones jurídicas preestablecidas; así los individuos sentirán satisfacción para aceptar y cumplir esa decisión.

Caso contrario la sociedad no confiaría en la estructura judicial, ocasionando que los ciudadanos se rebelen en contra del Estado, convirtiendo a la comunidad en una anarquía, carente de la armonía social. Un gobierno puede tener desaprobación, pues ejercen actos políticos, e incluso aquellos funcionarios que son administración pública (función ejecutiva) se encuentran bajo las órdenes de los gobernantes-políticos, ya que la jerarquía es una característica propia de la administración pública. Sin embargo, los jueces no deben tener desaprobación de la sociedad, ellos deben simbolizar el resguardo de los individuos frente a cualquier injusticia.

---

<sup>45</sup>Sobre la evolución de los jueces puede ser hondado en Nieva Fenoll, Jordi. (2016). Ideología y justicia legal: (con una hipótesis sobre el origen romano del jurado inglés). *Ius et Praxis*, 22(1), 59-86. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000100003>

Dicho de otro modo, la colectividad aprueba la decisión del juez<sup>46</sup>, ya que de por medio existe un consenso<sup>47</sup> por parte de la sociedad, de que el juez es independiente e imparcial, por lo cual se encuentra facultado para adoptar una decisión equitativa<sup>48</sup>.

#### **1.1.4 Principio de Unidad Jurisdiccional.**

Como ya se indicó; la función de un principio y su importancia dentro de la ciencia jurídica, de manera semejante se analizó a la jurisdicción y sus principales características, lo que permitirá comprender la importancia del principio de unidad Jurisdiccional dentro de la actividad judicial de un Estado y en su organización.

En el Ecuador este principio se introdujo como parte de la organización estatal en la Constitución de 1998, a partir del cual se estableció tajantemente que los órganos del Estado que no formen parte de la Función Judicial carecían de facultades jurisdiccionales, por lo tanto, el legislador se encontraba impedido de conceder esa potestad a cualquier otro órgano del Estado que no formaba parte de la Función Judicial.

Es así como en la disposición Transitoria Vigésima Sexta de la carta política de 1998, se estableció lo siguiente:

"Todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial (...) Esta disposición incluye a los jueces militares, de policía y de menores. Si otros funcionarios públicos tuvieran entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladará a los órganos correspondientes de la Función Judicial".

Justamente con la introducción en el ordenamiento jurídico de este principio a nivel constitucional, se implantó dentro de la estructura estatal que la jurisdicción solo tendría la Función judicial y ningún otro órgano estatal, lo que permitiría que la

---

<sup>46</sup> "Esa es, en realidad, la justicia, que fundamentalmente es lo que a los ciudadanos de una comunidad les parece justo en un momento dado, aunque a otros observadores no nos lo parezca. Y el llamado a aplicarla es el mismo pueblo, si es pequeño, y cuando ello es demográficamente imposible aparecen los jueces, como sujetos encargados de la expresión de ese consenso" (Nieva, 2017, p. 115).

<sup>47</sup> "Es posible que se genere ese consenso de manera espontánea, o más estructurada democráticamente, o bien que confíen plenamente en su líder, y junto a la labor de legislar y gobernar, le atribuyan también el poder de juzgar, más o menos voluntariamente. Pero incluso en este último caso, lo habitual es que existan jueces que, pese a poder ser de la confianza del líder, en puridad debieran ser de la confianza de la comunidad (...) En épocas remotas, el pueblo condenaba al reo a la exclusión, es decir, al destierro, y cuando ni siquiera eso les parecía suficiente, lo mataban. Pero se requería siempre ese consenso popular, al menos en comunidades pequeñas sin líderes claros que celebraban procesos asamblearios. De hecho, por las dificultades de hallar en ocasiones ese consenso se acudía al bestialismo de la ordalía<sup>60</sup>, que igualmente gozaba de consenso por su enorme aceptación social fruto de la superstición<sup>61</sup>" (Nieva, 2017, p. 114).

<sup>48</sup> "Como ya se dijo, en las dictaduras impuestas, en realidad todo el sistema punitivo es pura apariencia. No existe el consenso, pero se anhela aparentarlo, porque los ciudadanos desean, pese a todo, que existan los jueces. Porque creen que en ellos verán reflejadas sus opiniones, es decir, su idea de lo justo" (Nieva, 2017, p. 114).

administración de justicia se encuentre en manos de operadores independientes, autónomos e imparciales.

“Además, la independencia del órgano que ha de decidir el derecho aplicable a una contienda es un avance en la historia de la lucha por la defensa de los derechos individuales y la libertad del hombre que no puede abandonarse sin peligro de esa libertad; no se trata tan sólo de tener un juzgador “imparcial” (pues también el administrador puede ser “imparcial” al resolver un reclamo que se le haga), sino de tener un juzgador que pueda resolver el caso de acuerdo a su interpretación de la legislación vigente, sin que haya posibilidad de que se le den órdenes o instrucciones de un órgano superior acerca de cómo resolver la cuestión planteada. Y en esa situación sólo se encuentra el juez (Gordillo,2012, p. IADA-III-7).

El constituyente en el año 2008, también profesó el principio de unidad jurisdiccional como parte de la Carta Fundamental de 2008, es así como en el artículo 168 se consagró este principio en la siguiente forma:

“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución (...)”

El desarrollo legislativo que continúa con la obra del constituyente, se encuentra en el Código Orgánico de la Función Judicial (2009), en el artículo 10, señalando que:

“De conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución (...)”.

De acuerdo a la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional (2008), el principio de unidad jurisdiccional es:

“Este principio capital de la administración de justicia, dispone que ninguna persona o autoridad podrá desempeñar funciones judiciales, a excepción de los jueces. La correcta interpretación de este principio indica, que una vez que la nueva Constitución entró en vigencia, el 20 de octubre de 2008, todos los organismos y personas que administran justicia, a excepción de las autoridades indígenas, del Tribunal Contencioso Electoral y de la Corte Constitucional, automáticamente entran a formar parte de la Función judicial ordinaria y por consiguiente se sujetan a sus principios, reglas y procedimientos; de tal forma, que en cumplimiento del principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, el Consejo de la Judicatura deberá adoptar las decisiones y procedimientos necesarios para hacer efectiva la unidad jurisdiccional”(p. 35)<sup>49</sup>.

La Corte Constitucional (2017) confirma, la tesis que ha acogido sobre el principio de Unidad Jurisdiccional, en la siguiente jurisprudencia:

“Así pues, en razón de la unidad jurisdiccional, en principio, toda controversia de índole judicial o de contenido jurídico, debe ser resuelta únicamente por los órganos de la Función Judicial, conforme a la distribución de la competencia en razón de las personas,

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia interpretativa 0001-08-SI-CC, Caso No. 0003-08-IC-0006-08-IC y 0008-08-IC acumulados

grados, materia o territorio, y mediante resoluciones susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgada; evitando a partir de esta unificación jurisdiccional, la división o el quebrantamiento de la potestad jurisdiccional. De manera que, en atención al principio de unidad jurisdiccional, ningún órgano de las restantes funciones del Estado, está habilitado para so pretexto del ejercicio de sus competencias, inmiscuirse o ejercer funciones jurisdiccionales, salvo que la Constitución de manera expresa reconozca a su favor facultades jurisdiccionales<sup>50</sup> (p. 15).

De las referencias normativas y jurisprudenciales recogidas, queda evidenciado que el principio de unidad jurisdiccional postula que en el ordenamiento jurídico nacional solo los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial tienen jurisdicción y están impedidos de ejecutar otras funciones para con ello evitar que se creen jurisdicciones especiales que generaban privilegios. No obstante, tanto en el texto constitucional como en el legal, consta que se puede atribuir jurisdicción a otras autoridades que no sean parte de esta Función, siempre y cuando dicha potestad nazca de la propia Constitución.

#### **1.1.4.1 Excepciones al principio de Unidad Jurisdiccional.**

La posibilidad de que la jurisdicción se encuentre administrada por autoridades de otras funciones del Estado fuera de la Función Judicial, son excepciones al principio de unidad jurisdiccional, *“pero no por esto son carentes de independencia, sólo que ésta viene garantizada por otros mecanismos”* (Chocrón, 2005, p.680).

Si a nivel constitucional se permite que existan excepciones a este principio, efectivamente debe contar con los mecanismos necesarios para que estas excepciones no signifiquen el detrimento de otros derechos fundamentales y permitan los abusos de poder. Estas excepciones han sido aprobadas en legislaciones como la española<sup>51</sup> y como la colombiana<sup>52</sup>, pero en ambas concurren elementos suficientes que impiden el ejercicio abusivo del poder, y garantizan el ejercicio de los derechos fundamentales.

Los mecanismos mínimos con los que se debe contar para que puedan coexistir excepciones son: en primer lugar que la asignación de jurisdicción provenga desde la propia Constitución, en segundo lugar que la misma Constitución delimite sus atribuciones, en tercer lugar que los órganos asignados cuenten con una estructura que les permita ser autónomos, imparciales e independientes, en cuarto lugar que para el ejercicio

---

<sup>50</sup>Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 004-17-SCN-CC Caso N.º 0186-13-CN. 0061-14-CN. 0001-15-CN acumulados.

<sup>51</sup>Véase: Chocrón, A (mayo-agosto de 2005). La Exclusividad Y La Unidad Jurisdiccionales Como Principios Constitucionales En El Ordenamiento Jurídico Español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. XXXVIII (113), p. 651-68.*

<sup>52</sup> Véase: Rosero, A. (enero – abril de 2014). La unidad de la jurisdicción en el estado colombiano. Una mirada a partir de la Constitución Política de 1991. *Diálogos de Derecho y Política*, 6 (13), 24-46.

de la jurisdicción cuenten con un procedimiento predeterminado que respete todas y cada una de las garantías básicas del debido proceso (Chocrón, 2005, p.680-682 y Fossas, 2016, p. 28-29).

En base a todo el análisis realizado, es factible concluir que el principio de unidad jurisdiccional admite excepciones de jerarquía constitucional, únicamente si van acompañadas de los suficientes límites para asegurar que la jurisdicción será operada bajo criterios de autonomía, imparcialidad e independencia, con el propósito de soslayar eventuales vulneraciones a derechos fundamentales, extralimitación de funciones y abusos del poder, lo que permitirá que los individuos confíen en la administración de justicia, pues como se planteó entre las funciones del Estado debe existir cooperación.

La unidad jurisdiccional debe ser contemplada desde un punto de vista organizativo de las entidades que ejercen la potestad jurisdiccional y que componen una organización única, sometidos a un régimen único; de nada serviría proclamar la sumisión del Estado al derecho si dicha facultad puede ser sustraída de la jurisdicción y conferida a órdenes de funcionarios o de particulares no posean los aspectos orgánicos como lo son independencia e imparcialidad, a pesar de que posean otros elementos más funcionales como el conocer, decidir y ejecutar. En la medida en que los jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, son los únicos funcionarios independientes y sometidos a la ley y al derecho, tan sólo a ellos la sociedad les otorga la potestad jurisdiccional, excluyéndose, de este modo, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda conferir a otro cuerpo de funcionarios el ejercicio de funciones juzgadoras con fuerza de cosa juzgada” (Gimeno Sendra, 1981, p. 85-86).

En el Estado Ecuatoriano las excepciones al principio de unidad jurisdiccional son: el Tribunal Contencioso Electoral<sup>53</sup>, la Corte Constitucional<sup>54</sup>, los Centros de Arbitraje y Mediación<sup>55</sup>, los tribunales de conciliación y arbitraje en conflictos colectivos

---

53“Art. 221.- El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes: 1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales. 3. Determinar su organización, y formular y ejecutar su presupuesto. Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento” (Constitución, 2008).

54 “Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte”. “Art. 430.- La Corte Constitucional gozará de autonomía administrativa y financiera. La ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones” (Constitución, 2008).

55 “Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley” (Constitución, 2008).

en materia laboral<sup>56</sup> y la justicia indígena<sup>57</sup>; la potestad jurisdiccional que les ha sido atribuida nace de la propia Constitución.

Determinar si las excepciones antes indicadas cuentan con una organización que les permita ejercer potestad jurisdiccional con autonomía, imparcialidad e independencia que satisfaga los derechos fundamentales de los justiciables, no es objeto de este trabajo. No obstante, se puede advertir que los únicos órganos de la Función Administrativa que tienen jurisdicción son los tribunales de conciliación y arbitraje en conflictos colectivos en materia laboral

## **1.2. Actividad Administrativa Arbitral.**

La actividad administrativa arbitral es también conocida doctrinariamente como actos administrativos trilaterales, actividad cuasi jurisdiccional de la administración, actividad autorizatoria y procedimientos administrativos arbitrales, pero todas estas denominaciones se refieren a una misma actividad que la administración pública ejecuta.

La actividad administrativa arbitral o cualquiera de sus designaciones, es aquella que el legislador ha confiado a la administración pública para resolver, como un tercero ajeno, controversias entre administrados enfrentados con pretensiones opuestas e irreconciliables, en donde determinará un derecho y/o una obligación para las partes en disputa.

Una definición completa de esta actividad administrativa la proporciona el conferencista Rafael Badell (2016), quien indica que:

“ La existencia de un procedimiento en que ante el órgano administrativo se plantea un conflicto entre verdaderas y auténticas partes, esto es, la confrontación de dos o más sujetos que alegan pretensiones frente a sus contrincantes y que, en consecuencia, mantienen una relación procedimental dirigida a obtener una decisión final, caso en el cual, la administración no realiza como objetivo esencial, su función de satisfacer en forma práctica los intereses de la comunidad o sus propios intereses, sino que está destinada a declarar ante varios sujetos en conflicto quién tiene la razón y quien no la tiene” (párr.20).

---

<sup>56</sup>“Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje” (Constitución, 2008).

<sup>57</sup> “Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales (...) (Constitución, 2008).

Como parte de las competencias que el legislador le ha atribuido a la administración pública se encuentra la habilidad para dirimir conflictos entre privados como órganos de la Función Judicial, en pro de proteger el interés general<sup>58</sup> de sus administrados. El Código Orgánico Administrativo (2017) ha establecido que el fin de la administración es tutelar el interés general:

“Art. 37.- Interés general y promoción de los derechos constitucionales. Las administraciones públicas sirven con objetividad al interés general. Actúan para promover y garantizar el real y efectivo goce de los derechos. Fomentan la participación de las personas para que contribuyan activamente a definir el interés general”.

Teniendo en cuenta que la administración es la encargada de tutelar el interés general de sus administrados, por lógica las potestades o facultades que le son encomendadas deben ser los medios que permitan velar por ese interés general, “*de tal modo que ese concreto interés público trasciende a los concretos actores enfrentados en el conflicto y, por tanto, se encuentra así justificado el fundamento legitimador de la intervención administrativa que está atribuido de forma específica a la Administración*”(Guillen,2005,p. 362) ”

El Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), prevé que la administración pública en el Ecuador dirima conflictos entre particulares como un tercero ajeno a la controversia, y determina el procedimiento aplicable para ejercer dicha actividad, en los siguientes términos:

“Art. 134.- Procedencia. Las reglas contenidas en este Título se aplican al procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales y a los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos, en lo que no afecte a las normas especiales que rigen su provisión. No se aplicarán a los procedimientos derivados del control de recursos públicos. Los reclamos administrativos, *las controversias que las personas puedan plantear ante las administraciones públicas* y la actividad de la administración pública para la que no se prevea un procedimiento específico, *se sustanciarán en procedimiento administrativo*” (Énfasis añadido).

Hay que adicionar que, de acuerdo a una parte de la doctrina, la actividad administrativa arbitral no supone una desviación del poder cuando la administración juzga conflictos entre particulares, porque a través de la protección de los intereses de los privados, expansivamente también se tutela el interés general. Que coincide con el

---

<sup>58</sup> El autor Miguel Sánchez Morón define al interés general como un “concepto sobre el que también se ha discutido muchísimo, se define en un sistema democrático, de acuerdo con los valores y principios de la Constitución, por los órganos que ejercen el poder político en representación de los ciudadanos y por elección de éstos. Es decir, se define por los Parlamentos o Asambleas Legislativas a través de las Leyes, y por los Gobiernos al ejecutarlas y desarrollarlas. Para la gestión de los intereses generales, las leyes atribuyen a la Administración Pública un conjunto de poderes, de prerrogativas, de facultades. En virtud de ella, la Administración puede adoptar decisiones unilaterales con fuerza jurídica vinculante, es decir, de obligatorio cumplimiento para quienes van dirigidas”. (Sánchez, 2015, pág. 530).

colapso de la justicia ordinaria, siendo necesario que la administración en procedimientos sumarios resuelva con mayor celeridad y especialidad los conflictos entre particulares. (Parada,1992, p. 18).

El inicio del procedimiento administrativo que demanda la actividad administrativa arbitral iniciará con una denuncia<sup>59</sup> de la persona interesada, como titular de un derecho subjetivo, en la cual podrá solicitar la imposición de medidas cautelares (COA, art. 108) para asegurar la eficacia de la resolución.

Igualmente, al momento de proponer la denuncia, la persona interesada deberá incorporar la prueba que acredite los hechos alegados en su denuncia; en caso de no tener acceso a la prueba deberá anunciarla para practicarla con el auxilio de la administración pública, caso contrario no podrá ser agregada después en el período de prueba correspondiente (COA, art. 194).

Por regla general en los procedimientos administrativos, el órgano de la administración pública debe obtener las pruebas necesarias, es decir la carga de la prueba corresponde a la administración. No obstante, cuando se trata de actividad administrativa arbitral se adopta el principio de la carga de la prueba, que la persona interesada que afirma un hecho debe probarlo (COA, art. 195).

Lo dicho en el párrafo anterior es confirmada doctrinariamente, ya que se propugna que, en la actividad probatoria, se debe aplicar las reglas de la prueba de un juicio civil, principalmente, los principios de admisibilidad de la prueba y de carga probatoria, que postula que quien afirme un hecho debe probarlo, obligando de esa manera al reclamante a producir los sustentos de su pretensión, mientras que el denunciado debe probar los hechos que lo eximen. No obstante, la administración, en casos donde las partes se encuentren en desigualdad, como casos de protección al consumidor, la administración puede revertir la carga probatoria en favor de la parte en desventaja (Tirado, 2002, p. 230).

La posibilidad de invertir la carga de la prueba en favor de la parte en desventaja, no ha sido adoptada por la legislación ecuatoriana, únicamente se permite que la carga de la prueba pertenezca a la administración en los casos de procedimiento administrativo sancionador y cuando a través del procedimiento se determinará responsabilidad de la persona interesada. De igual manera se exime de la carga probatoria de los hechos

---

<sup>59</sup> “Art. 187.- Denuncia. La denuncia es el acto por el que cualquier persona pone en conocimiento, de un órgano administrativo, la existencia de un hecho que puede constituir fundamento para la actuación de las administraciones públicas (...)” (Código Orgánico Administrativo, 2017).

negativos o de la físicamente imposible (COA, Art.195). Pero permite que la Administración pública practique prueba que considere necesaria para el esclarecimiento de los hechos (COA, Art.198).

Por otra parte, pondrán fin al procedimiento administrativo trilateral: “1. El acto administrativo. 2. El silencio administrativo. 3. El desistimiento. 4. El abandono (...)” y 5. La imposibilidad material de continuarlo por causas imprevistas” (COA, Art. 201). La Caducidad no es una forma de terminar el procedimiento trilateral porque solo procede en los casos iniciados de oficio (COA, Art.213), tampoco es la terminación convencional porque únicamente tiene lugar en los casos de conciliación entre el administrado y la administración (COA Art. 216).

Del mismo modo, el silencio administrativo no puede ser una forma de terminar este procedimiento de conformidad con lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia<sup>60</sup> en un fallo de triple reiteración, que ha determinado que para que se configure silencio administrativo es indispensable que exista certeza de que el derecho contenido en la petición debe ser reconocido en favor del peticionario<sup>61</sup> (asistencia inequívoca del derecho).

“La inequívoca asistencia del derecho hace referencia a que, una vez que se den por cumplidos los requisitos constitutivos del derecho, la consecuencia no sea una discrecionalidad del servidor público, sino que la ley directamente determine la consecuencia” (Becilla, 2018,197).

En este tipo de procedimientos la ley no determina cual es la consecuencia, la ley le impone a la administración la carga de dirimir un conflicto entre particulares, para lo cual deberá verificar los hechos a través de pruebas y así confirmar si le asiste o no el derecho al peticionario.

A pesar de ser una actividad de sustancia jurisdiccional, la resolución que se emite al dirimir la controversia es de naturaleza administrativa, ya que las decisiones que pronuncie la administración, ostentarán las características de un acto administrativos con todos sus elementos<sup>62</sup>, efectos y su carácter recurrible en sede judicial<sup>63</sup> (Urbina, 2016,

---

<sup>60</sup>Corte Nacional de Justicia. Sentencia n° 134. Registro Oficial Suplemento 82 de 30 octubre 2010.

<sup>61</sup> En el Ecuador, el juez civil revisaría el acto administrativo cuando haya terminado por silencio administrativo, ya que el acto administrativo presunto que resulte del silencio constituye un título de ejecución, que puede ser declarado inejutable por el juzgador si determina que tiene vicios invaldables (COA, Art. 2017).

<sup>62</sup> “Art. 99.- Requisitos de validez del acto administrativo. Son requisitos de validez: 1. Competencia 2. Objeto 3. Voluntad 4. Procedimiento 5. Motivación” (Código Orgánico Administrativo, 2017).

<sup>63</sup>“(...) resolver conflictos entre terceros cuando está investida por ley de la correspondiente potestad lo que explica la existencia de una actividad administrativa arbitral: aquella que realiza la Administración Pública cuando ejercita la potestad de decidir unilateralmente conflictos entre

pár.10). Aunque, también puede ser objeto de impugnación en sede administrativa, por medio del recurso ordinario de apelación y extraordinario de revisión (COA, Art. 219).

Adicionalmente, el ejercicio de esta actividad propugna que la administración, ya no solo en fundamento del interés público, sino que también en base a un beneficio de los particulares debe ser imparcial y de estricta neutralidad como los órganos jurisdiccionales, que administran justicia. La administración, ahora también es un tercero imparcial con la capacidad de dirimir un conflicto entre particulares ya que la ley ha reconocido esta potestad jurisdiccional (Tirado, 2002, p. 229).

“Sea como fuere, la limitación que para el administrado comporta la actividad arbitral no tiene su razón de ser únicamente en el interés público, ni en un beneficio directo de la Administración como sujeto, sino que en ella es predominante el interés o derecho de los particulares con derechos en conflicto; por ello, la Administración asume o debe asumir en el cumplimiento de esta actividad *una actitud de rigurosa neutralidad, exactamente la misma que han de adoptar los órganos judiciales en los procesos civiles*” (Énfasis añadido) (Parrada, 1992, p. 17).

Acorde con ello, esta potestad de la administración pública debe constituir un procedimiento alternativo, que dependerá de la voluntad del reclamante si utiliza primero la vía administrativa o inicia directamente su reclamo en sede judicial<sup>64</sup>. Es así como esta actividad de la administración pública encuentra su constitucionalidad, ya que si no fuera un método alternativo representaría una desviación del poder. (García de Enterría, 1998, p. 513).

Otro rasgo de los procedimientos trilaterales es que son tres los sujetos que participan en esta actividad, pues de un lado se encuentra la administración pública como encargada de dirimir una controversia que se ha puesto en su conocimiento y de un lado un administrado con un reclamo que contiene una pretensión y del otro lado un administrado que se defiende de la pretensión (Tirado, 2002, p. 225).

Hay que mencionar además, que hasta que una controversia se encuentre en discusión en sede administrativa no puede ser conocida por ningún órgano jurisdiccional, porque se trata de una competencia administrativa primaria, ya que los tribunales deben abstenerse de intervenir hasta que la administración la haya resuelto, aquello no le otorga competencia exclusiva a la administración, sino que como quedó brevemente enunciado se trata únicamente de una competencia previa. (Tirado, 2002, p. 226).

---

los administrados sobre derechos privados o administrativos bajo el control de la Jurisdicción contencioso-administrativa o civil.” (Parrada, 1992, p 15).

64 A excepción del trámite de visto bueno, en el cual para poder impugnar ante los tribunales del Trabajo la resolución de visto bueno, por lógica primero se debe agotar el procedimiento ante el inspector del trabajo (Zurita, 2015, p.110)

El autor español José Ramón Parada Vázquez (1992) califica que la actividad arbitral de la administración es válida y se encuentra justificada, ya que de acuerdo a su criterio no es una desviación de poder, por cuanto esta puede ser valorada y evaluada, tanto por la jurisdicción contenciosa administrativa (p. 15).

De acuerdo con lo indicado, el acto administrativo que pone fin al conflicto entre particulares, no está dotado del efecto de cosa juzgada, efecto propio de los actos jurisdiccionales, por su naturaleza recurrible. Sin embargo, no se debe perder de vista que la administración al ejercer esta actividad se asimila a los jueces cuando aplican objetivamente las disposiciones normativas en sus sentencias (Parrada, 1992, p. 17).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano el derecho a recurrir o impugnar los actos administrativos se encuentra reconocido en el Código Orgánico de la Función Judicial (2009), en el artículo 31:

“Art. 31.- Principio de Impugnabilidad en sede Judicial se los Actos Administrativos. - Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”.

A partir de la norma citada, se pueden obtener dos acepciones, la primera es que todo acto que provenga de la administración pública en impugnable en sede judicial sin importar su contenido o su sustancia, por otra parte, esta norma determina imperativamente que sin importar que una decisión de la administración declare, establezca, restrinja o suprima derechos es siempre de naturaleza administrativa, sin poder ser considerada como jurisdiccional, por lo tanto, son netamente administrativas.

En contraste, se encuentra el autor Bielsa (como se citó en Sánchez), quien sostiene que jurisdicción es el género y las especies son la jurisdicción administrativa y la actividad judicial, puesto que, si se declara un derecho para dirimir un conflicto, sea del órgano del que provenga, sin lugar a dudas es jurisdicción.

En base a la norma citada, es factible afirmar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se acepta la postura de Hans Kelsen (como se citó en Ortega, 2000) en la cual se afirmaba que en el Estado solo existen dos funciones: elaborar las leyes y ejecutarlas, la administración pública y la función judicial, en un Estado realizan exactamente la misma actividad, esto es declarar, establecer, restringir o suprimir derechos en el ámbito de sus competencias.

*Prima facie*, parece que la legislación ecuatoriana ha optado por una solución bastante superficial al indicar que toda actuación de la administración pública es de

naturaleza administrativa, sin importar su sustancia o materialidad, en otras palabras, ha acogido la corriente doctrinaria que niega la existencia de la actividad administrativa arbitral.

### **1.2.1 Teoría sobre la inexistencia de la actividad administrativa arbitral.**

En contraste con el planteamiento antes desarrollado, el doctrinario Rosibel Grisanti (como se citó en Urbina, 2016) niega la existencia de actividad jurisdiccional por parte de la administración, asegurando que la potestad de dirimir controversias entre particulares por organismos administrativos es una potestad netamente administrativa y que en ella se pueden reconocer elementos de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

En consonancia, ejemplifica esta naturaleza administrativa a través de los siguientes postulados:

- a) La autotutela administrativa: es una atribución de la administración pública, que le permite tomar decisiones y ejecutarlas sin el concurso y aprobación de los tribunales, y con ello puede proteger y cumplir sus fines eficazmente.

Con esa misma posición el doctrinario español Montero Aroca (citado por Sánchez, 2011) sostiene que aun cuando la administración al resolver litigios entre administrados, actúa por beneficio propio para resguardar el interés general, solo con ese fin la intervención de la administración es legitimada. No es factible hablar de jurisdicción porque no existe heterotutela, ya que la administración sigue en resguardo de su autotutela administrativa, porque al momento de intervenir en un conflicto entre particulares, la administración carece del elemento esencial de objetividad, la administración actúa por interés propio, la tutela del interés general (Bordalí y Ferrada, 2002, p. 54)

- b) Los fines de la administración son proteger y tutelar el interés general de los administrados, razón suficiente para estar habilitada para intervenir protagónicamente en la consecución de sus fines, a través de la imposición de su voluntad a los particulares en todos aquellos escenarios en los que se encuentre en juego el interés general (Grisanti como se citó en Urbina, 2016).
- c) La administración tiene a su cargo que cumplir múltiples actividades para alcanzar sus fines, es por ello que no se puede pretender una única modalidad

de sus actuaciones, como parte de ellas se encuentra la capacidad de resolver controversias entre los administrados para tutelar el interés general, que no solo demanda el desenvolverse con neutralidad e imparcialidad, sino el dar seguridad de derechos, todo ello encaminados a preservar la armonía social (Grisanti como se citó en Urbina, 2016).

Es así como, el citado autor valida la capacidad de la administración para resolver controversias suscitadas entre particulares, como una manifestación de la autotutela administrativa que se encuentra justificada cuando se protege el interés general, que es el fin primordial de la administración pública (Urbina, 2016, párr. 16).

### **1.2.2 Criterio de la Corte Constitucional Ecuatoriana.**

En el caso No. 0054-09-IN, al Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento de la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Asociación de Bancos Privados del Ecuador, en la cual se solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución No. JB-200-1303 emitida por la Junta Bancaria el 14 de mayo de 2009 y publicada en el Registro Oficial No. 6000 del 28 de mayo de 2009.

La demanda de inconstitucionalidad se sustenta en la vulneración del principio de reserva legal y de unidad jurisdiccional, porque a través de esta resolución se desconoce la naturaleza de la facultad de policía que les es atribuida a la Superintendencia de Bancos, pretendiéndola transformar en potestad jurisdiccional para atender y resolver reclamos presentados por los usuarios del sistema financiero.

La Corte Constitucional inicia el análisis del fondo, a pesar de que la resolución impugnada fue objeto de derogación tácita por la Resolución de la Superintendencia de Bancos No. SB-2015-663, debido a que las normas impugnadas han sido reproducidas en otros cuerpos legales vigentes, por lo que procede su análisis de constitucionalidad. Para lo cual la Corte estableció dos problemas jurídicos:

1. Las normas impugnadas, ¿vulneran el principio de reserva de ley a las regular ciertas actividades que solo pueden ser ejercidas por medio de una ley?

La Corte Constitucional determinó que en este caso no existe vulneración al principio de reserva legal constante en el artículo 132 numeral 6 de la Constitución, por cuanto la propia Constitución, así como la ley permite que los organismos de control ejerzan potestad reglamentaria dentro del ámbito de sus competencias.

Además, agregó que las normas impugnadas únicamente constituyen un desarrollo infra legal necesario para el efectivo ejercicio de las competencias que les han sido asignadas a la Superintendencia de Bancos en el Código Orgánico Monetario y Financiero en el artículo 62 numeral 16.<sup>65</sup>

2. Las normas impugnadas, ¿vulneran el principio de unidad jurisdiccional, al convertir a la Superintendencia de Bancos en un órgano jurisdiccional?

Para analizar este problema que la Corte planteó, definió al principio de unidad jurisdiccional como:

“El principio de unidad jurisdiccional que regula la administración de justicia, garantiza que únicamente las autoridades facultadas por la Constitución y la ley puedan ejercer facultades jurisdiccionales; es decir, la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en la justicia ordinaria, esto responde en esencia a que los tribunales adopten un modo específico de ser organizados y de funcionar por un lado, y por otro lado para garantizar su imparcialidad e independencia” (Corte Constitucional, 2016, sentencia No. 023-16-SIN-CC).

A partir de dicha definición, la Corte Constitucional llega a la conclusión que las Superintendencias ostentan potestad sancionadora o de policía administrativa, lo que les permite ser órganos de vigilancia, auditoría, supervisión y control para cerciorarse del cumplimiento del Código Orgánico Monetario Financiero. Por lo tanto, este órgano de regulación a través de los reclamos de los usuarios del sistema financiero determina un trámite de naturaleza administrativa más no jurisdiccional.

Continúa su análisis asegurando que la Superintendencia cuando ejecuta su potestad sancionadora debe atender a un criterio de proporcionalidad. Lo que da paso a analizar si las facultades asignadas en la normativa impugnada son proporcionales a un fin constitucionalmente válido, en virtud de lo cual inició un test de proporcionalidad.

Como primer requisito del test de proporcionalidad determina como fin constitucionalmente válido la tutela de los derechos de los usuarios y/o clientes del sistema financiero consagrados a nivel constitucional en el artículo 308<sup>66</sup> de la Constitución.

---

<sup>65</sup> Art. 62.- Funciones. La Superintendencia de Bancos tiene las siguientes funciones: (...) 16. Proteger los derechos de los clientes y usuarios financieros y resolver las controversias en el ámbito. La superintendencia, para el cumplimiento de estas funciones, podrá expedir todos los actos y contratos que fueren necesarios. Asimismo, podrá expedir las normas en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales ni las regulaciones que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (énfasis fuera del texto).

<sup>66</sup> Art. 308.- Las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras intermediarán de forma eficiente los recursos captados para fortalecer la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable. El Estado fomentará el

El segundo requisito responde a la idoneidad de las restricciones, lo que se refiere a que, las restricciones sean necesarias para compensar un interés público mayor. En referencia a este requisito la Corte Constitucional destaca la naturaleza regulatoria del acto de la Superintendencia, que es permitido por la Constitución y por el Código Orgánico Monetario Financiero, cuerpos legales que también la facultan para “resolver las controversias en el ámbito administrativo que se generen con las entidades bajo su control”.

En adición al análisis del segundo requisito, certifica que la Superintendencia por ser una institución de la administración pública se encuentra sujeta a principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía y evaluación, entre otros; en consecuencia, la normativa objeto de impugnación responde a actividades admitidas por el ordenamiento jurídico y al interés general en aplicación de los principios que rigen la administración pública, por lo tanto, las normas en análisis son idóneas.

En cuanto al requisito de Necesidad, acarrea que el régimen acogido sea el menos lesivo y que sea necesario para garantizar los derechos de las personas. En ese sentido, la Corte determina que la Superintendencia dentro de un reclamo puede requerir informes técnicos o jurídicos o realizar visitas *in situ*, lo que es suficiente para garantizar el debido proceso.

Añade que para que tenga lugar la devolución de los valores reclamados, se debe comprobar que, en la prestación del servicio financiero, existió:

“falta de aplicación de las disposiciones legales o normativas o en un procedimiento incorrecto de la institución financiera controlada, que hubiere ocasionado una afectación económica al reclamante (...) En base a este análisis se concluye que la resolución de un reclamo en base a informes técnicos, jurídicos o visitas *in situ* y la devolución de los valores, se adecua al propósito constitucional de precautelar el interés general” (Corte Constitucional, 2016, sentencia No. 023-16-SIN-CC).

Finalmente, en lo que respecta al requisito de proporcionalidad en sentido estricto, entendida como el equilibrio entre el fin constitucionalmente válido y las restricciones idóneas, la Corte llega a la conclusión de que no se afecta al principio de unidad jurisdiccional, ya que la Superintendencia al resolver las controversias en el ámbito administrativo que se susciten entre la entidad bancaria y el usuario se encuentra cumpliendo su deber de control y vigilancia.

---

acceso a los servicios financieros y a la democratización del l. & crédito. Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la usura (...)” (Constitución, 2008).

Por los argumentos expuestos, la Corte Constitucional en sentencia No. 023-16-SIN-CC de 6 de abril de 2016, negó la acción pública de inconstitucionalidad.

En virtud de la sentencia citada es factible afirmar que el Ecuador a diferencia de los países de la región como Perú, Colombia<sup>67</sup> y Venezuela<sup>68</sup>, no aceptan la coexistencia de una doble jurisdicción, una administrativa y otra judicial, sino que determina que la actividad administrativa arbitral es netamente una función administrativa y no una función jurisdiccional.

### 1.2.3 Ejemplos ecuatorianos de la actividad administrativa arbitral

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen varios ejemplos en los que se puede evidenciar que la administración resuelve una controversia entre particulares como un tercero, equiparando su actuación a la de un juez.

- a) La Superintendencia de la Información y Comunicación: Como parte de las atribuciones de esta Superintendencia se encuentra la potestad de resolver los reclamos o denuncias presentadas por las personas respecto de sus derechos de comunicación (Ley Orgánica de Comunicación, 2013, Art.56). Un ejemplo de aquello es cuando un ciudadano exige su derecho a la réplica y el medio de comunicación se niega a brindar el mismo espacio para reproducir la réplica.
- b) Agencia de Regulación y Control del Agua: En la Ley Orgánica De Recursos Hídricos Usos Y Aprovechamiento Del Agua (2014) se le atribuye a esta agencia la competencia de resolver las controversias que surjan entre los ciudadanos en los que se encuentre el agua como objeto de conflicto, es así como en el artículo 23 en el literal k, le permite *“Tramitar, investigar y resolver quejas y controversias que se susciten entre los miembros del sector y entre estos y los ciudadanos”*.
- c) Superintendencia de Bancos: Para proteger los derechos de los usuarios y clientes del sistema financiero, a esta entidad de control se le atribuye la

---

<sup>67</sup>Constitución Política de Colombia “artículo 116°. - “La Corte Constitucional, la Corte suprema de Justicia, el Consejo de estado, el Consejo superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los Jueces, administran Justicia. también lo hace la Justicia Penal Militar. el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. *Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas*” (énfasis añadido).

<sup>68</sup>Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencian. <sup>a a</sup> 438 del 4 de abril de 2001, juez ponente Jesús Eduardo Cabrera.

potestad de resolver las controversias que se susciten entre los clientes y usuarios y las entidades financieras bajo su control. (Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I, Art. 62 No 16).

- d) Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: El Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley General De Seguros en el Art. 42 atribuye a este organismo de control dirimir administrativamente las controversias que se originen entre las compañías de seguros y reaseguros y sus asegurados. En el caso de aceptar el reclamo la asegurado o reaseguradora tienen la obligación de cumplir con la resolución en el término de 10 días, so pena de ser causal para la liquidación forzosa de la compañía aseguradora. Incluso para este tipo de controversias no es aplicable el procedimiento regulado por la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.
- e) Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: 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 en su artículo 41 permite que el Intendente de Compañías resuelva las controversias suscitadas entre una compañía prestadora del servicio de Salud Prepagada y sus afiliados.

Como ha quedado evidenciado, la actividad administrativa arbitral no es ajena al ordenamiento jurídico nacional, y se encuentra presente en diferentes ámbitos. El análisis realizado en todo este capítulo era pertinente para determinar si la Administración Pública ejercía funciones jurisdiccionales, en virtud de lo cual, se puede asegurar que la actividad administrativa arbitral siempre constituye una función netamente administrativa.

Efectivamente es una actividad netamente administrativa, porque no cumple con todas las características para ser considerada como jurisdicción, principalmente porque la resolución adoptada por la administración no goza del efecto de cosa juzgada, tampoco es imperativa ya que el ciudadano puede activar directamente los órganos jurisdiccionales para solicitar la tutela de su pretensión; y finalmente, porque produce los efectos jurídicos propios de un acto administrativo. En consecuencia, no contraviene el principio de unidad jurisdiccional con sus excepciones, tampoco el principio de independencia de funciones.

Sin embargo, la actividad administrativa arbitral debe ser evaluada a la luz de los principios y derechos fundamentales de la Constitución, tales como el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcialidad e independencia como exigencia mínima para resolver un conflicto entre particulares, pero más que nada se debe determinar si al resolver la

controversia suscitada realmente se permite a los ciudadanos acceder a una justa resolución que satisfaga sus pretensiones o por el contrario esta actividad, reporta mayores desventajas hacia los ciudadanos al momento de exigir el reconocimiento de un derecho.

Para tal efecto, se analizará específicamente si la actividad administrativa arbitral ejercida por la Intendencia de Compañías es compatible con los postulados constitucionales que actualmente se le exige a la actuación de la administración o si esta actividad asignada a esta intendencia es una anomalía dentro del ordenamiento jurídico, por presentar adversidades para los administrados.

## CAPÍTULO II: LA MEDICINA PREPAGADA EN EL ECUADOR

### 2.1. Origen de la Medicina Prepagada en el Ecuador.

Para comprender la naturaleza jurídica de la medicina prepagada en el país, es necesario ubicar la línea del tiempo en la Revolución Cubana en 1959, con el triunfo de la ideología comunista respaldada por la Unión Soviética. En Ecuador, durante ese período no existió ninguna preocupación del Estado ecuatoriano por mejorar la salud pública, los recursos económicos eran destinados para otros asuntos políticos. El 16 de junio de 1967, a causa de presiones por parte de los sectores congraciados con la salud, se creó el Ministerio de Salud Pública y el Seguro Social Campesino<sup>69</sup> (Rojas, 2008, p. 6-7 & Ministerio de Salud Pública del Ecuador, 2017, párr.2 ).

Mientras tanto, Estados Unidos de América para evitar que el comunismo gane terreno, ideó la Operación Cóndor, que le permitió manejar las dictaduras militares de la década de los 70, de los países de Latinoamérica (Chile, Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay y Ecuador) (Jiménez et al., 2015, p.136). En el Ecuador de los años 70, durante la dictadura militar bajo el discurso nacionalista se propagó un desarrollo en el sector de la salud, el principal objetivo radicó en la acción respecto de las enfermedades prevenibles.

Durante las dictaduras militares, los derechos fundamentales de los ciudadanos fueron reprimidos para asegurar que los intereses de la ideología capitalista se encuentren indemnes (Jiménez et al, 2015, p.136). Por tal motivo, la salud se concibió como una obra de caridad, de acuerdo a la política conocida como “La Alianza para el Progreso” impartida por el presidente John F. Kennedy.

“(…) la cual buscaba que acciones conjuntas entre Estados Unidos de Norteamérica y los gobiernos locales cubrieran las necesidades de los más pobres, no con una intención basada en derechos humanos sino como una forma de control político y social sobre poblaciones que pudiesen ser víctimas del germen comunista (…)” (Jiménez et al, 2015, p.136).

---

69 “Para los efectos del Seguro Social Campesino, es campesino el trabajador que se dedica a la pesca artesanal y el habitante rural que labora "habitualmente" en el campo por cuenta propia o de la comunidad a la que pertenece, no recibe remuneraciones de un empleador público o privado y tampoco contrata a personas extrañas a la comunidad o a terceros para que realicen actividades económicas bajo su dependencia” (Ley de Seguridad Social, 2001).

En ese contexto, en junio de 1978 se fundó la primera compañía de medicina prepagada del Ecuador “Ecuasanitas”, la cual contaba con el respaldo de la compañía pionera en ofertar cobertura médica en España desde los años 50 (Ekos, 2012, p.136).

Tiempo después, en el marco de la Constitución de 1979, en respuesta a las demandas democráticas de la población, se consagra la salud como un derecho fundamental. Con el retorno a la democracia, en la década de los 80, nació un Estado intervencionista; la intervención estatal tuvo que terminar a causa de la creación de los monopolios y oligopolios nacionales y, por la imposibilidad de cumplir con los pagos de la deuda externa que se mantenía con las instituciones de Breton Woods (Jiménez et al, 2015, p.135-136).

En la década de los 90, como consecuencia del Consenso de Washington, empezó a relucir el modelo neoliberal y las políticas de estabilización macroeconómica impuestas por las instituciones financieras multilaterales (Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial) para refinanciar y extender nuevos créditos al país (Jiménez et al, 2015, p.136). Esto condujo a que el Estado deje de atender las necesidades básicas en materia de salud y de seguridad social; así mismo, el Ministerio de Salud se redujo con el propósito de comprimir el gasto público al máximo, para poder cumplir con las obligaciones adquiridas con las instituciones financieras multilaterales.

A raíz de esto, surgió la idea de privatizar la salud, bajo la idea de que el sistema de salud estatal no abastecía las necesidades en esa materia, por ende era mejor privatizarlo con la expectativa de que se tendría salud de alto nivel en manos privadas *“hecho que impulsó el surgimiento de infraestructuras de salud privadas y modelos de seguros en salud como la medicina prepagada (...)”* (Jiménez et al., 2015, p.136)<sup>70</sup>.

En realidad, las compañías de medicina prepagada surgen como una respuesta empresarial frente a imposibilidad del Estado para atender las demandas de salud de los ciudadanos; también, como una alternativa frente a *“la ineficiencia del sector público y por un incremento en gastos en salud versus la calidad de los servicios prestados”* (De la Pared, 2017, p. 5).

---

70“La medicina prepagada con el concepto de cubrir los gastos médicos previo el pago de una cuota mensual se originó en Londres en el año 1938, ante la crisis y desatención de salud de personas de medianos y bajos ingresos. Inició con la cobertura de gastos de enfermedades agudas, a través de contratos con bajos costos por el servicio. A las enfermedades crónicas se las excluyó, con la opción de que pudieran ser manejadas en los hospitales públicos. Actualmente la atención de salud en Inglaterra, como en varios países, es parte del seguro médico universal que tienen los ciudadanos, como un derecho y una obligación del estado” (De la Pared, 2017, p.4).

Fue tal la acogida de los sistemas de medicina prepagada y de los seguros de salud que llegaron a incidir en la agenda política, de tal manera que en la consulta popular de 25 de noviembre de 1995, como parte de las once preguntas que se consultaron a la ciudadanía, se planteó la posibilidad de reformar a la seguridad social, proponiendo su privatización, lo que admitiría que la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) pierda su carácter obligatorio y se cuente con la opción de afiliarse a instituciones privadas. La ciudadanía rechazó la propuesta de privatizar a la seguridad social (El Comercio, 2014).

A causa de la creciente demanda de los servicios de medicina prepagada, para el año 1998 se contaba con trescientos mil afiliados, por lo que se vio la necesidad de normar y regular la organización de estas compañías, y en especial, reglamentar los derechos y obligaciones de los sujetos contractuales. Por tal motivo, en el Registro Oficial 12 de 26 de agosto de 1998, se publicó la “Ley que Regula el Funcionamiento de las Empresas Privadas de Salud y Medicina Prepagada”.

Desde la expedición de dicho cuerpo normativo, se concibió a las compañías de medicina prepagada como “*sociedades constituidas en el territorio nacional y que, en virtud del pago de cotizaciones o aportaciones individuales, otorgan a sus afiliados el financiamiento para el servicio de salud y atención médica en general*” (Ley que Regula el Funcionamiento de las Empresas Privadas de Salud y Medicina Prepagada, 1998, Art.1).

En el año 2007, con la llegada al poder del autodenominado “socialismo de siglo XXI” y de “la revolución” ciudadana, se plantearon nuevos objetivos por mejorar los servicios de salud en el país. Se reestructuraron los servicios de salud en el país, organizando el Sistema Nacional de Salud del Ecuador entre el sector público y privado.

“El sector público comprende al Ministerio de Salud Pública (MSP), el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES), los servicios de salud de las municipalidades y las instituciones de seguridad social [Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) e Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL)]. El MSP ofrece servicios de atención de salud a toda la población. El MIES y las municipalidades cuentan con programas y establecimientos de salud en los que también brindan atención a la población no asegurada. Las instituciones de seguridad social cubren a la población asalariada afiliada. El sector privado comprende entidades con fines de lucro (hospitales, clínicas, dispensarios, consultorios, farmacias y empresas de medicina prepagada) y organizaciones no lucrativas de la sociedad civil y de servicio social” (Lucio, Villacrés, Henríquez, 2011, p.180).

A pesar de los esfuerzos del gobierno por mejorar la red de salud pública, no se logró el resultado esperado, en consecuencia, las compañías de medicina prepagada incrementaron.

“por la demanda saturada de pacientes en las instalaciones públicas y la falta de abastecimiento ha hecho que la demanda de servicios privados haya crecido y de este modo el crecimiento de las empresas privadas de servicios de salud crezcan cada día” (Rojas, 2017, p. 13).

Es más, en el año 2016 se registraron aproximadamente ochocientos mil afiliados a las compañías de medicina prepagada, lo que implica que, gracias al servicio que ofertan, descongestionan la red de salud pública y permiten una dinámica en el mercado (San Martín, 2016).

Bajo la óptica de que vivíamos en momentos revolucionarios, los assembleístas del movimiento político Alianza País, propusieron una nueva ley con el propósito de controlar a esas “millonarias” empresas (San Martín, 2016). Lo que condujo a que se promulgue 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”<sup>71</sup>, en el Registro Oficial Suplemento No. 863 del 17 de octubre de 2016. En el texto se hará referencia a esta ley simplemente como Ley de Salud Prepagada.

En esta nueva ley se las denomina como compañías que financian servicios de atención integral de salud prepagada, y determina que su objeto social es el “(...) *financiamiento de los servicios de atención integral de salud prepagada, asumiendo los costos de los servicios de salud y prestaciones sanitarias contractualmente estipulados (...)*” (Ley de Salud Prepagada, 2016, Art.7).

Como consecuencia de esta gran acogida en el mercado y los beneficios que presentan para red pública de salud, las compañías de salud prepagada cumplen un rol importante dentro de la sociedad, por lo cual es necesario que sean vigiladas y controladas por el Estado. La forma en que el Estado ha permitido que las compañías de medicina prepagada capten clientes es a través de la celebración de contratos con sus afiliados, que serán analizados en el siguiente punto.

---

<sup>71</sup> La diferencia principal entre estas dos compañías radica en “la manera como administran los riesgos, mientras la aseguradora dispersa la concentración del riesgo mediante el uso del reaseguro, brindando quizá un mejor respaldo financiero al servicio ofertado; las empresas de medicina prepagada canalizan sus esfuerzos a la administración integral de la cadena de servicios de salud, procurando índices de eficiencia en el manejo de los costos” (Ekos, 2012, p.115).

## 2.2. Contratos de Salud Prepagada.

La relación jurídica entre el afiliado y una compañía que financia servicios de atención integral de salud prepagada nace en virtud de la suscripción de un contrato de adhesión, cuyas características serán tratadas más adelante.

El autor Marcelo D. Iñiguez define al contrato de medicina prepagada como:

“aquel por el cual una de las partes, llamada prestadora, se obliga a prestar a otra, llamada afiliada, un conjunto de servicios médicos asistenciales, por medios propios o contratados, a cambio de un precio, asumiendo la obligación de responder a las enfermedades o prevenciones cubiertas en el plan contratado y a aquellas que por ley se incluyen” (citado en Follari, 2013, p. 14).

El ordenamiento jurídico ecuatoriano permite tres formas de contratación de medicina prepagada, que pueden ser: i) individual, ii) corporativo y iii) grupal<sup>72</sup>.

La legislación nacional, permite a que las compañías de medicina prepagada presten sus servicios en tres diferentes modalidades, a saber:

“1.- Modalidad Abierta. - Para efectos de esta Ley se entenderá como modalidad abierta aquella por la cual el usuario, a su elección, recibirá atención sanitaria a través de terceros prestadores no relacionados con las compañías ofertantes, sean éstos personas naturales o jurídicas. 2.- Modalidad Cerrada. - Para efectos de esta Ley se entenderá como modalidad cerrada, aquella por la cual el usuario recibirá atención sanitaria únicamente a través de prestadores de servicios de salud relacionados con las compañías financiadoras en los ámbitos comercial o de integración societaria. 3.- Modalidad Mixta. - Para efectos de esta Ley se entenderá como modalidad mixta, aquella por la cual el usuario recibirá atención sanitaria mediante la combinación de las modalidades abierta y cerrada” (Ley de Salud Prepagada, 2016, art.22).

En la primera y segunda modalidad, la ley de la materia determina una responsabilidad subsidiaria<sup>73</sup> de la compañía de medicina prepagada en materia civil y administrativa, en relación con los daños causados a los afiliados por una atención médica deficiente. La responsabilidad administrativa se refiera a la imposición de una multa de

---

<sup>72</sup> “At. 23 (...) En los contratos que suscriban las compañías reguladas por esta Ley, intervendrán, por un lado, quien ejerza la representación legal a nombre de las compañías reguladas por esta Ley; y, por otro, el titular del contrato, sea persona natural o jurídica, por sus propios y personales derechos, o por los que represente individual, grupal, empresarial o corporativamente y a nombre de las personas que consten como dependientes, usuarios, afiliados, beneficiarios o asegurados. Para efectos de presentación de quejas, reclamaciones y acciones judiciales, los usuarios, dependientes, afiliados, beneficiarios o asegurados, tendrán plena capacidad para ejercerlas, en defensa de sus propios y personales derechos (...)” (Ley de Salud Prepagada, 2016).

<sup>73</sup> “Art. 11.- Responsabilidad Subsidiaria. - La corresponsabilidad civil y administrativa establecida en el artículo 37 de la Ley, operará en los casos en los que se evidencie que las compañías reguladas por dicha Ley no hayan cumplido con su obligación de realizar los controles periódicos, a los prestadores de servicios de salud elegidos, de conformidad con las regulaciones que expida la Autoridad Sanitaria Nacional” (Reglamento a la Ley de Salud Prepagada, 2017).

cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general por incurrir en una falta grave<sup>74</sup> (Ley de Medicina Prepagada, 2016, art.37).

“La responsabilidad del ente es obviamente más amplia, pues no otorga al beneficiario la facultad de elegir con total libertad, ya que no puede escoger profesionales no incluidos en la cartilla. Abarca todos aquellos servicios y prestaciones médicas que pone a disposición de los asociados y es en este caso responsable, no solamente ante la falta de suministro del servicio, sino también por la eficiencia o calidad con que el mismo se presta” (Follari, 2013, p.28)

Tanto en la modalidad abierta como en la modalidad cerrada, el ordenamiento jurídico nacional, contempla la figura del copago, que consiste en el porcentaje que debe ser cubierto por el afiliado por cada atención médica, ya que, de acuerdo al plan contratado, la compañía de medicina prepagada cubre un porcentaje de la atención médica y el restante debe ser cancelado por el afiliado (Ley de Salud Prepagada, 2016, art. 24).

Se debe agregar que, se encuentra prohibido que la compañía preste sus servicios únicamente por medio instituciones relacionadas por razones comerciales o por razones de integración societaria, es decir en modalidad cerrada (Ley de Salud Prepagada, 2016, art. 22).

La ley de la materia es imperativa en indicar que, en el contrato se debe estipular los documentos indispensables que el afiliado debe presentar a la compañía para solicitar la cobertura de cualquier contingente de salud, por ejemplo, la presentación de la tarjeta de afiliación, un formulario firmado por el médico tratante, la factura de los gastos médicos, los resultados de los exámenes, etcétera (Ley de Salud Prepagada, 2016, art.26).

Hay que mencionar además, que la doctrina ha determinado que en todos los contratos se pueden identificar cosas que son de su esencia, de su naturaleza y las accidentales. Criterio que ha sido ratificado e incorporado en la jurisprudencia de la Ex Corte Suprema de Justicia, de la siguiente manera:

“1) Las cosas que son de su esencia, aquellas sin las cuales o no surte efecto alguno el contrato o degenera en otro contrato diferente; 2) Las de su naturaleza, las que no siendo esenciales en el contrato se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial y, 3) las puramente accidentales, que son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen; y que se le agregan por medio de cláusulas especiales” (Resolución No. 79-10 GNC).

Cada uno de estos componentes serán analizados en el contrato de medicina prepagada:

---

<sup>74</sup> “Art. 52.- Faltas graves. - Serán consideradas faltas graves las siguientes: 3.- En las modalidades cerrada y mixta, en la parte que corresponda, no exigir a los prestadores sanitarios encargados de dichas prestaciones, acrediten las respectivas aprobaciones académicas y/o licenciamiento, según corresponda” (Ley de medicina prepagada, 2016).

### 2.2.1. Elementos de la esencia en los contratos de medicina prepagada.

La ley es la encargada de establecer los elementos que constituyen la sustancia o el núcleo del contrato, que en el caso de carecer de ellos pierde su identidad (Coronel y Del Brutto, 2010, p180). De tal manera, que los requisitos esenciales que debe contener todo contrato para que produzca efectos jurídicos en el Ecuador, los determina el Código Civil, en el artículo 1461, a saber: i) la capacidad de las partes, ii) el consentimiento libre de vicios<sup>75</sup> iii) objeto lícito<sup>76</sup> y iv) causa lícita<sup>77</sup>. Los contratos de medicina prepagada deben contener estos elementos para que sean válidos.

De modo que un contrato de medicina prepagada debe ser celebrado entre el representante legal de la compañía de medicina prepagada y por una persona legalmente capaz que pretende adquirir financiamiento de atenciones médicas, para que se cumpla el primer requisito sobre la capacidad de las partes.

Sobre el consentimiento libre de vicios, en este contrato, ninguna de las partes debe ser forzada a suscribirlo, debe existir certeza en la forma en la que el servicio será prestado; y por quién y para quién será prestado, a través del contrato no debe existir intensión positiva de irrogar daño<sup>78</sup>.

En ese sentido, el objeto es la obligación bilateral que contiene el contrato:

“En primer lugar, es bilateral pues son dos partes quienes intervienen y que tienen obligaciones concretas en la relación contractual. La obligación de una de las partes da nacimiento a otra recíproca, por ejemplo: ante el pago de un valor económico por parte del asegurado, la compañía se obliga a indemnizar ante la ocurrencia de un siniestro” (Ibarra, 2017, p.92).

En ese sentido, en el contrato se encuentra presente una obligación bilateral, ya que por un lado la compañía se obliga a financiar las prestaciones de salud o las atenciones

---

<sup>75</sup> Es la manifestación de la libertad de los individuos para poder celebrar negocios jurídicos y obligarse libremente, si es su deseo producir el efecto jurídico de dicho negocio, es decir es la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses. En fin, la voluntad determina el contenido del contrato porque les permite precisar el contenido del negocio jurídico” (Hernández y Guerra, 2012, p. 30).

<sup>76</sup> El objeto: “es la cosa o conducta sobre la que recae la obligación que dicho acto crea” (Vadanovic citado en Coronel y Del Brutto, 2010, p. 192).

<sup>77</sup> El artículo 1483 del Código Civil la define como “el motivo que induce” a celebrar el contrato, se puede añadir que “la causa se refiere a los motivos psicológicos e internos que tienen las partes al contratar (...) variará de caso en caso, dependiendo de los móviles particulares de las partes en cada acto determinado” (Coronel y Del Brutto, 2010, p. 194).

<sup>78</sup> “Art. 23.- Contratos. - Los contratos que se celebren al amparo de esta Ley, deberán estar escritos en idioma castellano y en otros idiomas ancestrales oficiales de relación intercultural, a solicitud del usuario; estar redactados de manera clara, de modo que sean de fácil comprensión para el usuario y con caracteres tipográficos fácilmente identificables y legibles. Los contratos no contendrán términos ambiguos, ambivalentes o que puedan conducir a equívocos respecto del servicio que se contrate. La falta de claridad en los textos del contrato producirá el efecto de vicio del consentimiento” (Ley de Salud Prepagada ,2016).

médicas de su afiliado y por otro lado el afiliado está obligado a pagar una contraprestación económica.<sup>79</sup>

Por su parte, la causa del contrato de lado de la compañía es de índole económica y por parte del afiliado es el deseo de poder recibir el financiamiento de prestaciones médica de calidad, reduciendo el gasto de dicha atención.

Otra precisión que vale la pena acotar, es que la medicina prepagada no es de carácter indemnizatorio, a diferencia de los seguros de accidentes personales, pues lo que ocurre es que la compañía paga un honorario médico por la atención proporcionada a sus afiliados. Adicionalmente, en medicina prepagada no existe un siniestro, los afiliados pueden hacer uso del servicio sin necesidad de estar enfermo o indispuesto, es suficiente que desee hacerse un control médico por prevención (Núñez y Olaya, 2003).

La contraprestación económica que los afiliados deben cumplir por anticipado, es diferente para cada plan contratado<sup>80</sup>, cuyo monto se determina en base a análisis técnicos y actuariales<sup>81</sup> y deben estar respaldados en las respectivas notas técnicas.

A su vez, la esencia de la medicina prepagada se debe al carácter privado<sup>82</sup> y aleatorio del vínculo contractual, porque es incierto que el afiliado vaya a utilizar el servicio, ya sea por motivos preventivos o para tratar un contingente de salud que requiera de asistencia o de un tratamiento médico.

### **2.2.2. Elementos de la naturaleza de los contratos de medicina prepagada.**

---

<sup>79</sup> “Art. 29.- Precio. - El precio que se fije en los contratos guardará conformidad con las notas técnicas y estudios actuariales aprobados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros con el soporte técnico de la Autoridad Sanitaria Nacional. Tanto las notas técnicas, cuanto los estudios actuariales serán elaborados por actuarios independientes de las compañías controladas, debidamente calificados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. El precio previsto en el contrato será pactado en moneda de curso legal y su revisión se sujetará a lo que establezca la correspondiente nota técnica aprobada, tomando en consideración la totalidad de afiliados de cada plan y el grupo etario al que pertenezcan. En ningún caso la revisión o el incremento del precio podrá basarse en siniestralidad individual. En los planes empresariales, grupales y corporativos, la revisión del precio se realizará de común acuerdo entre las partes” (Ley de Salud Prepagada, 2016).

<sup>80</sup> “Art. 20.- Cobertura en razón de las personas.- Los planes y programas deberán ofrecer cobertura en razón de las personas ya sea como titulares, beneficiarios, dependientes o asegurados, para que reciban a cambio de una cotización, aportación individual o prima, cuyo monto dependerá del plan contratado, las prestaciones y beneficios oportunos y de calidad proporcionados por profesionales de la salud, establecimientos de salud, o de dispensación de medicamentos y dispositivos médicos (...) (Ley de medicina prepagada ,2016) .

<sup>81</sup>Art. 29.- Precio. - El precio que se fije en los contratos guardará conformidad con las notas técnicas y estudios actuariales aprobados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros con el soporte técnico de la Autoridad Sanitaria Nacional (Ley de medicina prepagada ,2016).

<sup>82</sup>“(…) Se prohíbe utilizar recursos del Estado para financiar, subsidiar o participar en procesos de rescate financiero de este tipo de compañías” (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 12).

Como bien lo indica el artículo 1460 del Código Civil, los elementos de la naturaleza de los contratos se refieren a aquellas cláusulas que, sin necesidad de estar expresamente estipuladas en él, se entienden incorporadas, porque a falta de dicha estipulación por mandato de la ley forman parte del contrato.

La doctrina de la mano del autor Adolfo Oscar Miranda (1980), amplía el concepto de los elementos de la naturaleza, indicando que:

“no son indispensables estipularlos o mencionarlos, pues por mandato de la ley se entienden incorporados en el negocio jurídico, por ejemplo, es de la naturaleza del contrato de compraventa la obligación del vendedor de sanear la cosa vendida, que comprende la evicción y responder de los efectos ocultos de la misma, sin necesidad de un pacto expreso al respecto, pues se subentiende por el hecho mismo de celebrarse dicho contrato (p.27)”

A partir de la normativa y la doctrina citada, se puede indicar como elementos de la naturaleza de los contratos de medicina prepagada de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los siguientes:

- i) Terminación Unilateral: Cuando el afiliado ha dejado de cumplir con las contraprestaciones económicas por tres meses consecutivos, la compañía puede terminar unilateralmente el contrato y cesar las coberturas, previa notificación al afiliado. Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor (2000, artículo 44) permite que los afiliados puedan terminar unilateralmente el contrato previa notificación por escrito a la compañía con quince días de anticipación a la terminación del plazo contractual.
- ii) Cobertura de Enfermedades Preexistentes: Como parte de los elementos de la naturaleza también se encuentra la forma de la cobertura de las preexistencias<sup>83</sup>. La cobertura anual mínima para las preexistencias es de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general y el período de carencia aplicable a las preexistencias es de veinte y cuatro meses desde la suscripción del contrato (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 34). No obstante, por acuerdo entre las partes el monto máximo de cobertura puede ser mayor y el tiempo de carencia puede ser reducido, aquello es aplicable para los contratos individuales. En cambio, los contratos corporativos y grupales las enfermedades preexistentes serán cubiertas total o parcialmente, previo

---

<sup>83</sup> “Art. 34.- Preexistencias. - Se considerará preexistente cualquier enfermedad, patología o condición de salud, que haya sido conocida por la o el usuario, beneficiario, afiliado, dependiente o asegurado y diagnosticada médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato o a la incorporación de la o el beneficiario (...)” (Ley de medicina prepagada, 2017).

acuerdo entre las partes. Para que las preexistencias gocen de cobertura, en los dos casos, es requisito indispensable que sean declaradas por el afiliado<sup>84</sup> al momento de celebrar el contrato, caso contrario la compañía puede presentar un reclamo administrativo alegando preexistencia no declarada.

- iii) Carencia: El período de carencia forma parte de la naturaleza del contrato, como lo explica Lorenzetti:

“estas modalidades tienen su razón de ser en la naturaleza asegurativa del contrato y permiten acumular un volumen de aportes económicos por parte del cliente en forma previa a que ingrese al sistema con derechos efectivos. Jurídicamente examinada, la “carencia” es una modalidad de la obligación, puesto que la obligación de asistencia médica a cargo de la empresa está sometida a un plazo suspensivo, que llaman de espera, transcurrido el cual se comienzan a dar los servicios” (citado por Follari, 2013, p.40).

En los planes que ofertan las compañías indican el período de carencia para que inicie la prestación de los servicios, la ley de la materia estipula el término de carencia para enfermedades preexistentes y para la cobertura de maternidad en contratos individuales que no puede ser superior a sesenta días (2016, Art. 33). Por su parte, el Acuerdo Ministerial No.68-2017, determina que los períodos de carencia serán máximos de 30 días para atención ambulatoria, máximo de 90 días para prestaciones hospitalarias y 24 horas para emergencias; permitiendo que la compañía determine un período menor en los distintos planes que oferte.

- iv) Plazo: La ley de la materia es imperativa en indicar que el plazo mínimo para estos contratos sea de un año, pero la compañía puede ofertar un plazo mayor, con posibilidad de que sea renovado (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo. 27).
- v) Cláusulas contractuales obligatorias: Así mismo forma parte de la naturaleza, las cláusulas contractuales obligatorias determinadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y por la Autoridad Sanitaria Nacional, personificada en la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada, debido a que si los contratos no contienen

---

<sup>84</sup>Las compañías podrán presentar reclamo administrativo, en la forma prevista en esta ley, para alegar preexistencia no declarada al tiempo de la contratación, cuando consideraren que el titular, usuario, beneficiario, afiliado, dependiente o asegurado conocía la existencia de su enfermedad, patología o condición de salud, por presentar manifestaciones clínicas y alteraciones físicas que por sus signos y síntomas característicos y evidentes, no pudieron pasar desapercibidos, en cuyo caso, la autoridad competente dirimirá el mismo, en mérito al expediente y a las pruebas actuadas (Ley de medicina prepagada, 2017, artículo 34).

estas cláusulas obligatorias, se las entiende incorporadas sin necesidad de cláusula especial<sup>85</sup>(Ley de Salud Prepagada, 2016, art. 30). Tal y como lo ha determinado la ex Corte Suprema de Justicia en un caso de la Superintendencia de Bancos, en los siguientes términos: *“Las cláusulas, condiciones o estipulaciones generales, aprobadas por la Superintendencia de Bancos, son de observancia obligatoria para los contratantes y se entienden, por tanto, incorporadas al contrato sin necesidad de ser suscrita por los contratantes”* (Gaceta Judicial No. 6, Serie XVII, año 2001).

- vi) Plazo para efectuar los reembolsos: Los reembolsos del porcentaje cubierto por las compañías de salud prepagada por los costos de las atenciones médicas deben realizarse en un plazo máximo sesenta días, no obstante, las compañías los pueden realizarlas en un tiempo menor.
- vii) Reembolso a las Instituciones de la Red Pública Integral de Salud: A pesar de que no se encuentre estipulado en alguna cláusula contractual, en todos los contratos de medicina prepagada se encuentra incorporada la obligación de la compañía de reembolsar a las Instituciones de la Red Pública Integral de Salud hasta el límite de lo contratado, cuando sus afiliados hayan sido atendidos en sus unidades. Este reembolso también ocurre cuando existe una derivación desde la red pública a una casa de salud privada<sup>86</sup> (Ley de Salud Prepagada, 2016, Disposición General Quinta).
- viii) Acuerdo Directo: Como elementos de la naturaleza de este tipo de contratos se ubica el acuerdo directo al que se refiere el artículo 39 de la Ley de Salud Prepagada (2017, artículo 39), que consiste en que la parte perjudicada podrá plantear por escrito una queja contra la otra, manifestando su inconformidad, dentro del término de siete días contados desde el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Una vez, presentada la queja, en el término de ocho días, las partes podrán resolver sus diferencias. Si dentro de ese término

---

<sup>85</sup> “Art. 2.- Las cláusulas obligatorias se entenderán incorporadas en todos los contratos, y se interpretarán en favor del usuario o asegurado, sin perjuicio de que también se las incluya expresamente” (Resolución No. SCVS.INS.17.004, 10 de abril de 2017).

<sup>86</sup>Cada institución de la Red Pública Integral de Salud, será la responsable de enviar la documentación a las empresas de salud prepagada o de seguro privado, para el pago de las prestaciones de salud brindadas a sus usuarios, hasta el monto de la cobertura contratada y demás condiciones pactadas, a través del sistema informático destinado para el efecto por la Autoridad Sanitaria Nacional y conforme lo establecido en la normativa expedida por dicha Autoridad (Reglamento a la ley de Salud Prepagada, 2017, Disposición General Primera).

no existe acuerdo entre las partes, se puede iniciar el reclamo administrativo. No es necesario agotar este acuerdo directo para incoar acciones judiciales. Este acuerdo forma parte del contrato sin necesidad de que una cláusula especial lo pacte.

### **2.2.3 Elementos accidentales de los contratos de medicina prepagada.**

Los elementos accidentales, constituyen aquellas cláusulas, que no son ni de la esencia ni de la naturaleza, y que, para formar parte del contrato, deben ser agregadas por la voluntad de las partes.

“En esa virtud, mientras las cosas de la esencia y de la naturaleza se entienden incorporadas por mandato de la ley sin necesidad de pacto alguno de las partes las cosas accidentales necesitan de la estipulación de las partes para tenerlas como incorporadas al contrato” (Miranda, 1980, p. 27).

Los contratos de medicina prepagada son contratos de adhesión, por lo que en principio no existen elementos accidentales, por cuanto las partes no discuten las cláusulas que este contrato contendrá, las cláusulas vienen impuestas por una sola de las partes contractuales. Así lo ha determinado la Ex Corte Suprema de Justicia (2001):

“La formación normal de un contrato es aquella que supone una deliberación y discusión de sus cláusulas, hechas por personas que gozan de plena libertad para consentir o disentir. Este esquema típico de contrato tiene una modalidad que es el contrato de adhesión, en el cual la fase de negociación del contrato ha quedado eliminada, puesto que una de las partes fija prolijamente todas y cada una de las cláusulas, de tal suerte que a la otra no le queda otra libertad que la de dar, su consentimiento o rechazar el contrato. (...) La doctrina predominante, con la que coincide esta Sala, le reconoce carácter contractual; la circunstancia de que no haya discusión de las cláusulas, que una de las partes puede aceptar o rechazar, no elimina el acuerdo de voluntades, porque la discusión no es la esencia del contrato, lo esencial es que las partes estén de acuerdo con la oferta o que exista una declaración de voluntad común” (Gaceta Judicial 6, Serie 17, Año 2001).

Si se encuentra eliminada la fase de negociación en este contrato, las partes de mutuo acuerdo no pueden agregar cláusulas especiales al contrato, ya que estas vienen predeterminadas y la otra parte puede aceptar o rechazar totalmente la oferta.

“Los contratos de adhesión responden por lo tanto a un principio de eficiencia en el que ambas partes buscan maximizar sus recursos obteniendo los mejores resultados y en donde los costos correspondientes a la etapa de negociación no sobrepasen a la utilidad obtenida” (Ibarra, 2017, p.91).

A pesar de que, las cláusulas son predeterminadas, pueden considerarse como cláusulas accidentales las que estipulan las atenciones médicas que serán cubiertas y aquellas que se encuentran excluidas.

En principio, los contratos de medicina prepagada deberían financiar cualquier atención médica, no obstante, la ley permite que las compañías ejecuten su operación

económica a través de varios planes y modalidades, lo que en sí constituyen los productos que comercializan (Borges De Medeiros citado en Follari, 2013, p.27). En los planes que ofertan, determinan las atenciones médicas que se financiarán, el número de sesiones cubiertas para cada tratamiento médico (sesiones psicológicas, de fisioterapia, etc.), los porcentajes que le corresponde cubrir a cada parte contratante y el monto máximo de cobertura.

Como parte del servicio de medicina prepagada existen algunas prestaciones excluidas de cobertura<sup>87</sup>, por cuanto las compañías no se encuentran dispuestas a financiar todas las atenciones médicas del afiliado, para lo cual se idean distintos planes de cobertura con precios variados, de esta manera la compañía delimita el riesgo cubierto<sup>88</sup>. Estas exclusiones se detallan en anexos del contrato que forman parte íntegra del instrumento. (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículos 19,27 y 24).

Los planes de cobertura que se comercializan y las exclusiones son cláusulas accidentales, porque a pesar de que no son negociadas por las partes contractuales, los afiliados pueden decidir entre los distintos planes que oferta la compañía cual contratar, sin que aquello afecte a los elementos esenciales y de la naturaleza del contrato. Por tal motivo, las disposiciones que se incorporarán al contrato dependerán del plan que se contrate.

A partir de esta premisa inician los problemas con los afiliados, debido a que las cláusulas contractuales se prestan a diversas interpretaciones, inclusive porque la lista de prestaciones excluidas no es exhaustiva (Capito, 2006, p.11).

#### **2.2.4. Revisión a priori de los contratos de medicina prepagada.**

Las compañías de salud prepagada se encuentran bajo el control de tres entidades públicas, las cuales son: i) la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; ii) la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y de Medicina Prepagada (ACCESS), que es la autoridad sanitaria nacional; y iii) la Junta de Política y

---

87 Art. 27.- Condiciones de carácter sanitario. - Serán condiciones de carácter sanitario, las siguientes: (...) 2.- El detalle expreso de las exclusiones y no coberturas deberá constar en los anexos del contrato, que serán ampliamente difundidos, conocidos, aceptados y suscritos por el titular del contrato. En ningún caso deben constar como exclusiones las condiciones médicas preexistentes determinadas y registradas de manera unilateral por las compañías (...) (Ley de Salud Prepagada, 2016).

88 En el artículo 15 de la Ley de Salud Prepagada (2016), se delimitan los contingentes mínimos de salud que debe cubrir las compañías de medicina prepagada, sin perjuicio que la Autoridad Sanitaria Nacional (Ministerio de Salud Pública) pueda ampliarlos por motivos de política pública.

Regulación Monetaria y Financiera, que es la encargada de emitir regulaciones de carácter económico, financiero y contable; y, en relación a la metodología y forma de cálculo de las reservas técnicas<sup>89</sup>.

Dentro de la estructura orgánica de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se encuentra la Intendencia de Compañías y la Intendencia de Seguros, la primera es la encargada del control y vigilancia en el ámbito societario de las compañías de salud prepagada y la segunda es la encargada de vigilancia y control en el ámbito técnico en materia de seguros.

Mediante Resolución No. ADM-17-040, la Superintendente de Compañías, Valores y Seguros delegó a la Intendencia Nacional de Seguros la potestad de revisar y aprobar los contratos de medicina prepagada en los temas no sanitarios<sup>90</sup>. Por otro lado, la mencionada Agencia revisa y aprueba las condiciones de carácter sanitario<sup>91</sup> de los contratos y vigila la calidad de las atenciones médicas en el ámbito sanitario efectuadas por los prestadores de salud relacionados contractualmente con la compañía.

En vista de que la relación comercial nace por un contrato escrito con cláusulas predispuestas, el cual no admite una negociación entre las partes, y que responde al

---

<sup>89</sup> “La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, prevista en el Código Orgánico Monetario y Financiero, tendrá facultad para emitir regulaciones aplicables a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada, de carácter económico, financiero y contable; y, en relación a la metodología y forma de cálculo de las reservas técnicas, establecidas por esta Ley y a las que determinare la Superintendencia de Compañías, al tenor de lo previsto en el artículo 10 de este Cuerpo Legal, tomando en cuenta obligatoriamente sus características y especificidades” (Ley de Salud Prepagada, 2016, Disposición General Primera).

<sup>90</sup> “Art. 26.- Condiciones generales.- Serán condiciones generales las siguientes: 1.- Responder a normas de igualdad y equidad entre las partes contratantes; 2.- Señalamiento taxativo de la documentación indispensable para que operen las prestaciones y contraprestaciones tanto de carácter sanitario, como de carácter económico; 3.- Inclusión de cláusulas relativas a la solución de controversias, en la forma prevista en la Ley; 4.- Señalamiento taxativo de causales para la terminación anticipada de los contratos que se originen en los incumplimientos de las obligaciones contractuales tanto de la compañía como del afiliado o asegurado, observando estrictamente la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; 5.- Otras que determinen los organismos de control y regulación, de conformidad a lo establecido en esta Ley, Ley de Compañías, Código Orgánico Monetario y Financiero y demás normativa aplicable. Se tendrá por no escrita toda estipulación contractual que contradiga las disposiciones previstas en las leyes, las de los contratos tipo y sus anexos aprobados por la Autoridad Sanitaria Nacional” (Ley de Salud Prepagada, 2016).

<sup>91</sup> “Art. 27.- Condiciones de carácter sanitario. - Serán condiciones de carácter sanitario, las siguientes: 1.- Ceñir su contenido en cuanto a prestaciones sanitarias a lo establecido en esta Ley, la Ley Orgánica de Salud, reglamentos y más normativa expedida por la Autoridad Sanitaria Nacional. 2.- El detalle expreso de las exclusiones y no coberturas deberá constar en los anexos del contrato, que serán ampliamente difundidos, conocidos, aceptados y suscritos por el titular del contrato. En ningún caso deben constar como exclusiones las condiciones médicas preexistentes determinadas y registradas de manera unilateral por las compañías. 3.- Se prohíben estipulaciones contractuales, que regulen o pretendan regular la duplicidad de amparo, u otras de la misma naturaleza, bajo cualquier denominación, que tengan como propósito limitar de cualquier forma el cumplimiento de las obligaciones contractuales, principalmente en materia de financiamiento de la atención integral de salud prepagada y de cobertura de riesgos, para las compañías de seguros” (Ley de medicina prepagada, 2016).

carácter masivo del negocio, su contenido debe ser previamente revisado y aprobado por las Autoridades referidas (Ley Orgánica de Salud, 2006, artículo 183). La compañía que comercialice en base a un contrato sin aprobación incurre en una falta grave sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general. (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 52).

Para que un contrato de salud prepagada sea aprobado por la Intendencia de Seguros no debe contener las cláusulas prohibidas que se encuentran determinadas en una norma imperativa<sup>92</sup>, es decir, en el artículo 5 en la Resolución de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros No. SCVS.INS.17.004 de 10 de abril de 2017. Entre estas cláusulas se encuentran las que implican renuncia de jurisdicción o leyes que favorezcan a los usuarios, las que pretendan invertir la carga de la prueba en perjuicio del usuario, las que impongan al afiliado la obligación de solicitar autorización previa a la compañía para acceder a una atención médica contemplada dentro de la cobertura, entre otras.

“Por lo que se puede afirmar, que la ley constituye un importante límite a la autonomía de la voluntad, si se tiene en cuenta que el contenido de muchos contratos en la actualidad, resulta establecido por normas legales que imponen soluciones, a veces no consideradas y otras, ni siquiera queridas por las partes al celebrar el contrato. La ley limita, además, la función regularizadora del negocio jurídico, no solo en lo referente a si se puede o no celebrar determinado tipo de negocio, sino directamente en el contenido del contrato que se quiere celebrar, al establecer las cláusulas que no debe contener o las que debe contener” (Hernández y Guerra, 2012, p. 38).

Al tratarse de contratos de adhesión, mediante estas cláusulas prohibidas, se pretende proteger a la parte en desventaja de la relación contractual, y evitarlos abusos de las compañías que encuentran en la salud un negocio.

La Corte Constitucional (2016) ha determinado que el servicio de medicina prepagada, tiene relación directa con el derecho a la salud, por lo cual se compone de dos dimensiones:

“1) La prestación efectiva, real y oportuna del servicio médico incluido en el plan de salud; y 2) El compromiso de asumir, de forma total, los costos del servicio, por cuenta de las entidades que tienen a su cargo la prestación de dicho servicio” (Sentencia N.º 345-16-SEP-CC, Caso N.º 0457-13-EP).

---

<sup>92</sup> “La norma imperativa tiene un rango preferente, una jerarquía superior al precepto privado y a las normas supletorias o dispositivas. Su carácter coactivo impide que el sujeto no haga lo que manda hacer o haga lo que la norma prohíbe hacer. Se designa así la ley que dicta una disposición no derogable por la voluntad de los particulares. Por tanto, la norma imperativa es aquella que restringe la libertad de contratar, fija los límites de la autonomía de los particulares y eventualmente la corrige o la modifica. Puede apreciarse entonces, que la libertad de contratar significa que las partes pueden determinar cada una de las cláusulas concretas del contrato, pero respetando las normas legales imperativas del régimen contractual general y particular. Por lo que al existir una norma imperativa los particulares no pueden estipular, en el contrato, una disposición contraria” (Hernández y Guerra, 2012, p. 38).

Lo que deja en evidencia que en la salud prepagada se encuentran presentes derechos de diferente naturaleza, por un lado, los derechos patrimoniales de la compañía, y, por otro lado, se encuentran los derechos de los consumidores y su derecho al más alto nivel de salud posible.

"la salud es un bien de consumo muy particular (...) La salud, como las armas, son bienes cuyo consumo puede estimularse indefinidamente. Por principio carecen de tope. De ahí que la salud sea uno de los sectores prioritarios en toda economía de consumo. Hay que consumir salud, y hay que proteger el consumo de salud. Aquí es donde cobran sentido económico todos los códigos de derechos de los consumidores y, concretamente, los códigos de derechos de los enfermos. En conclusión, puede decirse que, desde el punto de vista económico, todos los derechos del enfermo se resumen en uno: todo hombre, tanto sano como enfermo, tiene derecho a consumir salud"(Córdoba, 1992, pág.9).

En virtud de lo cual, es factible afirmar que las compañías de salud prepagada identifican a los deterioros de la salud de sus afiliados como un negocio, de ahí que sea necesaria la intervención de la Administración Pública para resguardar los derechos de los afiliados, como un deber constitucional para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la salud "*tutelando un justo equilibrio entre el legítimo interés empresarial y los derechos y garantías de los prestatarios de los servicios de medicina prepagada*" (Considerandos de la Ley de Salud Prepagada, 2016).

La medicina prepagada se basa en el deseo de ahorro por parte de los usuarios de la salud, como lo afirma Lorenzetti.

"Todos los sistemas de captación del ahorro público (ventas por ahorro previo, seguro, medicina prepagada) tienen en común su masividad. Por esta razón el Estado interviene a fin de garantizar el interés público comprometido. Ello se hace mediante dos actividades fundamentales: la primera es el control de solvencia de las empresas que captan el ahorro a fin de evitar fraudes<sup>93</sup>; la segunda, la supervisión de los contratos que se celebran con los consumidores para evitar cláusulas abusivas. En la medicina prepagada hay, además, interés en fiscalizar la actividad misma en sus aspectos sanitarios" (como se citó en Capito, 2006, p. 4).

Como lo ha explicado Lorenzetti, el Estado interviene en estos sistemas de captación del ahorro público para precautelar el interés público comprometido y presenta dos formas de intervención, a las cuales se podría agregar la actividad administrativa arbitral, teniendo en cuenta lo manifestado por el legislador nacional:

"(...) es indispensable que la Ley (...) instituya procedimientos para la tramitación de los reclamos y recursos administrativos para la solución de controversias, para que el Estado

---

<sup>93</sup> El capital mínimo para que puedan operar estas compañías es de un millón de dólares de los Estados Unidos de América. De igual forma las compañías deben contar con requerimientos de solvencia, sobre la base de patrimonio técnico, inversiones obligatorias, así como reservas técnicas constituidas y contabilizadas, calculadas por actuarios calificados, que comprenderán: reservas de servicios prestados y no reportados, reservas de servicios prestados y reportados; y, las demás que determine la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (Ley de Salud Prepagada, 2016, art.8).

pueda ejercer a plenitud su potestad de regulación y control” (Considerandos de la Ley de Salud Prepagada, 2016).

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana ha confirmado la obligación del Estado de velar por la protección del derecho a la salud de los ciudadanos y los derechos de los consumidores en los servicios de medicina prepagada, en consonancia con los artículos 361 y 362 de la Constitución<sup>94</sup>.

### **2.3. Derecho Relacionados con la Salud Prepagada.**

En el campo en el que se desenvuelve el negocio de la medicina prepagada se correlaciona con algunos derechos fundamentales de las personas, los que merecen ser analizados para efectos de este trabajo investigativo. Se puede destacar, el derecho al goce del nivel más alto de salud posible, y los derechos de los consumidores: el primero, servirá para orientar la forma en que se debe prestar el servicio, ya que indudablemente su operación económica es la prestación de servicios de salud. Los segundos, tienen como objetivo la protección de los afiliados en su calidad de consumidores.

“Un afiliado a una empresa de medicina prepaga no es solo un consumidor sino, antes que ello, es beneficiario de un sistema de salud, en virtud de la singular trascendencia de la función social que tiene a su cargo una empresa de medicina prepaga, que se encuentra por encima de toda cuestión comercial, considerando por sobre todo los delicados intereses en juego concernientes a la integridad psicofísica, salud y vida de las personas”(Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina citado por Tambussi, 2013, p. 228).

Ahora bien, se procederá a realizar un breve análisis de estos derechos, para conocer su regulación el país, y comprender su influencia en el servicio de las compañías de salud prepagada.

#### **2.3.1. El Derecho al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud.**

En la esfera internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas<sup>95</sup>, en su observación general No. 9, precisa que se debe denominar a este derecho como, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, en vez de llamarlo como el derecho a la salud o de la protección de la salud, ya que no es

---

<sup>94</sup> Corte Constitucional Del Ecuador, Sentencia N.º 345-16-SEP-CC, Caso N.º 0457-13-EP.

<sup>95</sup> Ecuador ratificó el Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales el 6 de marzo de 1969. También ratificó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 11 de junio de 2010.

posible garantizar la salud de las personas, debido a que se puede deteriorar o perderse por distintos factores que no son controlados por los Estados Partes, como las condiciones genéticas, el medio ambiente, la adopción de estilos de vida, entre otros.

Es por ello que *“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”* (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, par 9). Sin embargo, al adoptar la expresión abreviada – derecho a la salud- se entiende que va inmersa la noción del goce al nivel más alto de salud posible<sup>96</sup>.

A nivel nacional, el artículo 32 de la Constitución consagra el derecho a la salud, lo cual automáticamente lo convierte en un derecho fundamental<sup>97</sup>, y a su vez, en un límite al desarrollo legislativo de cualquier autoridad con facultad normativa, aunque, de manera especial orienta la labor del legislador, por cuanto le impone la carga de desarrollar y no limitar el ejercicio de este derecho.

Además, la Constitución determina que este derecho se relaciona con el ejercicio de otros derechos como: el derecho al agua, a la alimentación, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a un ambiente sano, entre otros. De acuerdo a la redacción del texto constitucional, la salud debe ser concebida de manera integral. Los principios que rigen los servicios públicos y privados de salud son la equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, precaución, bioética, con enfoque de género y generacional (Ávila, 2012), axiomas que servirán de guías para el efectivo goce de este derecho.

Elaborada la referencia constitucional, es el momento de definir, el derecho que se analiza, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, para tal efecto se cita a la Ley Orgánica de Salud (2006) que en el artículo 3 define al derecho a la salud, así:

“La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables”.

---

<sup>96</sup>“Conviene puntualizar que, al igual que los demás derechos, el derecho a la salud consagra tres obligaciones para el Estado: la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de cumplir. Esta última consagra la obligación de facilitar, proporcionar y promover el acceso al derecho, así como la adopción de medidas legislativas” (Corte Constitucional, 2017, sentencia No. 380-17-SEP-CC).

<sup>97</sup>“(…) en todo derecho fundamental es posible distinguir un triple esquema de obligaciones primarias, secundarias y terciarias. A nivel primario, el Estado tiene una obligación negativa de respetar el derecho. A nivel secundario, el Estado posee obligaciones positivas de proteger el derecho. Finalmente, a nivel terciario” (Figuroa, 2013, p. 288).

A partir de esta concepción, es factible afirmar que la legislación ecuatoriana adopta la definición proporcionada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el sentido de que, la salud implica un completo estado de bienestar físico, psicológico y social. Además, *“la salud no se limitaría a la recuperación y rehabilitación de la enfermedad, sino que involucraría también acciones orientadas a mejorar la calidad de vida”* (Vivanco citado por Figueroa, 2013, p. 290).

Por tal motivo, una definición completa, la proporciona la doctrina en palabras de Squella como *“(...) el derecho a la salud sería más bien el derecho a ser asistidos tanto para prevenir la pérdida como para recuperar la salud cuando la hubiéremos perdido”* (citado por Figueroa, 2013, p. 294).

De tal manera, significa el derecho a recibir determinadas asistencias para prevenir o para tratar enfermedades, puesto que, *“el derecho a la salud no aparece como un derecho a un resultado sino como un derecho a recibir ciertas prestaciones”* (Figueroa, 2013, p.294).

De acuerdo a los considerandos de la Ley de Salud Prepagada (2016), la salud es un derecho cuyo ejercicio es garantizado por el Estado, entonces ¿Es el Estado el único responsable de proveer salud? Frente a esta interrogante, la Corte Constitucional (2017) ha determinado que: *“El Estado a través del Sistema Nacional de Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico”* (Sentencia No. 380-17-SEP-CC).

El Sistema Nacional de Salud Ecuatoriano fue desarrollado a partir de la promulgación de la Constitución en el año 2008, como el mecanismo ideado para garantizar el derecho a la salud de los ciudadanos, y como lo prescribe el artículo 359 de la Constitución:

*“El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social”.*

La característica principal de este sistema, es la segmentación entre el sector público y privado:

*“(...) servicios de salud públicos del MSP, del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), Instituto de Seguridad Social de la Policía (ISSPOL), Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) y algunos servicios de menor cobertura de gobiernos locales y otros ministerios, cada uno funcionando de manera autónoma, con su propio sistema de financiamiento, política de recursos humanos, compras, etc. Además de la existencia de una oferta de servicios privados cuyo crecimiento ha sido directamente proporcional al deterioro de los públicos”* (Malo y Malo, 2014, p.756).

Por otra parte, no se puede dejar de mencionar que en el Ecuador el derecho a la salud, está consagrado como un derecho del Buen Vivir, lo que implica “(...) *una remisión a la filosofía andina y a la noción indígena de sumak kawsay*<sup>98</sup>” (Ávila, 2012).

En fin, el derecho a la salud es un derecho fundamental que se encuentra relacionado con el giro de negocio de las compañías de Salud Prepagada, porque se dedican a comercializar la financiación y la prestación de atenciones médicas, es decir han ideado y generado un negocio en base al derecho a la salud.

### **2.3.2. Derechos de los Consumidores**

Los derechos del consumidor, surgen a raíz del desarrollo e innovación de los modos de producción, lo que condujo a que en el mercado existan cada vez más variedad de productos y servicios que satisfagan las múltiples necesidades de los seres humanos, que terminaron por acrecentar el consumo, originando sociedades de consumo y derivaron en el incremento del capital de los oferentes, productores y fabricantes (Coronel, 2014, p. 7).

Tal imperioso crecimiento condujo a que emerja una relación desigual, causada principalmente porque los fabricantes y/o proveedores aprovechan el desconocimiento técnico del consumidor y lo manipulan a través de campañas agresivas de publicidad, que algunas veces crean falsas expectativas sobre estilos de vida. Por tal motivo, se demanda de la intervención estatal para proteger a la parte débil y vulnerable de la relación comercial (Coronel, 2014, p. 8-10).

Otro tema importante, es la definición de consumidor, porque a partir de dicha definición es posible conocer qué personas son las destinatarias de la protección, ya que las relaciones comerciales entre proveedores, productores, y distribuidores, están reguladas por el derecho civil y mercantil. En consecuencia, consumidor es aquella persona natural o jurídica que no interviene en la cadena de producción y utiliza para su propio beneficio el bien o servicio, sin que le represente rédito alguno (Coronel, 2014, p.10).

---

<sup>98</sup>“(...) recupera la cosmovisión ancestral de los pueblos andinos basada en respeto a la madre tierra y valoración del bienestar colectivo como forma de construir la fortaleza del Estado y de lo público para establecer el camino hacia un desarrollo incluyente que parta de garantizar los derechos fundamentales a los ciudadanos” (Jiménez et al, 2015, p.137).

En Ecuador, los derechos del consumidor se encuentran reconocidos a nivel constitucional (artículo 52), lo que los convierte en derechos fundamentales. La Constitución recoge los principales postulados de este derecho, tales como contar en el mercado con bienes y servicios de calidad, la capacidad de los individuos de elegirlos libremente y tener acceso a información clara y precisa sobre el contenido y características de lo que se adquirirá.

Por su parte, la Corte Constitucional a través de su desarrollo jurisprudencial se ha encargado de estipular las bases sobre las que se asientan los derechos de los consumidores y las obligaciones de los proveedores y productores:

“El derecho de los usuarios y consumidores se fundamenta en el derecho de toda persona a acceder a bienes y servicios de óptima calidad, así como de su elección con libertad, basada en una información real sobre su contenido y características. En este sentido, se configura además como una obligación de los prestadores de servicios, quienes a partir de la disposición constitucional deben incluir en los bienes y servicios que ofertan una información detallada respecto de su contenido, a efectos de que las personas puedan elegir con libertad y conocimiento previo si acceden o no a ellos” (sentencia No. 303-15-SEP-CC).

A partir de la norma y la jurisprudencia citada, es factible fijar como principales derechos que amparan al consumidor a los siguientes:

- a) Derecho a la Información: Contar con al menos información relevante sobre el producto o servicio comercializado es la más auténtica y óptima forma de velar por consumidor, por cuanto la información marca la diferencia en la elección que toma el consumidor.

“Éste derecho, por supuesto, viene a ser el principal de todos, pues a mejor información que reciba de cada proveedor, mayores oportunidades tendrá el consumidor para elegir el bien o servicio que se ajuste a sus expectativas, intereses, deseos o gustos, entre todos los ofrecidos” (Salas, 2010, p.186).

El hecho de que el prestador del servicio y/o distribuidor y/o fabricante del producto sea el que cuenta con información veraz, provoca que exista una relación asimétrica, por lo tanto, al informar adecuadamente al consumidor, también lo convierte en responsable de su decisión. Por ello, las legislaciones aparte de imponer el deber a los proveedores de informar eficazmente, del mismo modo debe obligar a los consumidores a informarse sobre lo que consumen (Salas, 2010, p.188).

- b) Derecho a obtener bienes y servicios de calidad: Cuando se habla de calidad, se refiere a que dicho producto o servicio cuenta con particularidades y propiedades que los convierten en óptimos para el consumo humano, o que les proporcionan un beneficio real, pues *“los productos o servicios deben*

*responder a los usos y fines para los cuales fueron ideados, de acuerdo a lo que esperaría un consumidor razonable”* (Noda citado por Salas, 2010, p.189).

Lo mínimo que se espera, es que los productos y/o servicios no afecten, perjudiquen y no pongan en riesgo la salud y la integridad física, psicológica y emocional de los consumidores. *“(...) tiene que ver con la obligación de poner en el mercado los productos y servicios, en condiciones tales que no ocasionen daños al consumidor, en su persona y en sus bienes”* (Olmedo, 2008, p. 43).

La característica de calidad también implica cumplir con las expectativas del consumidor, es decir, está vinculada con que las necesidades de los clientes sean satisfechas<sup>99</sup>. En el Ecuador, el Sistema Ecuatoriano de la Calidad<sup>100</sup>, conformado por varias entidades públicas, se encargan de vigilar que los productos y servicios puestos en el mercado cumplan con los parámetros de calidad nacionales e internacionales.

- c) Capacidad de elegir libremente: Si bien es cierto, los oferentes pueden influir en la decisión de los consumidores a través de campañas de publicidad; al final del día, el consumidor debe estar habilitado para tomar libremente una decisión, carente de presiones por parte del mercado o porque no le queda otra opción. Es por ello que, el consumidor debe contar con la posibilidad de elegir entre variedad de productos y servicios, en un mercado que garantice la libre y leal competencia. Así, los consumidores podrán compararlos y elegir el que mejor se adapte a sus necesidades y expectativas (Tambussi, 2007 y Salas, 2010).

---

<sup>99</sup> “Ahora bien, el deber de idoneidad, por su lado, refiere a que los proveedores deben entregar los bienes y prestar los servicios tal cual como ellos se comprometieron por medio de su oferta. La justificación de este deber es que su propuso una oferta en el mercado, la que fue más atractiva para los consumidores entre todos sus competidores, debe ser cumplida a cabalidad, puesto que, hubo un factor determinante en la oferta que lo hizo inclinar por ella” (Salas, 2010, p.189)

<sup>100</sup> “Art. 8.- El sistema ecuatoriano de la calidad se encuentra estructurado por: a) Comité Interministerial de la Calidad; b) El Instituto Ecuatoriano de Normalización, INEN; c) El Organismo de Acreditación Ecuatoriano, OAE; y, d) Las entidades e instituciones públicas que, en función de sus competencias, tienen la capacidad de expedir normas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad. e) Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO). El Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO), será la institución rectora del Sistema Ecuatoriano de la Calidad. (Ley del Sistema Ecuatoriano de Calidad, 2007).

Por su parte, la doctrina aporta otros mecanismos encaminados a equilibrar la asimétrica relación entre consumidor y proveedor, tales como: gobierno corporativo<sup>101</sup>, derecho a ser indemnizado<sup>102</sup>, y procedimientos eficaces para la solución de controversias<sup>103</sup>.

Además, la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, promulgada en el Registro Oficial Suplemento No. 116 de 10 julio de 2000, también tiene como objetivo proteger al consumidor, regularizando la relación entre los productores y/o fabricantes y el consumidor y/o usuario, con el propósito de nivelar la asimétrica relación. Incluso declara que es una norma de orden público<sup>104</sup>.

Una forma de proteger a los consumidores que el legislador ha ideado es la capacidad de que cualquier persona sea legitimada activa para denunciar a los fabricantes y/o proveedores que incurran en infracciones que atenten contra los derechos del consumidor, es decir que cualquier persona puede denunciar sin ser los afectados directos (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, artículo 88).

La Ley de Defensa del Consumidor también consagra el principio *pro consumatore*; el cual postula que en concurrencia de disposiciones normativas de distinta naturaleza que sean aplicables, se debe optar por la que más beneficie al consumidor, aunque sea jerárquicamente inferior (Coronel, 2014, p.27).

---

<sup>101</sup> “la responsabilidad social corporativa se compone de cuatro categorías: la responsabilidad económica (generar utilidades con eficiencia), la responsabilidad legal (respetar las normas y las regulaciones), la responsabilidad ética (actuar más allá de lo estrictamente exigido por las normas) y la responsabilidad filantrópica (contribuir al bienestar de la comunidad) (...) El gobierno corporativo, la ética empresarial y la responsabilidad social corporativa son los nuevos referentes para la actuación de las empresas en el mercado, que, entre otras cuestiones, hacen énfasis en la revaloración del rol del consumidor”(Echaiz, 2012,p. 111, 121).

<sup>102</sup> Es un derecho de los consumidores a exigir una compensación cuando han sufrido daños y perjuicios físicos y/o patrimoniales a causa de la adquisición de bienes o servicios defectuosos y de mala calidad (Salas, 2010, p.187).

<sup>103</sup> “El tipo de conflictos y su especial relación con la satisfacción de elementales necesidades humanas hacen imprescindible la existencia de un sistema rápido, eficaz, económico, y garantista para la instrumentación procesal de la defensa de estos derechos (...) Estos, a su vez tienen que cumplir con el requisito de eficacia, que implica la posibilidad de obtener una respuesta del sistema a sus reclamos en tiempo, modo y condiciones de acceso que no desnaturalicen la protección de los derechos.” (Tambussi, 2007, p.VII-6; VII-12).

<sup>104</sup> “Por su parte, el orden público en tanto que realidad social, es la resultante del respeto, por todos los habitantes, de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia, sobre los que reposa la organización de una colectividad determinada. Más concretamente, resulta de la observancia de un conjunto de normas jurídicas, cuyo cumplimiento indispensable para preservar el mínimo de condiciones necesarias para una convivencia normal. En otros términos, son aquellas normas jurídicas cuya observancia es necesaria para el mantenimiento de un mínimo de condiciones indispensables para la normal convivencia y que, por lo tanto, no pueden ser dejadas de lado por los particulares” (Orden Público, s.f.).

Adicionalmente, permite que los consumidores que se creyeren perjudicados acudan a la Defensoría del Pueblo para solicitar información y asesoría sobre sus derechos (Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, 1997, artículos 17 y Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, artículos 81,82, 83).

Por otra parte, los consumidores tienen que cumplir obligaciones<sup>105</sup> que en conjunto con sus derechos, permiten protegerlos de los eventuales abusos por parte de las grandes corporaciones, inclusive porque el consumidor, *“debe tener presente que él también tiene una responsabilidad social y considerar el impacto que su conducta tiene en las relaciones de mercado”* (Estigarribia, 2009, p. 63).

El objetivo principal de las obligaciones del consumidor es que el Estado no se convierta en paternalista, y pueda cumplir con un rol regulatorio, en vista de que los consumidores deben participar activamente en la protección y cuidado de sus derechos (Trazegnies, 2010, p.335).

A nivel internacional la Organización de las Naciones Unidas (2016) aprobó las Directrices para la Protección del Consumidor, que constituyen meras recomendaciones o guías que pueden ser aplicadas por los Estados partes para la protección de los consumidores. Estas directrices son:

“i) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; ii) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; iii) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas, conforme a los deseos y necesidades de cada cual; iv) La educación del consumidor, v) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor; y, v) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que les afecten” (Prado, 2017,p. 7).

Todas estas medidas sirven como mecanismos que aspiran disminuir las desigualdades presentes en la asimétrica relación entre consumidores y proveedores, que son necesarias sobretudo en sociedades estructuradas en base al consumo.

Por todas estas razones, los afiliados a una prestadora de servicios de salud prepagada deben ser catalogados y protegidos como consumidores, debido a que son los beneficiarios directos del servicio de salud prepagada y no intervienen en la cadena de

---

<sup>105</sup>Estas obligaciones se encuentran determinadas en el artículo 5 de la Ley de Defensa del Consumidor. “Art. 5.- Obligaciones del Consumidor.- Son obligaciones de los consumidores: 1. Propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios; 2. Preocuparse de no afectar el ambiente mediante el consumo de bienes o servicios que puedan resultar peligrosos en ese sentido; 3. Evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos; y, 4. Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor,2000).

producción y/o de prestación del servicio, del mismo modo cuentan con información limitada respecto del servicio que contratarán. Es más, tienen toda su confianza depositada en las compañías de salud prepagada de que en el momento en el que sufran un contingente de salud o simplemente requieran prestaciones médicas para prevenir y diagnosticar enfermedades, contarán con un respaldo para el financiamiento de todas las atenciones médicas que requieran.

Todas estas protecciones al consumidor van acompañadas de obligaciones, como el deber de informarse sobre el servicio que contratan para no crearse falsas expectativas sobre el mismo.

Lo que conlleva, una vez más, a referirse a la vulnerabilidad en la que se encuentra un afiliado a una compañía de salud prepagada, al ser consumidores de salud sujetos a eventuales negativas de cobertura de las atenciones médicas necesarias para conservar su salud.

### **CAPÍTULO III: LA SALUD PREPAGADA Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL**

Para abordar este último punto de la disertación, se debe recordar lo que se concluyó en el primer capítulo; que la actividad administrativa arbitral es una función administrativa y no jurisdiccional. A partir de dicha afirmación, en este capítulo se pretende evidenciar que la actividad administrativa arbitral produce dos grandes efectos: i) perjudica los intereses de los administrados, y/o usuarios, y/o afiliados de una compañía de salud prepagada, y ii) conduce a que la Administración Pública desatienda las funciones que debe cumplir para tutelar el interés general.

En este capítulo se evidenciará que la administración puede ejecutar otras funciones, para precautelar el derecho a la salud de sus administrados comprendido en el negocio de las compañías de salud prepagada, como son las funciones de vigilancia y control, sin necesidad de ejecutar la denominada actividad administrativa arbitral (convertirse en un tercero imparcial que resuelve una controversia), ya que incluso cuenta con una potestad sancionadora para cumplir con sus fines, conforme se describirá a continuación.

#### **3.1. Materialización de la actividad administrativa arbitral al resolver controversias derivadas de un contrato de salud prepagada.**

En el primer capítulo se dejó en evidencia como se ejecuta la actividad administrativa arbitral en abstracto, ahora corresponde estudiar y profundizar específicamente como se ejecuta esta actividad con relación a los servicios de salud prepagada.

La principal razón por la cual la actividad administrativa arbitral se diferencia de la jurisdicción, es por el régimen jurídico que se aplica a cada una de las decisiones que ponen fin al conflicto entre particulares. Así, el resultado de la función jurisdiccional es una sentencia y el resultado de la actividad administrativa arbitral es un acto administrativo.

De las distintas formas a través de las cuales la administración puede expresar su voluntad<sup>106</sup>, se categoriza como acto administrativo, cuando la administración pública, en la persona del Intendente Nacional o Regional de Seguros, resuelve una controversia entre un afiliado y una compañía de salud prepagada, por las siguientes razones:

### 3.1.1. Definición de Acto Administrativo.

Es preciso indicar que la noción de acto administrativo tomó importancia por sus corolarios efectos a nivel procesal, pues con el nacimiento de la jurisdicción administrativa en 1968, era necesario diferenciar las actuaciones de la administración y la de los particulares, para tener certeza sobre el juez competente para conocer y resolver cada controversia (Zurita, 2015, p. 17).

El acto administrativo ha sido objeto de extensivos análisis por parte de la doctrina (Dromi, Cassagne, Parada, Nieto, García, Landa y Pérez), no obstante, la definición legal que proporciona el COA (2017) en su artículo 98 es comprensible y completa:

“Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo”.

En la definición va implícito el principio de legalidad, que rige toda labor de la Administración Pública, cuando indica que la declaración unilateral proviene del ejercicio de una función administrativa, para lo cual es necesario que la ley haya determinado el órgano competente para ejercer dicha función.

“(…) si bien existe la declaración de voluntad en el acto administrativo, no existe la libertad negocial propia del derecho privado, pues *la voluntad de la Administración y del particular se encuentran objetivamente condicionadas por el principio de legalidad y por el fin de interés público*, que persigue el acto administrativo conforme a la potestad que le atribuye la ley, fin que no es otro que la realización del bien común (...), también difiere el acto administrativo del acto jurídico privado en punto a la aptitud para emitirlo. En efecto, el principio básico de permisión que rige la capacidad de las personas físicas en derecho privado (todo lo no prohibido está permitido) aparece sustituido por *el principio de la competencia ordenada según la regla de la especialidad y los fines públicos que procura el acto administrativo*” (Énfasis añadido) (Cassagne, 2013, p.27).

En atención al principio de legalidad, el acto administrativo también es la aplicación de las disposiciones normativas en asuntos concretos (Meilán, 2017, p. 568).

---

106“Art. 89.- Actividad de las Administraciones Públicas. Las actuaciones administrativas son: 1. Acto administrativo 2. Acto de simple administración 3. Contrato administrativo 4. Hecho administrativo 5. Acto normativo de carácter administrativo Las administraciones públicas pueden, excepcionalmente, emplear instrumentos de derecho privado, para el ejercicio de sus competencias” (COA, 2017).

Adicionalmente, el COA dispone que el acto administrativo es unilateral, lo que significa que es una expresión de voluntad de la administración, siendo suficiente que la administración se pronuncie, para que dicho pronunciamiento sea de obligatorio cumplimiento, sin que tenga importancia la aceptación de su receptor. A pesar, de que incide directamente en la situación jurídica del administrado<sup>107</sup>.

Del mismo modo, para que una expresión de la voluntad sea considerada como un acto administrativo es necesario que la misma se extinga con su cumplimiento, es decir, que no sea permanente en el tiempo (Becilla, 2018, p.192).

Entonces, cuando la administración ejecuta su actividad administrativa arbitral al resolver un conflicto derivado de un contrato de salud prepagada, lo hace mediante un acto administrativo, ya que la Intendencia de Seguros es un órgano de la administración pública, quién en virtud de una función administrativa emite un pronunciamiento para resolver la controversia puesta en su conocimiento, el cual produce efectos jurídicos tanto para el afiliado como para la compañía de salud prepagada. Así mismo, cuando las partes destinatarias del pronunciamiento cumplen con la declaración administrativa, esta deja de producir efectos jurídicos.

En realidad, la decisión de la Intendencia de Seguros constituye un acto administrativo por su consecuencia procesal, ya que esta resolución puede ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contenciosa administrativa. También, porque la resolución goza de presunción de legitimidad y goza de ejecutividad y de ejecutoriedad (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 42 y 43).

### **3.1.2. Elementos del Acto Administrativo que resuelve un reclamo derivado de un contrato de salud prepagada.**

Los elementos del acto administrativo son los componentes necesarios para dotarlo de legitimidad y, los que serán determinantes para que esté viciado. El autor Agustín Gordillo (2012) ilustra que: *“el tratamiento de los elementos del acto administrativo presupone explicar las condiciones de su legitimidad, y con ello, los posibles vicios que los pueden afectar”* (p. EAA-IV-1).

---

<sup>107</sup>Por situación jurídica, se entiende a “las posiciones que ocupan los sujetos que participan en una relación jurídica, (...) ha sido tradicional distinguir entre situaciones jurídicas de poder (o activas) y situaciones jurídicas de deber (o pasivas)” (Herreros, 2003, p. 6).

Los elementos que componen los actos administrativos no han quedado exentos de extensas discusiones a nivel doctrinal, sin embargo, se analizarán los requisitos de validez que determina el COA, porque aquellos representan los elementos requeridos por el ordenamiento jurídico, y serán los que traigan consigo consecuencias jurídicas.

A la resolución que emite la Intendencia de Seguros para dirimir la controversia suscitada entre un afiliado y una compañía de salud prepagada, se le aplica el régimen jurídico de los actos administrativos, por lo tanto, debe cumplir con los requisitos de validez que determina el COA en su artículo 99.

“Art. 99.- Requisitos de validez del acto administrativo. Son requisitos de validez: 1. Competencia, 2. Objeto, 3. Voluntad, 4. Procedimiento, 5. Motivación.”

Si el acto administrativo no cumple con los requisitos de validez referidos, puede ser objeto de impugnación en sede judicial o en sede administrativa, para solicitar que se declare su nulidad o que sea convalidado.

### **3.1.2.1. Competencia.**

La competencia puede ser definida como *“el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar”* (Gordillo, 2012, p. EAA-IV-3). La competencia se relaciona directamente con el principio de legalidad, ya que la ley legitima a determinado órgano para que en ejercicio de una función administrativa pueda ejecutar ciertas potestades para cumplir con sus fines, por cuanto *“la potestad se encuentra limitada y condicionada al fin que la justifica”* (Meilán, 2018, p.588).

Antes de continuar, se debe establecer que una potestad es *“la posición de poder atribuida por el ordenamiento para satisfacer intereses de terceros”* (Herreros, 2003, p.7). Es por ello, que la Administración Pública no tiene derechos subjetivos, pues ella únicamente está dotada de potestades para tutelar y satisfacer el interés general.

En el caso de los reclamos sobre la aplicación y cumplimiento de un contrato de salud prepagada, la ley de la materia ha determinado que el órgano competente para dirimir la controversia es el Intendente de Compañías (artículo 42). Sin embargo, no es suficiente indicar el órgano competente, puesto que la competencia puede ser en razón del territorio, del grado, de la materia y del tiempo.

Para continuar con el análisis sobre la competencia de la Intendencia de Seguros, es necesario establecer las Intendencias que forman parte de la organización de la

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, lo que se realiza a través del siguiente mapa conceptual.

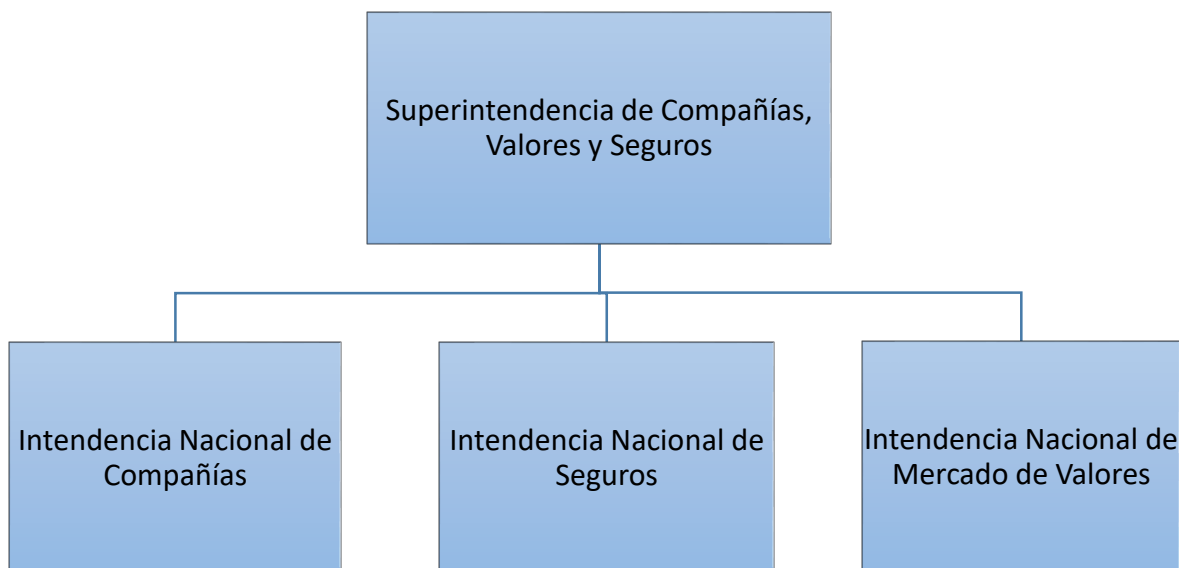


Figura No. 1. Mapa Conceptual de las Intendencias de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Fuente: Elaboración propia.

Una de las características de la competencia es que es improrrogable, factor determinante para la competencia en razón del grado, la cual responde a la organización jerárquica de la administración. Por lo tanto, dentro de esa organización jerárquica el órgano inferior no puede ejercer una facultad que le corresponde al superior, y en el sentido contrario (Gordillo, 2012, p.EAA-IV-3).

En ese sentido, el Intendente de Compañías es el órgano competente para resolver el reclamo en primera instancia, y en el caso de que se interponga un recurso de apelación, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, será el competente para resolver el recurso.

Forma parte del análisis de la competencia en razón del grado, la posibilidad que tienen los órganos administrativos de transferir su competencia. Si bien es cierto, la competencia es improrrogable, pero puede ser transferida en los casos que la ley lo

permita expresamente, bajo las figuras de: delegación, avocación<sup>108</sup>, suplencia<sup>109</sup>, subrogación<sup>110</sup>, descentralización<sup>111</sup> y desconcentración<sup>112</sup> (COA, 2017, artículo 68). En la organización administrativa se privilegia la transferencia de la competencia para lograr oportuna gestión de la administración, como el COA lo establece en su artículo 7.

“Art. 7.- Principio de desconcentración. La función administrativa se desarrolla bajo el criterio de distribución objetiva de funciones, privilegia la delegación de la repartición de funciones entre los órganos de una misma administración pública, para descongestionar y acercar las administraciones a las personas”.

De los supuestos en los que se puede transferir de la competencia, es pertinente para el objeto planteado por esta disertación, analizar únicamente a la delegación, ya que a través de ella se evidenciarán los inconvenientes que genera la actividad administrativa arbitral dentro de los reclamos derivados de un contrato de salud prepagada.

Si bien es cierto, la delegación forma parte de la organización administrativa y se encuentra permitida dentro del ordenamiento jurídico nacional, existen casos en los que está prohibida expresamente, como lo determina el COA (2017) en su artículo 72.

“Art. 72.- Prohibición de delegación. No pueden ser objeto de delegación:

1. Las competencias reservadas por el ordenamiento jurídico a una entidad u órgano administrativo específico. 2. Las competencias que, a su vez se ejerzan por delegación, salvo autorización expresa del órgano titular de la competencia. 3. La adopción de disposiciones de carácter general. 4. La resolución de reclamos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de dicho reclamo. En ningún caso, el objeto de la delegación de gestión puede referirse a prestaciones en los contratos públicos, cuando se la instrumenta con respecto a una contraprestación dinerada”.

En el resto de supuestos que no se encuentren previstos en el artículo 72 del COA, la autoridad administrativa se encuentra facultada para delegar su competencia en cualquier momento, sin embargo, la decisión adoptada por el delegado se considera

---

<sup>108</sup> “Art. 78.- Avocación. - Los órganos superiores pueden avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda, ordinariamente o por delegación, a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente o necesario. La avocación se notificará a los interesados en el procedimiento, con anterioridad a la expedición del acto administrativo” (COA, 2017).

<sup>109</sup> “Art. 81.- Suplencia. Las competencias de los órganos administrativos pueden ser suplidas en caso de ausencia temporal. La suplencia se regula a través de los instrumentos de organización, funcionamiento y procesos de la respectiva administración pública” (COA, 2017).

<sup>110</sup> “Art. 82.- Subrogación. Las competencias de un órgano administrativo pueden ser ejercidas por el jerárquico inferior en caso de ausencia del jerárquico superior. La subrogación únicamente se aplicará en los casos previstos en la ley” (COA, 2017).

<sup>111</sup> “Art. 83.- Descentralización. La descentralización de la gestión del Estado consiste en la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias, con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde la administración pública central hacia los Gobiernos Autónomos Descentralizados, a través del procedimiento previsto en la ley”.

<sup>112</sup> “Art. 84.- Desconcentración. La desconcentración es el traslado de funciones desde el nivel central de una administración pública hacia otros niveles jerárquicamente dependientes de la misma, manteniendo la primera, la responsabilidad por su ejercicio” (COA, 2017).

tomada por el delegante (COA, 2017, artículo 72); en otras palabras, el delegante no pierde su competencia a causa de la delegación, ya que la puede recuperar en cualquier momento, por lo que es su responsabilidad supervisar el ejercicio del objeto de la delegación.

Adicionalmente, cuando se efectúe la delegación, el delegante debe cumplir con los siguientes requisitos: i) identificar a quién delega su competencia, ii) especificar la atribución para delegar dicha competencia, iii) determinar las competencias que delega y los actos que debe ejecutar para su cumplimiento, iv) indicar que decisiones puede adoptar y v) de ser necesario indicar el plazo o la condición (COA, 2017, artículo 70). Es una obligación del delegante hacer pública la delegación por los medios de difusión institucional.

La delegación se puede hacer en favor de: i) órganos o entidades que jerárquicamente dependientes del delegante, ii) órganos o entidades de otras administraciones<sup>113</sup>, y excepcionalmente a iii) sujetos de derecho privado cuando alguna ley especial lo permita (COA, 2017, artículo 69).

Es importante enfatizar que la delegación solo tendrá lugar cuando el ordenamiento jurídico nacional la permita explícitamente, de conformidad con el principio de legalidad, que postula que en derecho público *quae non sunt permise prohibita intelliguntur*<sup>114</sup>, la administración pública solo puede realizar lo que el ordenamiento jurídico explícitamente le ha permitido, es decir, lo que no está expresamente permitido se entiende prohibido (Constitución, 2008, artículo 226).

Por su parte, el Intendente de Compañías, no se encuentra facultado para delegar la competencia para resolver un conflicto derivado de un contrato de salud prepagada entre un afiliado y la prestadora del servicio. Esta competencia no puede ser objeto de delegación, por cuanto la norma objetiva no estipula expresamente que es delegable.

No obstante, el Intendente de Compañías, mediante resolución No. ADM-2017-170 de 3 de noviembre de 2017, delegó su competencia de dirimir administrativamente los reclamos que surjan de la aplicación de los contratos de salud prepagada al Director Nacional de Normativa y Reclamos de la Intendencia Nacional de Seguros (artículo 1), de acuerdo a la siguiente distribución en razón de la cuantía del reclamo:

---

113 “(...) Esta delegación exige coordinación previa de los órganos o entidades afectados, su instrumentación y el cumplimiento de las demás exigencias del ordenamiento jurídico en caso de que existan (...)” (COA, 2017, artículo 69).

114 Lo que no está permitido se considera prohibido.

- i) El Subdirector de Normativa y Reclamos de la Intendencia Regional de Seguros de Quito será competente para resolver los reclamos con una cuantía de hasta de veinte y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América.
- ii) El Director Regional de Seguros de Quito será competente para resolver los reclamos con una cuantía superior a los veinte y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América hasta los setenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América.
- iii) El Director Nacional de Normativa y Reclamos de la Intendencia Nacional de Seguros será competente para resolver los reclamos con una cuantía superior a los setenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América

A pesar de que, la ley determina que la autoridad competente para dirimir el conflicto entre un afiliado y una compañía de salud prepagada es el Intendente de Compañías del domicilio del reclamante, en adelante se señalará como órgano resolutor a la Intendencia de Seguros, por ser el órgano que se encuentra resolviendo estos reclamos de acuerdo a la mencionada resolución.

Con respecto a la competencia en razón del territorio, se refiere a las delimitaciones geográficas dentro de las cuales un órgano puede ejercer sus potestades. En la resolución No. ADM-2017-170 de 3 de noviembre de 2017, se determina que los reclamos pueden ser receptados en cualquier oficina de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Pero, para resolverlos deben ser remitidos a las provincias de Quito y Guayaquil, de acuerdo a la siguiente distribución:

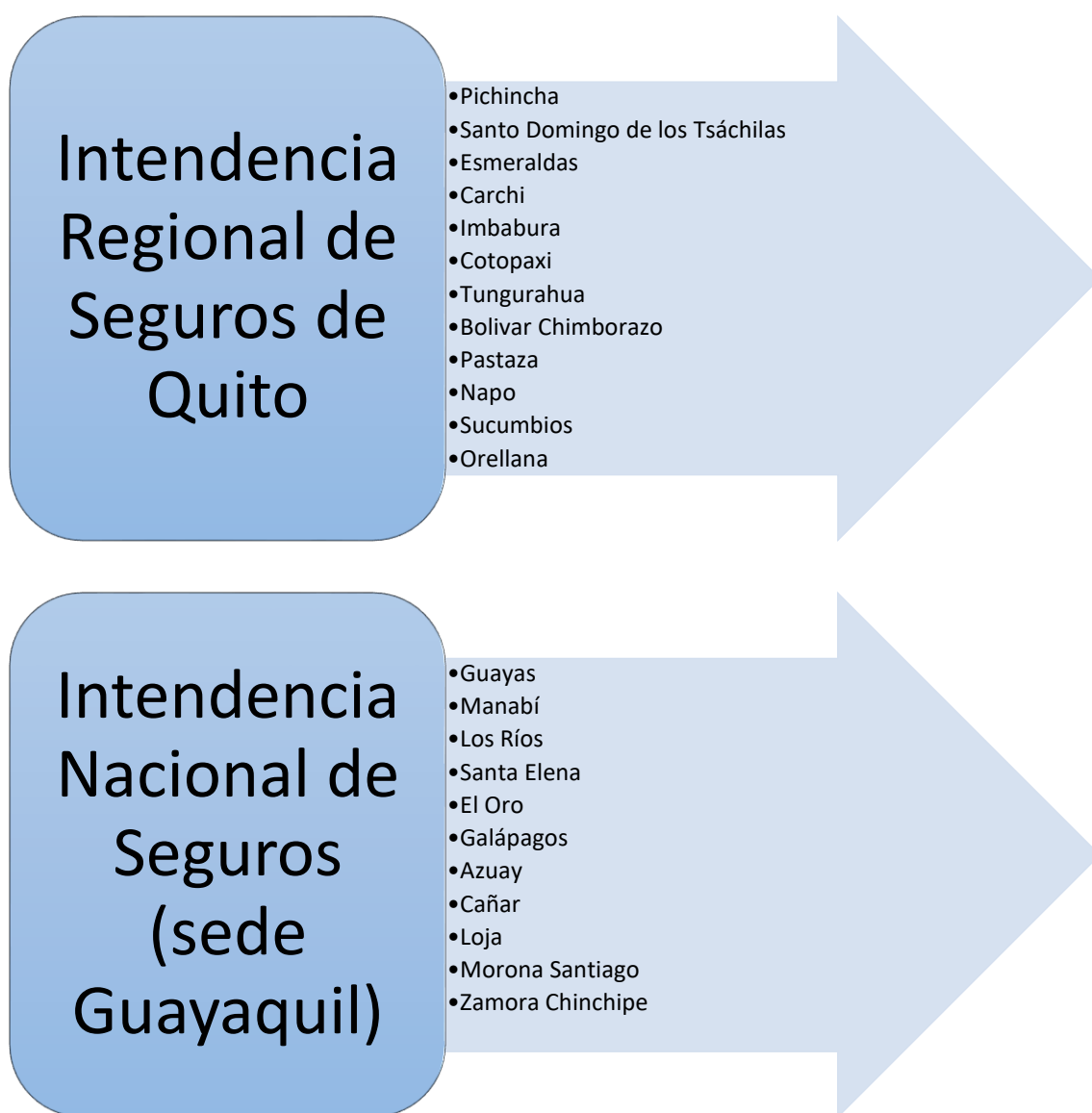


Figura No. 2. Esquema Geográfico de la Intendencia de Seguros. Fuente: Elaboración propia. Basado en Resolución No. ADM-2017-170 de 3 de noviembre de 2017.

La Ley de Salud Prepagada determina que, para resolver los reclamos derivados de un contrato de salud prepagada es competente el Intendente de Compañías del domicilio del afiliado, no obstante, en virtud de la delegación antes analizada y de acuerdo al esquema que antecede, dependiendo de la provincia del domicilio del afiliado será competente el Intendente Nacional de Seguros o el Intendente Regional de Seguros de Quito.

Como se ha dejado en evidencia, la Intendencia de Seguros no se encuentra presente con una oficina en todas las provincias del país, si bien es cierto, que se puede presentar el reclamo en cualquier oficina de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; que dicho sea de paso no cuenta con oficinas en todas las provincias, el afiliado tendrá que trasladarse a alguna provincia cercana para poder presentar el reclamo y para poder revisar el expediente tendrá que trasladarse a Quito o Guayaquil, con todos los costos que aquello implica.

Por su parte, la competencia en razón del tiempo, se refiere a que la ley ha establecido que el órgano será competente durante un determinado tiempo y si no ha ejercido su potestad dentro de ese período se convertirá en incompetente. De acuerdo con este postulado, la Ley de Salud Prepagada ha determinado que la Intendencia de Seguros deberá resolver el reclamo en 45 días contados a partir de la fecha de su presentación. En cambio, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros será competente para resolver el recurso de apelación dentro de 30 días contados desde la recepción del expediente.

En cuanto a la competencia en razón de la materia, puede ser conceptualizada como *“las actividades o tareas que debe desempeñar el órgano, es decir, al objeto de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlas”* (Gordillo, 2012, p. EAA-IV-5). En virtud de lo cual, la Intendencia de Seguros será competente para resolver exclusivamente sobre la aplicación y cumplimiento de los contratos de salud prepagada, y sobre las preexistencias no declaradas por los afiliados (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 42). Por lo cual, no será competente en razón de la materia por ejemplo para conocer asuntos de naturaleza extracontractual.

### **3.1.2.2. Objeto.**

El objeto del acto administrativo, en palabras del autor Luis Humberto Delgadillo (citado por Fernández, 2016, p. 138)

*“se identifica como la materia o contenido del acto, el cual (...) debe ser cierto y jurídicamente posible, es decir, que la materia a que se refiere el acto sea real y pueda ser objeto de la actuación de la administración de acuerdo con la ley”*

El objeto del acto administrativo constituye su contenido, el cual puede determinar que obligación se debe cumplir o que conducta no se debe hacer o el derecho subjetivo que se concede. Es lógico que el objeto deba ser jurídicamente y físicamente posible, porque la Administración Pública no debe imponer la obligación o autorizar al administrado para cometer un ilícito e imponer obligaciones que vayan en contra de las leyes de la naturaleza.

Jorge Fernández Ruiz (2016) agrega que el objeto debe ser *“lícito, cierto, determinado, física y jurídicamente posible, razonable y moral”* (p.138). Es elemental que el objeto del acto administrativo sea determinado, porque de esa manera el administrado puede conocer con exactitud y tener certeza de la obligación o la autorización

que se le ha concedido, para evitar interpretaciones extensivas o restrictivas que lo perjudiquen.

En el caso particular, cuando la Intendencia de Seguros resuelve sobre un reclamo derivado de un contrato de salud prepagada, lo puede rechazar o en su defecto aceptarlo total o parcialmente. El objeto del acto administrativo quedará atado directamente a la petición que formule el afiliado o la compañía.

A manera de ejemplo, si un afiliado presenta un reclamo solicitando que la compañía le cubra los exámenes de diagnóstico de cualquier patología, el objeto del acto administrativo será la obligación de que la compañía le financie de acuerdo a los montos de cobertura establecidos en el contrato los exámenes de diagnóstico.

### **3.1.2.3. Voluntad.**

La voluntad es *“la parte intelectual de una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa”* (Becilla, 2018, p.192), la cual debe carecer de vicios, tales como error, violencia, dolo (Cassagne,2013, p. 243-245) o cualquier otro vicio.

Efraín Pérez (citado por Becilla, 2018) considera que la voluntad no debe figurar como un elemento del acto administrativo, porque se trata de transpolar al principio de autonomía de la voluntad del Derecho Privado, la cual no puede existir en el ejercicio de funciones administrativas, ya que ahí existen competencias, por lo que se tiene que hacer lo que por ley se deba.

Obviando la discusión doctrinaria, el COA incorpora a la voluntad como un elemento del acto administrativo, por tal elemento se entenderá en palabras de Carlos Becilla (2018) que:

“todo acto administrativo, ya sea expreso o tácito, debe de contener una voluntad inmersa y que esa voluntad sea clara que el ciudadano pueda recurrirla o ejecutarla. Así pues, si vamos a asumir la voluntad dentro de un acto administrativo tácito, la voluntad será la que la ley plasme” (p.192).

De acuerdo a la voluntad como elemento del Acto Administrativo, la Intendencia de Seguros, para resolver el reclamo presentado, debe estar en la capacidad de decidir libremente si acepta o rechaza el reclamo, siendo indispensable que su ejercicio volitivo no esté viciado por error, fuerza, dolo o cualquier otra causa, y el resultado de dicho ejercicio lo debe plasmar expresamente en la resolución que emita.

En este punto se debe mencionar con amplia crítica, que la voluntad de la Intendencia de Seguros, en la mayoría de casos estaría viciada, porque no hay que perder

de vista que la misma Intendencia de Seguros es competente para resolver conflictos contractuales, y también es la encargada de aprobar los mismos contratos. Entonces, la voluntad de la Intendencia no será imparcial porque estaría asumiendo su impericia y responsabilidad de haber aprobado un contrato que menoscababa los derechos de los consumidores y/o afiliado y/o administrados.

O peor aún, puede darse el caso que una de las directrices que la Intendencia de Seguros solicitó a una compañía de salud prepagada que agregue o modifique en determinada cláusula, para que el contrato sea aprobado, resulta que esa cláusula que, en principio, cumple con las órdenes de la Intendencia, es en la que se basa el reclamo del afiliado.

Esto ha sido advertido por la doctrina colombiana, específicamente el autor Carlos Mauricio García (2012), quien afirma que:

“De igual forma, y por el ejercicio de la importante función administrativa de inspección, vigilancia y control, pueden presentarse casos donde el ánimo del funcionario que ejerce la jurisdicción no sea sereno e imparcial frente a la determinación que debe tomar, o bien porque, entre otras razones que pueden afectar el ánimo imparcial con que debe enfrentar cada controversia un funcionario judicial, ya tiene un preconceito del asunto porque lo conoció en ejercicio de funciones administrativas, o bien porque los hechos investigados se desarrollaron en cumplimiento de oficios, circulares o directrices de la entidad, y en su ejecución se causaron los daños que se pretenden resarcir (...) O, en otra hipótesis de las múltiples que se podrían plantear, si la Superintendencia de sociedades tiene dentro de sus funciones administrativas la expedición de normas técnicas especiales, interpretaciones y guías en materia de contabilidad y de información financiera, y de aseguramiento de información dentro de los límites fijados en la ley, ¿existirá ánimo imparcial en el funcionario que deba resolver la controversia jurisdiccional, cuando los hechos involucren daños causados por la aplicación o el cumplimiento de las citadas directrices administrativas?”(p. 32).

Entonces, la voluntad de la Intendencia de Seguros se verá viciada por falta de imparcialidad, al hallarse imposibilitada de resolver libremente el reclamo, su libertad se encontrará condicionada a demostrar que realizó adecuadamente su función cuando aprobó el contrato de salud prepagada o cuando emitió directrices de diversa índole. Inclusive es posible que la compañía presente como argumento que por seguir las directrices que ordenó el propio Intendente de Compañías se ocasionó el reclamo.

#### **3.1.2.4. Procedimiento.**

Para definir al procedimiento se lo hará en palabras de Jorge Fernández (2016), quien indica que el procedimiento es:

“el conjunto de actos metodológicamente articulado con el propósito específico de regular la intervención de quienes pueden participar en la conformación o impugnación de toda declaración de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, destinada a producir efectos jurídicos respecto de casos individuales específicos (p.155).”

El procedimiento ha sido impuesto como un requisito de la formación de la voluntad de la Administración Pública por cumplir con un fin tuitivo, pues a través de él se aseguran la vigencia de los derechos de los intervinientes y también asegura la eficiencia de la gestión administrativa (Ivanega, 2011, p. 157).

Usualmente el procedimiento administrativo se ha caracterizado por tener una estructura lineal, donde la administración adopta un doble papel, siendo al mismo tiempo juez y la parte encargada de recolectar las pruebas y de impulsar el procedimiento. Entonces, en el procedimiento administrativo intervienen dos partes, la administración y uno o varios administrados. En contraste con el procedimiento administrativo lineal, se consiente una fisonomía triangular del procedimiento, y así la Administración Pública *“aparece decidiendo un conflicto entre administrados, de manera que carece en absoluto de la condición de parte, pues es totalmente ajena a la relación jurídica discutida”* (Tirado, 2001, p. 222).

Precisamente, esta nueva forma de procedimiento es la que se adopta en la actividad administrativa arbitral que se analiza, pues en él participan tres sujetos; i) el afiliado, ii) la compañía de salud prepagada, y finalmente se encuentra iii) la Intendencia de Seguros, como órgano resolutor.

Sin importar que se trata de un moderno procedimiento, *“pensado para una hipótesis particular y concreta cuyo contenido aconseja una tramitación distinta de la general”* (Tirado, 2001, p.224), el objeto del procedimiento se mantiene en organizar los pasos que la administración debe seguir para emitir una declaración legítima.

Hay que mencionar además que este procedimiento es de naturaleza constitutiva porque *“(...) tiene como principal propósito el dictado de un acto administrativo final que resuelva la petición del gestionante o de la parte interesada, ya sea en un sentido favorable o en uno desfavorable”* (Rojas, 2011, p.181).

Sobre el procedimiento aplicable a los reclamos administrativos derivados de los contratos de Salud prepagada, se presenta una antinomía real, puesto que el COA estipula un nuevo procedimiento para formar la voluntad de todos los órganos estatales que ejecuten funciones administrativas. No obstante, la Ley de Salud Prepagada ya establecía un procedimiento para estos casos. Como resultado se presenta una contradicción entre

una ley general posterior (COA) y una ley especial anterior (Ley de Salud Prepagada), para resolver esta antinomía es necesario recurrir a los criterios de resolución de antinomías.

Para tal efecto, hay que tener presente que la Ley de Salud Prepagada (2016), indica en su artículo 40 que las controversias que se suscitan entre los contratantes se resolverán de acuerdo al procedimiento previsto en dicha ley e indica que estas normas procedimentales prevalecerán sobre las constantes en otros cuerpos normativos.

Al margen de la imposición de la ley, la antinomía presentada se resuelve en base al criterio de especialidad, como lo indica Miriam Henríquez (2013):

“el conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico sucede entre una norma anterior-especial incompatible con una norma posterior-general. (...) Previamente, hemos señalado que la ley posterior general no deroga la ley anterior especial, conforme a tal afirmación todo indica que el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico se resuelve a favor del primero (p. 472).”

De acuerdo al criterio de especialidad, para que la Intendencia de Seguros resuelva una controversia derivada de un contrato de salud prepagada debe aplicar el procedimiento previsto en los artículos 41 y 42 de la Ley de Salud Prepagada:

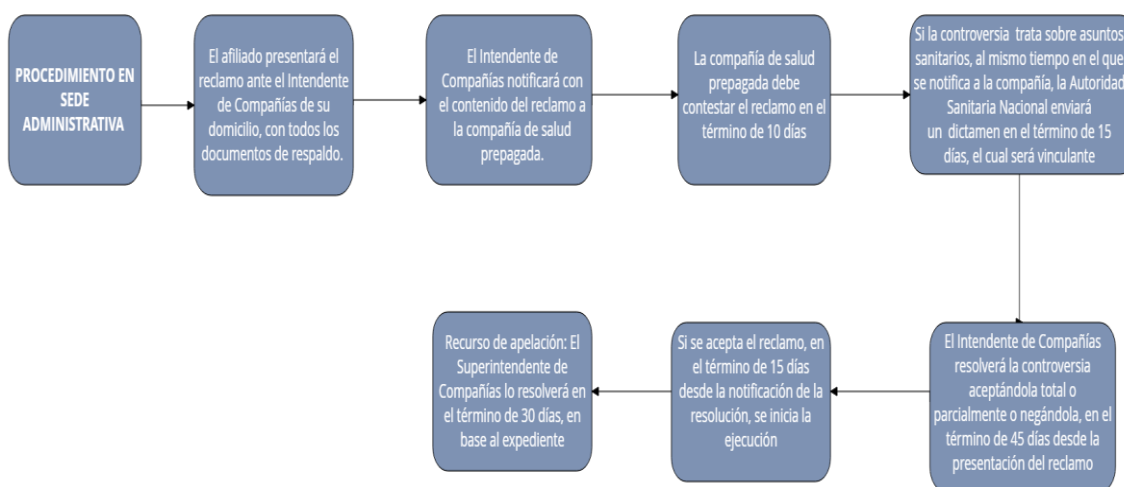


Figura No. 3. Mapa Procesal de la Intendencia de Compañías. Fuente: Elaboración propia. Basado en la Ley de Salud Prepagada.

Como ha quedado evidenciado este procedimiento administrativo solo cumple con pequeñas formulas sacramentales, que limitadamente permiten ejercer oposición, ya que el procedimiento administrativo no fue diseñado para resolver un conflicto en el que, una parte tiene una pretensión y otra que se excepciona, puesto que el procedimiento administrativo es más célere, menos solemne, con menos instancias, y utiliza formas procedimentales sumarias (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 501-501).

Una vez que, ha quedado explicado el procedimiento que se debe seguir, es necesario advertir que el mismo impide que la Intendencia de Seguros alcance la verdad real de los hechos, ya que el procedimiento previsto no regula la actividad probatoria de las partes.

Por regla general, en un procedimiento administrativo, la encargada de recabar las pruebas es la Administración Pública. No obstante, en la actividad administrativa arbitral cada parte se le asigna la carga de probar los hechos que alega, ya que en este caso la Administración Pública actúa como un tercero ajeno encargado de dirimir la controversia. Para resolver la controversia, es indiscutible que la Intendencia de Seguros tiene que conocer los antecedentes de la controversia y la única forma de llegar a conocerlos es a través de las pruebas que aporten los administrados. Si no hay hechos probados se limita la posibilidad de que la administración puede formar una declaración.

Ante el silencio de la Ley de Salud Prepagada, sobre la carga de la prueba, la Intendencia de Seguros no puede crear arbitrariamente ventajas de un administrado sobre el otro, razón por la cual se debería entender que se mantiene la regla de quien afirma los hechos debe probarlos.

Inclusive muchos de los reclamos se originarán en de temas propios de la ciencia médica, que difícilmente la Intendencia de Seguros podrá resolverlos sin auxilio de algún experto, por lo cual el procedimiento debería prever la posibilidad de que se requiera informes a médicos especialistas. Es que es innegable que para resolver un conflicto entre particulares se necesita de un procedimiento que permita tener la certeza sobre lo resuelto.

Al ser una actividad que demanda de la administración una postura imparcial, al menos el procedimiento podría estipular reglas mínimas para guiar la probanza de los hechos alegados. Por ejemplo, debería regular que en la notificación se requerirá obligatoriamente que la compañía remita copias certificadas de los contratos y los anexos que contengan las condiciones particulares del plan contratado. Otra opción, sería disponer que se apliquen de manera supletoria las reglas probatorias que estipula el COA en su capítulo III del Título III.

En esa misma línea, el COA en su artículo 33, prescribe que el debido procedimiento administrativo es un derecho de las personas que consiste en que se siga el procedimiento ajustado a las prevenciones que el ordenamiento jurídico determina. En virtud de esta noción del COA, es suficiente que la Intendencia de Seguros siga el abreviado procedimiento previsto en la Ley de Salud Prepagada, para que exista el debido

procedimiento, ya que si llegase a asignar otras reglas estaría desconociendo el principio de legalidad.

No se puede olvidar que el procedimiento administrativo cuenta con sus propios principios, como por ejemplo el principio de informalismo, el cual favorece a los administrados, en virtud de que determina que la Administración no exigirá al administrado el cumplimiento de formalidades innecesarias que no afecten el desarrollo del proceso o que no sean requeridas por ley.

“(…) consiste básicamente en la dispensa a los administrados de cumplir con las formas no esenciales, es decir aquellas que no están ligadas o exigidas por el orden público administrativo. Se orienta a proteger al particular a efectos de que no se vea perjudicado por cuestiones meramente procesales, relativizándose las exigencias adjetivas. Cualquier duda que se plantee en el curso del procedimiento, referida a las exigencias formales debe interpretarse a favor del administrativo y favoreciendo la viabilidad del acto procesal de aquel (Ivanega, 2011, p. 165).

Entonces, de conformidad con este principio, si el afiliado o la compañía llegasen a presentar copias simples como prueba de los hechos alegados, la Intendencia de Seguros debería aceptar que dichas copias acreditan los hechos, porque la Administración debe favorecer la viabilidad de los actos procesales de los administrados, aquello solo como un ejemplo de las múltiples posibilidades que se pueden presentar.

En fin, el propósito del procedimiento administrativo es ordenar la formación de la voluntad de la Administración Pública para que no sea arbitraria, así como permitir a los administrados participar en la construcción de la voluntad administrativa. Empero, el procedimiento administrativo cuenta con sus propios principios, como el de informalismo, que terminan por demostrar que la manera en la que se ha estructurado el ejercicio de las funciones administrativas, no es compatible con la capacidad de la administración para dirimir un conflicto entre particulares como un tercero imparcial.

### **3.1.2.5. Motivación.**

Sin duda alguna, la motivación constituye una auténtica garantía para limitar las arbitrariedades del poder, así mismo, permite que el administrado pueda conocer las razones que originaron el pronunciamiento de la administración, por lo que es acertado que el COA lo imponga como un elemento del acto administrativo.

“Se dice arbitrario de aquello que depende del árbitro, o de aquello que depende del arbitrio, o de aquello que procede con arbitrariedad. Arbitrio no es sino- se dice- que la voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho, es decir por un impulso instintivo (apetito), o por una idea o propósito sin motivación aparente, por un antojo, o

por puro deseo, y fuera de las reglas ordinarias o comunes. Si arbitrariedad indica voluntad no gobernada por la razón, significa un acto o una omisión carente de razonabilidad” (Soto Kloss citado en Oyarte, 2016, p.320).

Con la motivación se pretende aniquilar los actos carentes de razonabilidad, por lo cual motivar es un ejercicio razonado que demanda entrelazar el hecho con el derecho, dicho de otro modo, la decisión que se emita debe estar claramente fundamentada en disposiciones normativas pertinentes y aplicables a los antecedentes de hecho.

La Corte Constitucional (2012) ha desarrollado que una correcta motivación debe ser razonable, lógica y comprensible, todos estos componentes confluyen para que exista una correcta motivación.

“(…) Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”<sup>115</sup>.

Adicionalmente, la Constitución incluye a la motivación como una garantía del derecho a la defensa y al debido proceso (artículo 76, numeral 7 literal “I”), y por mandato directo de la Constitución cualquier resolución de los poderes públicos debe estar correctamente motivada, so pena de ser declarada nula.

Por su parte, el COA (2017) en su artículo 100, establece detalladamente que debe contener un acto administrativo para estar motivado:

“Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará: 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance. 2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo. 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada. Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado (COA, 2017).

Para que un acto administrativo sea motivado debe acoger tanto los criterios de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, así como lo establecido en el COA en el artículo 100. El COA (2017) guía claramente cómo debe estar desarrollada la motivación en un

---

115Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Sentencia No. 227-12-SEP-CC

acto administrativo. Entonces, uniendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional con la norma del COA, la fórmula de la motivación sería así:

$$\text{Motivación}^n = \left\{ \left( \text{Principios constitucionales} + \frac{\text{Norma objetiva}}{\text{Hechos Relevantes}} \right) (\text{Lenguaje Comprensible}) \right\}$$

En la misma sintonía, para evitar que la resolución que emite la Intendencia de Seguros sea arbitraria, debe estar debidamente motivada, para lo cual deberá incorporar en su resolución principios constitucionales relacionados con el derecho a la salud, también deberá contener las normas relativas a la esencia y naturaleza de los contratos de salud prepagada; establecer los antecedentes relevantes para la controversia de conformidad con las pruebas que aporten los sujetos procedimentales; y finalmente deberá explicar la relación lógica que tienen los principio y normas elegidas para resolver la controversia que los administrados han puesto en su conocimiento.

El resultado de la motivación es que tanto el afiliado como la compañía de salud prepagada tengan certeza del porqué la Intendencia de Seguros aceptó o rechazó el reclamo, y así el afiliado o la compañía podrá sentir satisfecha su pretensión.

Si el legislador le ha otorgado esta potestad a la Administración Pública es porque consideraba que, a través de ella habría una tutela del interés general. Entonces, para que se tenga por motivada la resolución de la Intendencia de Seguros, debería iniciar indicando por qué existe una protección al interés general cuando resuelve un conflicto entre particulares. Es más, el COA debería imponer que como parte de la motivación de los actos administrativos se exprese claramente parquéese hecho hace necesaria la actuación de la Administración Pública para proteger el interés general.

Vale advertir, que en el caso de la actividad administrativa arbitral para resolver los conflictos derivados de los contratos de salud prepagada, no podrá existir un argumento sólido que la justifique como una protección del interés general, porque el interés general existe cuando “(...) *no es exclusivo o propio de una o pocas personas, sino cuando participan o coinciden en el mismo un número tal de personas (...) que puede llegar a identificárselo como todo el grupo (...)* el interés público debe anteponerse al derecho y al interés individual” (Escola como se citó en Oyarte, 2016, p.339).

Es evidente que la Intendencia de Seguros al resolver una controversia contractual, mediante su actividad administrativa arbitral, no está protegiendo ningún interés general, ya que únicamente está satisfaciendo intereses y pretensiones particulares.

Por lo menos, con la exigencia de la motivación se espera una resolución carente de arbitrariedades, que sirve para menguar los daños que se causan a los administrados cuando la Administración Pública resuelve un conflicto contractual entre particulares.

### **3.1.3. Presunción de legitimidad de los actos administrativos.**

Partiendo de la premisa que en Derecho Administrativo “*no se puede hacer lo que se quiere sino lo que por ley se debe*” (Becilla, 2018, p.192), trae como consecuencia que se presume que el acto ha sido promulgado a la luz del derecho, respetando y observando las prescripciones legales.

Esta presunción de legitimidad, constituye una presunción legal, que admite prueba en contrario. Por lo tanto, se traslada al administrado la carga de comprobar que el acto administrativo ha sido dictado sin cumplir los preceptos legales (Neira, 2016, p.143).

Como consecuencia de esta presunción de legitimidad, aun cuando el acto administrativo sea impugnado en sede judicial o administrativa, debe ser cumplido por el administrado voluntariamente o coactivamente. Lo que conduce a analizar la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

### **3.1.4. Ejecutividad y Ejecutoriedad del Acto Administrativo.**

La ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo constituyen dogmas heredados de la jurisprudencia dictada desde 1875 por el Consejo de Estado Francés, que han instruido el régimen jurídico que se construyó alrededor de la Administración Pública en el Ecuador. Cada uno de estos dogmas cuenta con diferentes consecuencias jurídicas, que privilegian la situación jurídica de la Administración Pública para hacer efectivas sus decisiones (Neira, 2016, p. 72 y Zurita, 2015, p. 32).

Por un lado, la ejecutividad del acto administrativo, acompaña a la presunción de legitimidad, ya que, si se supone que el acto administrativo se encuentra en armonía con el ordenamiento jurídico, será considerado válido, motivo por el cual, debe ser cumplido obligatoriamente por el administrado. En otras palabras, la expresión de la voluntad de la administración “*está llamada a surtir efectos, aun contra la voluntad del administrado*” (Neira, 2016, p.72).

Mientras que la ejecutoriedad, se refiere a la capacidad coactiva que puede aplicar la administración para que su pronunciamiento sea cumplido, puesto que, su autotutela le permite hacer uso legítimo de la fuerza para que sus decisiones sean cumplidas, prescindiendo de la aprobación por parte de los Tribunales. En palabras del autor Fernando Garrido (citado por Neira, 2016, p.72): *“La administración cuenta con los poderes necesarios para realizar por sí mismo la autotutela de sus declaraciones de voluntad y para el propósito, primero declara ese derecho y después procede a ejecutarlo por sus propios medios”*.

Hay que destacar que la ejecutividad y la ejecutoriedad tendrán lugar cuando el acto administrativo haya sido notificado, caso contrario este no puede producir efectos jurídicos (COA, 2017, artículo 101). Otro punto a analizar, es que desde la entrada en vigencia del Código Orgánico General de los Procesos (COGEP), es factible solicitar la suspensión del acto administrativo cuando es impugnado ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Para que los efectos del acto administrativo se suspendan es necesario que se cumplan con estos requisitos concurrentes, a saber: i) debe mediar petición de parte, el juez no puede ordenar de oficio su suspensión, ii) justificar con los hechos alegados en la demanda y con las pruebas anunciadas un juicio provisional e indiciario en favor de la pretensión de la demanda, sin que aquello implique una decisión anticipada sobre el fondo de la controversia, iv) demostrar que el retardo en la resolución de la causa afectará irremediablemente el derecho opuesto, y ii) explicar la razonabilidad de la medida. Pero, la suspensión puede ser revocada en cualquier estado del proceso, cuando se advierta que hubo modificaciones en las circunstancias que la motivaron (COGEP, artículo 330).

Hay que mencionar además, que el COA (2017), en su artículo 229, ratifica la fórmula que *“(...) la interposición de cualquier recurso administrativo o judicial no suspenderá la ejecución del acto impugnado”*, con la salvedad de que la persona interesada puede solicitar su suspensión en el término de tres días.

Del mismo modo, el COA prescribe dos requisitos concurrentes para que opere la suspensión cuando el acto administrativo ha sido impugnado en sede administrativa, *“1. Que la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación. 2. Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, previstas en este Código o las normas que rijan el respectivo procedimiento especial”* (artículo 229).

Para que se acepte la suspensión, el COA impone como requisito a la ponderación entre los daños que la suspensión y la ejecución pudieran ocasionar al administrado y al interés público o a terceros. También dispone que, si no hay resolución respecto del pedido de suspensión, en el término de tres días, se entenderá por negativa tácita.

Sin embargo, se mantiene como regla general a la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, debido a que la suspensión es una medida excepcional, más aún cuando existen estos requisitos ambiguos para que se apruebe su suspensión.

### **3.1.5. Infracciones que padecen los actos administrativos.**

A partir del análisis de los elementos del acto administrativo, se puede poner en tela de juicio su validez, la cual dependerá de la gravedad del vicio que se presente. El tipo de vicio es el que determina cuando un acto administrativo es nulo o anulable; los regímenes jurídicos de la nulidad y la anulabilidad son totalmente diferentes.

La posibilidad de subsanar o convalidar el acto administrativo, es la principal diferencia entre la nulidad y la anulabilidad, pues la primera no puede ser convalidada aun con el consentimiento del administrado, mientras que la anulabilidad puede ser convalidada, inclusive por el transcurso del tiempo. El COA determina que tanto la nulidad como la anulabilidad tienen efectos retroactivos (COA, 2017, artículos 107 y 110).

Sobre la nulidad del acto administrativo, el COA prescribe que es válido el acto administrativo hasta que no se declare su nulidad (artículo 104). Las causales que acarrear la nulidad son taxativas y restringidas.

“El acto administrativo nulo no es convalidable. Cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que se incurra en un acto administrativo es subsanable. El acto administrativo expreso o presunto por el que se declare o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, es nulo” (COA, 2017, artículo 105).

Si el acto administrativo es declarado nulo los destinatarios del mismo no están obligados a su cumplimiento (COA, 2017, artículo 108).

Ahora, corresponde categorizar los vicios producen nulidad y aquellos susceptibles de convalidación. El artículo 105 del COA establece taxativamente los vicios que acarrear la nulidad, estos son: i) Incompetencia en razón de la materia, territorio y tiempo, ii) Determinación actuaciones imposibles (objeto), iii) El acto administrativo que

tenga como origen en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada, iv) Falta de motivación, por aplicación directa de la Constitución, v) El acto administrativo que viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide, vi) El acto administrativo que sea contrario a la Constitución y a la ley, vii) El acto administrativo que sea contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con el COA, viii) El acto administrativo que se origine de modo principal en un acto de simple administración<sup>116</sup> y ix) Vicios en el procedimiento (artículo 111).

Por su parte, la anulabilidad o la convalidación tiene lugar en cualquiera otro supuesto que no se encuentren en previstos en el artículo 105 del COA, de acuerdo con el análisis previamente realizado serían convalidables los vicios en la voluntad y la incompetencia en razón del grado.

La anulabilidad está sometida a condiciones, la primera, que la administración pública notifique a los interesados que se rectificará el vicio, para que puedan ejercer sus derechos; la segunda, que la administración emita un nuevo acto administrativo en el cual conste identificado el vicio y las acciones o rectificaciones que lo subsanaron; tercera, no cabe convalidación parcial por lo que la convalidación se efectúa sobre el acto administrativo viciado íntegramente; cuarta, la convalidación produce efectos retroactivos, es decir, que los efectos se producen desde la emisión del acto administrativo originalmente viciado; quinta, los plazos para la impugnación se cuentan desde que se emite el acto convalidado, y; sexta, solamente se puede impugnar el acto administrativo convalidado junto con el acto que estuvo originalmente viciado (COA, 2017, artículo 110 y 113).

Con relación a los reclamos derivados de un contrato de salud prepagada, el afiliado o la compañía que presta el servicio, se encuentran facultados para solicitar la declaratoria de nulidad de la resolución que se expida, mediante un recurso de apelación. No obstante, la Intendencia de Seguros tiene competencia para declarar la nulidad o convalidar de oficio el acto administrativo viciado, en ejercicio de su potestad revisora (COA, 2017, artículo 106, 112). La oportunidad para que la Intendencia de Seguros ejerza

---

<sup>116</sup> “Art. 120.- Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta” (COA, 2017).

su potestad revisora es hasta que el acto administrativo cause estado en sede administrativa, es decir, diez días desde su notificación (COA, 2017, artículo 114).

### **3.1.6. Impugnabilidad de los Actos Administrativos**

Los actos administrativos pueden ser impugnados en sede administrativa y en sede judicial ante los Jueces Distritales de lo Contencioso Administrativo. No es necesario agotar la vía administrativa para acudir a la vía judicial, pero una vez que se han activado los órganos judiciales se elimina la posibilidad de retornar a sede administrativa.

Cuando un acto administrativo es impugnado en la vía administrativa permite que la propia administración lo revise y rectifique sus omisiones de derecho. En cambio, en la vía judicial es un juez especializado, el que revisará si las actuaciones de la administración responden al principio de legalidad. La administración actuará como una parte del proceso, como un igual ante el administrado y ya no en una situación de poder sobre él.

Los recursos administrativos forman parte del procedimiento administrativo, pueden ser interpuestos por una persona interesada<sup>117</sup> o por aquel administrado afectado en sus derechos subjetivos a causa del acto administrativo impugnado, el administrado puede invocar razones de legalidad o de fondo. Los recursos deben ser interpuestos ante el propio órgano que dictó el acto impugnado, pero serán resueltos por la autoridad administrativa jerárquicamente superior conforme determine el ordenamiento jurídico, quien decidirá si revoca, modifica o sana el acto administrativo (Zurita, 2015, p. 64-65).

EL COA contempla dos clases de recursos administrativos, ordinarios y extraordinarios. El recurso ordinario es la apelación y el extraordinario es el recurso de revisión (artículo 219). Para ambos recursos el COA estipula reglas generales que son

---

<sup>117</sup>“Art. 149.- Persona interesada. Además de las personas a quienes la administración pública ha dirigido el acto administrativo, se considerará persona interesada en el procedimiento administrativo la que: 1. Promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, la persona titular demostrará tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho. 2. Invoque derechos subjetivos o acredite intereses legítimos, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la decisión que adopte en el procedimiento. 3. Acredite ser titular de derechos o intereses legítimos de las asociaciones, organizaciones, los grupos afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes o autónomos y comparezca al procedimiento ante de la adopción de la resolución. Cuando la condición de persona interesada se derive de alguna relación jurídica transmisible, la persona derechohabiente mantiene tal condición, cualquiera que sea el estado del procedimiento. Si son varios los sucesores, deben designar un procurador común, de conformidad con el régimen común. El interés legítimo invocado, individual o colectivo, no puede ser meramente hipotético, potencial o futuro” (COA, 2017).

aplicables para los dos recursos, la primera regla es la activación de la vía judicial impide cualquier impugnación en vía administrativa; la segunda es, que el error en la denominación del recurso no impide su tramitación, si es que resulta indudable la voluntad de impugnar el acto administrativo; la tercera es, que los actos de simple administración<sup>118</sup> no son propiamente impugnables, no obstante, pueden serlo si es que se omitió un acto de simple administración necesario para la formación de la voluntad administrativa.

Por su parte, el recurso de apelación puede interponerse solamente por las personas interesadas independientemente de que hayan comparecido o no en la tramitación del procedimiento. Tiene por objeto que, se declare la nulidad del acto administrativo impugnado o para que sea convalidado (COA, artículo 226) y también para que se revise su fondo, permitiendo que la autoridad jerárquicamente superior modifique la decisión adoptada por el órgano inferior (Zurita, 2015, p. 65).

La autoridad administrativa superior tendrá la facultad para admitir total o parcialmente o para negar las pretensiones formuladas en la apelación (artículo 230 COA). En recurso de apelación se contempla el principio *non reformatio in pejus*, el cual determina que no se puede agravar la situación inicial del apelante (COA, artículo 223).

Por otro lado, el recurso de revisión se interpone en contra de actos administrativos que hayan causado estado<sup>119</sup>, y su carácter extraordinario se debe a que para su interposición debe existir una causal de las contempladas en el artículo 232 del COA.

En el caso de los reclamos derivados del contrato de salud prepagada, únicamente cabe recurso de apelación, en virtud del principio de recurso legalmente previsto, ya que la Ley de Salud Prepagada lo establece como único recurso. La oportunidad para interponer el recurso es de 10 días término desde la notificación con la resolución, se presenta ante la misma autoridad que expidió el acto impugnado. La autoridad competente para resolver el recurso es el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros.

---

118“Art. 120.- Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta” (COA,2017)

119Art. 218.- Efectos de la no impugnación del acto administrativo. El acto administrativo causa estado en vía administrativa cuando: 1 Se ha expedido un acto administrativo producto del recurso de apelación. 2. Ha fenecido el plazo para interposición del recurso de apelación y no se ha ejercido el derecho. 3. Se ha interpuesto acción contenciosa administrativa respecto del acto del que se trate. El acto administrativo es firme cuando no admite impugnación en ninguna vía. Sobre el acto administrativo, que ha causado estado, cabe únicamente, en vía administrativa, el recurso extraordinario de revisión o en su caso, la revisión de oficio regulados en este Código (COA,2017).

El objeto del recurso de apelación puede ser la anulación o la convalidación del acto administrativo impugnado o una revisión sobre el fondo de la controversia. El Superintendente de Compañías, Valores y Seguros resolverá el recurso en mérito del expediente, en el término de 30 días desde la recepción del expediente. Resuelto el recurso de apelación el acto administrativo causa estado en sede administrativa, pero la ley prevé la posibilidad de iniciar la acción contenciosa administrativa.

La acción contenciosa administrativa es en favor del administrado, ya que la impugnación en sede administrativa es en favor de la administración para que pueda ejercer su autotutela revisora. El permitir que todos los actos de la Administración Pública puedan ser revisados o cuestionados ante un juez imparcial y especializado, es una característica de un Estado de Derecho.

“Nos referimos a los límites de la actividad administrativa, y dentro de éstos en particular a la protección judicial del administrado frente a la administración. Aquí reside uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo: La protección del administrado contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa; si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de derecho, y por lo tanto su diferenciación con el derecho administrativo totalitario. (...) y que la protección de éstos contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa debe transformarse en una de sus más trascendentales finalidades; debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y dársele en cambio una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado”(Gordillo, 2014, p.76-77).

Por mandato del artículo 173 de la Constitución todos los actos de la administración pública son objeto de impugnación en sede judicial ante un juez competente.

“De la simple lectura de la norma anteriormente invocada se puede observar con claridad que el constituyente ha permitido en aras de la tutela de los derechos de las personas que independientemente de los procedimientos administrativos se pueda tutelar los derechos en la vía judicial, esto permite la configuración de un estado garantista en donde el principal objetivo del estado y sus instituciones sea la protección de los derechos de las personas”(Corte Constitucional, 2011, sentencia No, 040-11-SEP-CC)

La acción contenciosa administrativa tiene por objeto principal realizar un control de legalidad de las distintas formas de actuación de la Administración Pública para efectivizar la plena vigencia del principio de legalidad, su fin también es tutelar los derechos de los administrados en los diversos aspectos de la relación administración y los administrados (COGEP, 2016, artículo 300).

Como bien lo determina su denominación se trata de una nueva acción, con la que se inicia un nuevo proceso, por cuanto:

“Los mecanismos procesales utilizados para acceder a la impugnación judicial se refieren a acciones y no a recursos ya que no se trata de una simple revisión de lo actuado sino de la jurisdicción plena con la que cuenta el juzgador para revisar en todo su alcance y plenitud el acto administrativo impugnado” (Zurita, 2015, p. 73).

El Código Orgánico General de Procesos contempla varias acciones contenciosas administrativas, que son de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, en el caso que la administración sea demandada será competencia el Tribunal del domicilio del actor y en el caso de que la administración sea demandante será competente del domicilio del demandado.

El artículo 326 del COGEP determina cuales son las acciones contenciosas administrativas, a saber: la primera es la de plena jurisdicción o subjetiva que debe ser interpuesta dentro del término de noventa días desde la notificación del acto impugnado; la segunda es la anulación objetiva o por exceso de poder que puede ser propuesta en el término de cinco años desde la expedición del acto impugnado; la tercera es la de lesividad que se podrá plantear en el término de noventa días a partir del día siguiente a la fecha de la declaratoria de lesividad; la cuarta está formada por acciones especiales cuya oportunidad para ser plateadas es de cinco años, se subdividen en: a) El pago por consignación hecho por el sector público o en favor de él, b) La responsabilidad objetiva del Estado, c) La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado, d) Las controversias en materia de contratación pública, e) Las demás que señale la ley. Para efectos del propósito de esta investigación se analizará únicamente las dos primeras acciones contenciosa administrativa.

Hay que iniciar por mencionar que, la compañía de salud prepagada puede accionar la vía judicial siempre y cuando cumpla con el requisito de honrar las obligaciones contractuales que fueron objeto de la controversia, es decir, cuando cumpla con la obligación que decreta la resolución (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 42).

Para empezar, se analizará la acción de plena jurisdicción o subjetiva, cuya nota característica es la existencia de un derecho subjetivo del accionante que haya sido presuntamente desconocido o violentado o no satisfecho plenamente por hechos o actos de la administración. Aunque, también procede esta acción en contra de actos normativos que generen una lesión en los derechos subjetivos<sup>120</sup> (COGEP, 2017, artículo 326).

---

<sup>120</sup>El antecedente jurisprudencial ecuatoriano, para que se interponga recurso subjetivo contra un acto de carácter general cuya aplicación afecte derechos subjetivos, se encuentra en una norma dirimente emitida por el desaparecido Tribunal Contencioso Administrativo del Ecuador, la misma que se encuentra publicada en el Registro Oficial 722, de 9 de julio de 1991, Resolución que fue dictada ante fallos contradictorios

Como bien lo determina el nombre “plena jurisdicción” esta acción permite al juez tener jurisdicción plena, no solo para hacer un control de legalidad pudiendo determinar su validez o su invalidez, sino para revisar el fondo del acto impugnado quedando facultado para modificar su contenido o emitir uno nuevo en su lugar. Igualmente puede determinar qué medidas la administración debe adoptar para cesar su violación y queda facultado para imponer a la administración la reparación al administrado por la vulneración (Zurita, 2015, p. 75 y Mendoza, 2016, p. 73).

“Se lo ha denominado de "plena jurisdicción" porque el Juez ante tal recurso está atribuido de plenos poderes, no sólo para declarar ilegal el acto administrativo, sino para hacer cesar la violación del derecho subjetivo y adoptar las medidas pertinentes para reparar el daño causado por la violación” (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2002, caso No. 279-01).

En fin, lo importante de la acción subjetiva es que el accionante sea titular de un derecho subjetivo que solicita que sea reconocido y protegido judicialmente frente a la administración pública, para tal efecto el juez tiene plenas facultades jurisdiccionales para declarar la nulidad del acto administrativo y para hacer una revisión del fondo del asunto. Incluso, puede acompañar las medidas necesarias para reparar la vulneración del derecho subjetivo.

Para continuar con el análisis, la acción de anulación objetiva o por exceso de poder se encarga únicamente de precautelarla vigencia del ordenamiento jurídico, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, por lo cual puede ser propuesta por quien tenga interés directo para deducir la acción (Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo, 2002, caso No. 279-01).

En esta acción el juez está investido de poder para hacer un control de legalidad, determinar si el acto administrativo es o no contradictorio a las disposiciones normativas, y así queda autorizado para declarar la nulidad de la actividad administrativa, sin tener que imponer medidas para proteger un derecho subjetivo, pues a través de esta acción se custodia el interés general. Por lo que, lo importante para esta acción es la protección de la norma objetiva.

---

emitidos por las diferentes Salas del extinto Tribunal, que en unas causas aceptaban y en otras rechazaban las controversias planteadas para impugnar actos administrativos del carácter citado, sustentada la negativa en el hecho de que contra él mismo sólo cabía recurso de anulación. Ante los hechos, el Tribunal contencioso Administrativo determinó el derecho de interponer el recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente, aunque el acto impugnado sea de carácter general" (Velásquez, citado por Núñez, 2008, p. 56).

La jurisprudencia ha sido la encargada de categorizar que los actos normativos, por su carácter general son los que pueden ser impugnados por esta acción:

“El recurso de anulación u objetivo, en cambio, procede contra actos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivas, que miran al interés de la colectividad en la conservación del orden jurídico general; preserva la norma jurídica objetiva superior vulneradas por el acto administrativo que, siendo de jerarquía inferior tiene un alcance erga omnes, como un reglamento, ordenanza, etc” (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2009, Resolución 0159-2009).

Para terminar, hay que mencionar que *“la nulidad no es elemento determinante para el establecimiento de la clase de recurso”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2009, Resolución 0159-2009), pues tanto en la acción subjetiva o de plena jurisdicción como en la acción anulación u objetiva el juez está investido de jurisdicción para hacer un control de legalidad y eventualmente declarar la nulidad del acto impugnado.

De acuerdo al análisis realizado, sin lugar a dudas la acción contenciosa que procede para impugnar la resolución emitida por la Intendencia de Seguros que resuelve en sede administrativa una controversia contractual entre un afiliado y una compañía de salud prepagada, es la acción subjetiva o de plena jurisdicción. La cual puede ser impugnada por el afiliado o por la compañía de salud prepagada, siempre que exista la vulneración en sus derechos subjetivos. En el caso de que la accionante sea la compañía de salud prepagada para impugnar deberá primero cumplir con lo que la resolución determine, en el término de 15 desde notificada la resolución, porque el incumplimiento dentro de dicho plazo será causal de disolución y liquidación forzosa de la compañía (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 43).

Existe la opción de que la compañía pueda solicitar la suspensión del acto administrativo, no obstante, resulta riesgoso esperar que el juez apruebe la suspensión, porque solo cuenta con escasos quince días desde la notificación de la resolución para cumplir el acto administrativo antes de que inicie el proceso de liquidación forzosa.

Cuando se proponga la acción subjetiva tanto el afiliado como la compañía deben demandar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y citar al Procurador General del Estado (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004, artículo 6) y si el impugnante es la compañía también se debe citar al afiliado y viceversa (COGEP, 2015, artículo 304).

Lo que conduce a presentar otra objeción para que la Intendencia de Seguros pueda resolver administrativamente una controversia entre el afiliado y una compañía de

salud prepagada, ya que distorsiona el discurso bajo el cual el legislador dotó de esta competencia a la Administración Pública, porque a través de ella se esperaba proteger el derecho a la salud de los afiliados, y evitar que la compañía abuse de su posición para eludir sus obligaciones contractuales.

“La carga de tener que acudir a los órganos judiciales a ventilar nuevamente el conflicto planteado a la Administración, debiendo, además, litigar no sólo contra el contrario inicial sino contra la propia Administración que ahora se hace parte en el conflicto, deviene en perjuicio para los particulares involucrados y es muestra de una anomalía en el tratamiento dado por el ordenamiento jurídico al asunto” (Sánchez, 2011, p.15).

Uno de los principales argumentos en favor de la vigencia de la actividad administrativa arbitral era evitar que la parte vulnerable de la relación contractual tenga que soportar los costos que implica un juicio, argumento que queda desvanecido porque se deja en evidencia que se agrava la situación de ambas partes al imponerle la carga de soportar un juicio contra el Estado.

### **3.2. Funciones de la Administración para tutelar el interés general presente en la salud prepagada.**

Actualmente, se ha comenzado a discutir sobre el concepto de una buena Administración Pública, que en palabras de Montserrat Brito (2018) es “(...) *aquella que actúa en el marco de la legalidad, respetando la esfera de los derechos de los particulares en la persecución de fines de interés público*” (p. 154). En atención al concepto de una buena Administración Pública, es necesaria una modificación en sus potestades para que sus potestades sean congruentes con los fines del Estado y con los derechos de sus ciudadanos, con el objetivo de que la relación Administración Pública y administrado sea funcional.

Se ha dejado en evidencia que la actividad administrativa arbitral que realiza la Intendencia de Seguros al resolver las controversias derivadas de los contratos de salud prepagada, realmente no beneficia al interés general, e impide que se consolide una buena administración pública. La Intendencia de Seguros tiene a su cargo varias potestades que le permiten cumplir con sus fines y tutelar el interés general, de manera especial le permiten limitar los eventuales abusos de las compañías que miran en el derecho a la salud una forma de negocio.

El modelo regulador parte de la existencia de unos intereses generales en una determinada actividad económica. Intereses que justifican la intervención pública ablativa de derechos individuales de los operadores presentes en el mercado y también constituyen el límite de dicha intervención (Montero, 2014, p.34).

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de acuerdo a la Constitución de la República es un organismo que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social. En el artículo 213 de la Constitución define a las Superintendencias como organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades de las entidades públicas y privadas.

En lo que se refiere específicamente a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, el artículo 430 de la Codificación de la Ley de Compañías (1999) define a esta entidad como un organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades, en las circunstancias y condiciones establecidas en dicha ley.

A nivel doctrinal, se ha desarrollado la justificación para que un Estado exista órganos regulatorios, encargados de zanjar las relaciones asimétricas que se pueden presentar en el mercado.

“(…) dentro de lo que los economistas denominan la “función reguladora del Estado”. Si años atrás al Estado se le asignaba la tarea de desarrollar actividades económicas o entregar o proteger monopolios, hoy se le asigna un rol tutelar en la actividad económica, es decir, que vele porque la actuación de los privados que comprometa el interés público se desarrolle dentro de ciertos parámetros previamente definidos, de modo que no incurran en abusos que perjudiquen gravemente a terceros o cometan infracciones al ordenamiento jurídico” (Carmona citado en García, 2009, p.334)

Cuando se permite que una compañía privada estructure un negocio alrededor del derecho a la salud es necesario que exista un ente regulador; ya que, si el Estado permite esta actividad, también debe ser el encargado de custodiar el correcto manejo de los recursos privados y la forma en que se negocia con este derecho, más aún si las compañías de salud prepagada forman parte del Sistema Nacional de Salud.

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros realiza una actividad administrativa de regulación, que consiste en una intervención pública continua en las actividades económicas de los mercados liberalizados para tutelar e interés general.

“Entendemos la regulación como la actividad de la administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración (Montero, 2014, p.27).

El control implica la imposición de ciertas obligaciones jurídicas continuas a los operadores económicos (Montero, 2014, p.28), como por ejemplo aumentar su capital, remitir balances anuales, actualizar información de socios y/o accionistas, establecer el

precio máximo del servicio etc., que en caso de incumplimiento acarrea responsabilidades y sanciones<sup>121</sup>.

En ese sentido, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se encarga de realizar funciones de vigilancia y control sobre las compañías de salud prepagada. Las referidas funciones gozan de un amplio ámbito de discrecionalidad, por cuanto la ley no detalla las obligaciones jurídicas que deben cumplir las compañías de salud prepagada, quedando a discrecionalidad de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros su determinación.

“Entendemos que el rasgo diferenciador de la actividad administrativa de regulación es la discrecionalidad de la administración para imponer obligaciones a las empresas prestadoras de servicios de interés general. La regulación parte de una extraordinaria deslegalización de las normas con rango legal se limitan a definir los genéricos principios de interés general pero no pueden adelantar el concreto contenido de las obligaciones que de forma dinámica han de ir imponiéndose a los operadores en el mercado. Las administraciones reguladoras gozan de una extraordinaria discrecionalidad, de un poder verdaderamente configurador del mercado” (Montero, 2014, p.41).

Es de la naturaleza de la actividad de vigilancia y control el amplio margen de discrecionalidad y la complejidad técnica de su actividad. En efecto la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es un órgano especializado en el ámbito societario y de seguros, no en el ámbito de la salud, no en el ámbito de defensa del consumidor, tampoco es un experto en el ámbito de controversias contractuales y no cuenta con una estructura orgánica para resolver un conflicto entre privados con imparcialidad y con independencia, pues no se puede perder de vista que su organización es jerarquizada.

La Administración Pública en aras de tutelar el interés general, debe ejecutar actividades genéricas que busquen corregir los desequilibrios presentes en las relaciones comerciales. Por lo cual, las funciones administrativas que se le deben facultar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros son las que responden a sus

---

121 “Art. 20.- Las compañías constituidas en el Ecuador, sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías y Valores, enviarán a ésta, en el primer cuatrimestre de cada año: a) Copias autorizadas del balance general anual, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, así como de las memorias e informes de los administradores y de los organismos de fiscalización establecidos por la Ley; b) La nómina de los administradores, representantes legales y socios o accionistas, incluyendo tanto los propietarios legales como los beneficiarios efectivos, atendiendo a estándares internacionales de transparencia en materia tributaria y de lucha contra actividades ilícitas, conforme a las resoluciones que para el efecto emita la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; y, c) Los demás datos que se contemplaren en el reglamento expedido por la Superintendencia de Compañías y Valores. El balance general anual y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias estarán aprobados por la junta general de socios o accionistas, según el caso; dichos documentos, lo mismo que aquellos a los que aluden los literales b) y c) del inciso anterior, estarán firmados por las personas que determine el reglamento y se presentarán en la forma que señale la Superintendencia” (Ley de Compañías, 1999).

tecnicismos y a su expertise, es evidente que se hace alusión al control y vigilancia en el ámbito societario y de seguros.

“Respecto a los fines de la “Administración Prestacional”, es claro que en el Estado moderno la Administración puede y debe intervenir en los diferentes ámbitos de la vida civil con el objeto de proteger y fomentar un mínimo equilibrio o una mejor calidad de vida para todos los ciudadanos, pero tal intervención debe desarrollarse a través actividades genéricas, es decir, a través de medidas dirigidas a compensar, subsanar o corregir fallos o desequilibrios que perjudiquen a grupos sociales o individuos en situación de desventaja, sin que pueda entenderse que en tal actividad prestacional está incluida la potestad para dirimir las controversias que en esas áreas se susciten entre los particulares (...) respecto a las múltiples facetas a través de las cuales se manifiesta el actuar de la Administración, debe apuntarse que tal circunstancia es, en todo caso, el reflejo, la consecuencia del ejercicio de diversas potestades o competencias debidamente atribuidas a la Administración, pero afirmar que tal diversidad pueda ser fundamento para la inclusión de otra potestad de dudosa constitucionalidad en el haz competencial de la Administración es un razonamiento falaz”(Sánchez, 2011, p.11 ).

Precisamente, la Superintendencia de Compañías debe ejecutar medidas genéricas que le permitan tutelar el interés general, sin que su actuación sirva para beneficiar los derechos e intereses de un particular, ya que ese particular puede “*ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita (ART.75 CE), el mismo que se realiza acudiendo a los órganos que ejercen jurisdicción, no a órganos de carácter administrativo*” (Oyarte, 2016, p.345).

Incluso este órgano de control se encuentra facultado para dictar reglamentos o resoluciones reguladoras (Ley de Compañías, 1999, artículo 433), que le permitan imponer más obligaciones con mayores tecnicismos, de las que el legislador haya podido asignar, que respondan a la naturaleza del negocio de la salud prepagada, con el fin de tutelar el interés general presente es esta actividad económica. La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ha ejecutado su potestad normativa<sup>122</sup> dictando varias resoluciones reguladoras que tienen por objetivo imponer obligaciones técnicas a las compañías de salud prepagada con el propósito de tener un mayor control y vigilancia sobre ellas.

Así, por ejemplo, en la Resolución No. SCVS.INS.17.005 de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros se estipulan los parámetros para la estructuración de las notas técnicas que respaldan las tarifas de cuotas y primas. El artículo No. 5 de la referida resolución define a las notas técnicas como:

---

<sup>122</sup> (...) la protección de la salud y de la seguridad física se realiza básicamente mediante normas de carácter administrativo que establecen controles sobre la fabricación y la presentación de los productos en el mercado” (Tambussi, 2014, p. 220).

(...) documentos que presentan las metodologías, modelizaciones, fórmulas y cálculos actuariales que dan origen a la determinación de las cuotas, recargos y descuentos que va a aplicar la empresa de salud prepagada en determinado plan o producto, así como a la justificación de sus gastos de gestión y administración y sistema de cálculo de reservas técnicas (...).

Mediante las notas técnicas, se apuesta por un equilibrio entre lo que la compañía debe cobrar a sus afiliados por los diferentes productos que ofrece para que sus precios no sean abusivos y lo que necesita para que no quiebre y sea operativa. Esto es un tecnicismo que permite medir el riesgo para evitar fallas en las operaciones económicas de estas compañías.

A partir de las notas técnicas la Intendencia de Seguros también puede determinar cómo se estructurarán los planes ofertados para que se encuentren debidamente respaldados en las notas técnicas, lo que puede hacer efectivo al momento de la aprobación previa de los planes y contrato que será comercializado.

Por otro lado, se había indicado que un buen gobierno corporativo también es un mecanismo de protección al consumidor, en ese sentido la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, puede ejecutar las acciones necesarias para exigir a las entidades bajo su control que estructuren un buen gobierno corporativo<sup>123</sup>.

De igual modo, las compañías de salud prepagada también se encuentran bajo el control en ámbito sanitario de la Autoridad Sanitaria Nacional, Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Salud Prepagada, esta actividad de control sanitario goza de un amplio margen de discrecionalidad para regular a estas compañías. Igualmente, puede dictar reglamentos para imponer obligaciones sanitarias a las compañías de salud prepaga para hacer efectivo control en el ámbito sanitario<sup>124</sup>.

---

123“Art. 440.- La inspección de las compañías tiene por objeto establecer la correcta integración del capital social, y verificar lo declarado al tiempo de la constitución y de los aumentos de capital; verificar si la sociedad cumple su objeto social; examinar la situación activa y pasiva de la compañía, si lleva los libros sociales, tales como los de actas de juntas generales y directorios, el libro talonario y el de acciones y accionistas o de participaciones y socios; y los documentos que exige la ley para registrar válidamente las transferencias de acciones; si su contabilidad se ajusta a las normas legales; si sus activos son reales y están debidamente protegidos; si su constitución, actos mercantiles y societarios, y su funcionamiento se ajustan a lo previsto en las normas jurídicas relevantes vigentes y en las cláusulas del contrato social, y no constituyen abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos del Art. 17 de esta Ley; si las utilidades repartidas o por repartir corresponden realmente a las liquidadas de cada ejercicio; si las juntas generales se han llevado a cabo con sujeción a las normas legales relevantes; si la compañía está o no en causal de intervención o disolución; y, la revisión y constatación de la información que sea necesaria para la investigación de oficio o a petición de parte, de hechos o actos que violen o amenacen violar derechos o normas jurídicas vigentes (...) (Ley de Compañías, 1999).

124“Art. 18.- Control y regulación a cargo de la Autoridad Sanitaria Nacional. - En materia sanitaria, la Autoridad Sanitaria Nacional, conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Salud, ejercerá la regulación y control de las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada, de las compañías de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, y la prestación de dichos

### 3.2.1. Denuncias en sede administrativa como régimen sancionador de los reclamos de salud prepagada.

Como complemento a las funciones administrativas de control y vigilancia, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros cuenta con una potestad sancionadora, para aplicar el *ius punendi* del Estado a las compañías de salud prepagada que incurran en faltas administrativas que atentan contra el interés general.

Por ser una variación del *ius punendi* del Estado, la potestad sancionadora de la Administración Pública es contrastada con el Derecho Penal, en tanto y cuanto existen conductas que pueden ser catalogadas como delitos y otras como infracciones administrativas, entonces ¿Por qué existen conductas antijurídicas que merecen ser penadas por los jueces penales y otras que deben ser sancionadas por la Administración Pública?<sup>125</sup> La respuesta a tal interrogante es propiciada por los principios de mínima intervención penal y de *ultima ratio* del Derecho Penal (Rebollo, Izquierdo, Alarcón & Bueno, 2005, p. 33).

Efectivamente existen conductas antijurídicas que no son gravosas como las encargadas para su penalización al Derecho Penal (homicidio, delitos sexuales, peculado, estafa, defraudación tributaria), pero que merecen ser sancionadas por la Administración Pública en protección al interés general.

La diferencia más perceptible radica en que, a la Administración Pública se le ha dotado del poder policía administrativa o de potestad sancionadora cuya finalidad es la protección del interés general, que a diferencia de la jurisdicción penal, que

---

servicios. La regulación y control previstos en el inciso anterior se efectuarán en los siguientes ámbitos de acción: 1.- Regulación y control de la oportunidad, eficiencia y calidad de las prestaciones sanitarias, ofertadas por los prestadores de salud que tengan relación contractual con las compañías reguladas por esta Ley; 2.- Regulación y control de la calidad de los servicios sanitarios que se presten a través de plataformas tecnológicas u otros medios informáticos; 3.- Aprobación de periodos de carencia, aplicables para cada uno de los planes programas y modalidades, y de la modificación de aquellos; 4.- Dictar y ejercer el control de los lineamientos y términos de referencia que aseguren la suficiencia, eficiencia y eficacia de las prestaciones de salud; 5.- Emitir los dictámenes obligatorios en materia sanitaria previstos en esta Ley para la solución de controversias respecto de la aplicación y cumplimiento de los contratos; y, 6.- Ejercer competencia para la determinación y sanción de las faltas administrativas previstas en esta Ley. La Autoridad Sanitaria Nacional efectuará inspecciones concurrentes de carácter periódico a las compañías para verificar el cumplimiento de lo previsto en este artículo” (Ley de Salud Prepagada, 2016).

<sup>125</sup> “En definitiva, no hay una frontera infranqueable para el legislador entre lo que debe declarar delito y lo que debe declarar infracción administrativa; entre lo que merece una pena de imposición judicial y lo que merece una sanción administrativa” (Rebollo, Izquierdo, Alarcón & Bueno, 2005, p. 33).

principalmente se dirige a la tutela de los derechos de los presuntos infractores<sup>126</sup> (Oyarte, 2016, p. 315).

La potestad sancionadora puede ser definida como la facultad determinada en la ley para que la Administración Pública ejerza el *ius punendi* del Estado para imponer sanciones administrativas cuando el administrado o algún órgano de la propia administración perpetre una conducta o acción que la norma objetiva determine como una infracción administrativa que afecta al interés general, por lo que merece un reproche (Dávila, 2017, p. 14 & Nieto, 2012, p.32).

Independientemente de las diferencias entre el Derecho Penal y el poder policía de la Administración Pública, es importante establecer los límites para el ejercicio de esta potestad, ya que al ser una variación del *ius punendi* del Estado, la Administración Pública debe contar con límites para evitar abusos durante su ejercicio, al administrado le deben amparar garantías mínimas en su favor. En ese sentido, Carmona (citado por García, 2009) determina cuales son los límites que deben estar presentes en la potestad sancionadora.

“(…) admitida la potestad sancionadora, lo verdaderamente importante es fijar con precisión los límites de su ejercicio. Dichos límites no son otros que aquellos que regulan toda la disciplina penal. Es decir, el principio de legalidad (no hay delito sin que haya sido previamente establecido por una ley previa a su realización); la tipificación (debe estar señalado con claridad en qué consiste la infracción); la culpabilidad (la existencia de algún elemento subjetivo que genere imputabilidad); el principio que sólo cabe una pena por infracción. También caben aquí los principios del racional y justo procedimiento, es decir, el derecho a defensa, la existencia de recursos, la imparcialidad del juez, etc” (p.334).

Como resultado del desarrollo planteado, es factible afirmar que en esta potestad se encuentra presente con gran preeminencia el principio de legalidad, tanto para fijar el órgano competente de la Administración Pública para imponer la sanción, como para describir la conducta antijurídica y la sanción que se debe imponer.

Hecho este análisis sobre la potestad sancionadora, importa ahora iniciar el análisis respecto de la potestad sancionadora que tiene la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para imponer sanciones administrativas a las compañías de salud prepagada cuando incurran en una falta que atente contra el interés general.

---

<sup>126</sup> “El objetivo del Derecho Administrativo Sancionador no es la protección del autor de la infracción sino su castigo con respecto de las garantías que como ciudadano de un Estado democrático de Derecho se merece. En otras palabras, las garantías procedimentales y materiales son un modo, una limitación de la actuación administrativa represora que en ningún caso puede paralizarla o hacerla inoperante” (Nieto, 2012, p.34).

Para iniciar el análisis corresponde establecer, que existen dos órganos competentes para imponer sanciones a las compañías de salud prepagada por las faltas establecidas en la Ley de Salud Prepagada, a saber, i) el Intendente de Compañías y ii) la Autoridad Sanitaria Nacional. Para efectos de esta investigación se analizará únicamente la potestad sancionadora del Intendente de Compañías.

Para lo cual, en primer lugar, hay que establecer que la ley de la materia es clara en indicar que el órgano competente para imponer las sanciones administrativas a las compañías de salud prepagada es el Intendente de Compañías (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 48). La ley no contempla la posibilidad de delegar esta competencia, por lo que en atención al principio de legalidad se puede calificar que esta competencia es indelegable.

A pesar de que, la ley expresamente atribuye la competencia para imponer sanciones al Intendente de Compañías, y de que es una potestad indelegable, la Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, Suad Manssur Villagrán, mediante resolución No. SCVS-INS-2018-0028 de 13 de julio de 2018, delegó esta competencia al Intendente Nacional de Seguros y al Intendente Regional de Seguros (artículo 4).

La Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, delegó una competencia que era indelegable, por lo que, se afirma que el órgano competente para imponer sanciones que contempla la Ley de Salud Prepagada es el Intendente de Compañías, incluso porque una resolución no puede contradecir a la ley.

En segundo lugar, corresponde indicar cuáles son las conductas antijurídicas y cuáles son las sanciones que se puede imponer a cada una de ellas. De manera puntal las sanciones administrativas que se pueden imponer en el ámbito de la salud prepagada son: multas, y la disolución y liquidación forzosa de las compañías (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 49).

Las conductas que constituyen infracción administrativa que son de competencia del Intendente Compañías en primera instancia y del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros en segunda instancia, son:

- i) La falta leve de *“no brindar al usuario, información adecuada, veraz, clara, oportuna, completa y precisa acerca del alcance y los límites de todas y cada una de las prestaciones ofertadas, coberturas, tarifario aplicable, modalidad a utilizarse, sus características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos”*

(Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 51), será sancionada con una multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.

- ii) La falta leve de *“no responder a las peticiones formuladas por los titulares, beneficiarios, usuarios, afiliados, dependientes o asegurados, dentro del término de diez días, contado a partir de la fecha de la petición”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 51), será sancionada con una multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general
- iii) La falta leve de *“no notificar al usuario dentro del término de cinco días desde la recepción del requerimiento de reembolso, cuando la prestación no se encuentre cubierta o exceda el monto de la cobertura”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 51), será sancionada con una multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.
- iv) La falta grave de *“establecer unilateralmente valores adicionales a los contratados”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 52), será sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
- v) La falta grave de *“realizar valoraciones médicas con fines de exclusión para las prestaciones de salud”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 52), será sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
- vi) La falta grave presente cuando *“en las modalidades cerrada y mixta, en la parte que corresponda, no exigir a los prestadores sanitarios encargados de dichas prestaciones, acrediten las respectivas aprobaciones académicas y/o licenciamiento, según corresponda”*, (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 52) será sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
- vii) La falta grave de *“no observar las disposiciones de esta Ley para la fijación de precios de los contratos”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 52), será sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
- viii) La falta grave de *“modificar de modo unilateral y sin autorización de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, las estipulaciones contractuales”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 52), será

sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

- ix) La falta grave de *“emplear publicidad engañosa o abusiva en la oferta de planes y programas para la cobertura de prestaciones de salud, sin perjuicio de lo previsto en otras leyes respecto de la suspensión y rectificación de contenidos”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 52), será sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
- x) La falta grave de *“no cumplir con el reembolso, no impugnados u objetados, en los plazos previstos en la Ley”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 52), será sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
- xi) La falta grave de no financiar el pago de una prestación médica de acuerdo a lo estipulado en contrato, esta sanción también es aplicable al afiliado que no cumple con el pago de la contraprestación económica, la compañía puede presentar una denuncia ante el Intendente de Compañías para que se le imponga una multa al afiliado que se encuentra en mora, que no es eximente para cumplir con el pago de la cuota (Ley de Salud Prepagada, 2016, numeral 10 del artículo 52).
- xii) La falta grave de *“no remitir la información que solicite la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, para el ejercicio de sus obligaciones de supervisión y control”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 52), será sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
- xiii) La falta muy grave de *“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”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 53), será sancionada con la disolución y liquidación forzosa de la compañía y una multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general, pero la imposición de estas sanciones no exime a la compañía del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- xiv) La falta muy grave 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 los regímenes de solvencia, patrimonio, reservas técnicas y provisiones (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 53), será sancionada con la disolución y liquidación forzosa de la compañía y una multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general, pero la imposición de estas sanciones no exime a la compañía del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

- xv) La falta muy grave de no cubrir el financiamiento que sea necesario para la atención de la emergencia médica, en los términos establecidos en la Ley (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 53), será sancionada con la disolución y liquidación forzosa de la compañía y una multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general, pero la imposición de estas sanciones no exime a la compañía del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Las conductas que constituyen infracción administrativa que son de competencia del ACESS en primera instancia y del Ministerio de Salud en segunda instancia son:

- i) La falta leve de *“no llevar un registro actualizado del portafolio de titulares, beneficiarios, usuarios, dependientes y asegurados en la forma prevista en la Ley”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 51), será sancionada con una multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.
- ii) La falta grave de *“ofertar o comercializar planes de cobertura sanitaria no autorizados”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 52), será sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
- iii) La falta grave de *“No remitir información que solicite la Autoridad Sanitaria Nacional”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 53), será sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
- iv) La falta grave de *“ofrecer exclusivamente planes en modalidad cerrada”* (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 53), será sancionada con una multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

En el caso de que la compañía sea reincidente en el cometimiento de faltas leves y graves se le aplicará el doble de la multa establecida en la última resolución (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 54).

En tercer lugar, hay que señalar que la potestad sancionadora también cuenta con un procedimiento administrativo que le permite a la administración pública formar su voluntad ordenadamente, y que también cumple un rol tuitivo de proteger al administrado frente al sujeto privilegiado de la administración, que, en este caso en particular, le aplicará el *ius punendi* del Estado.

Vale enfatizar que en la potestad sancionadora, se configura el distintivo procedimiento lineal de la administración pública, por cuanto, la administración será la encargada de investigar, de recopilar las pruebas necesarias y de imponer la sanción administrativa<sup>127</sup>.

“Nos ocupamos ahora de los poderes que tienen los órganos administrativos sancionadores para probar que la infracción imputada ha sido realmente cometida. La administración está obligada a realizar toda la actividad que sea necesaria para llegar a una decisión final correcta, con independencia de la conducta activa o pasiva que muestre el acusado en cada procedimiento. El instructor, por tanto, tiene que practicar prueba, aunque sea mínima” (Rebollo et al., 2005, p. 51).

El procedimiento administrativo sancionador puede iniciar de oficio o por medio de una denuncia. En el momento en el que, el afiliado interpone una denuncia administrativa para accionar la potestad sancionadora del Intendente de Compañías, su objetivo es proteger el interés general y el derecho colectivo de todos los consumidores, debido a que el fin de la denuncia es que se imponga una sanción administrativa a la compañía, en consecuencia, el afiliado no tendrá algún beneficio propio o la solución de una controversia particular.

Antes de desarrollar el procedimiento sancionador que se debe seguir para sancionar las faltas tipificadas en la Ley de Salud Prepagada, hay que resolver una antinomia, entre el procedimiento administrativo sancionador que regula el COA y el procedimiento sancionador previsto en la Ley de Salud Prepagada. Esta es una antinomia entre una ley general posterior y una ley especial anterior, que se resuelve en base al criterio de especialidad, al igual que en el caso del procedimiento de la actividad

---

127 “Art. 7.- Impulso: El procedimiento, sometido al principio de celeridad, se impulsará de oficio en todas sus etapas, respetando los principios de transparencia y publicidad, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico” (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Resolución No. SCVS-INS-2018-0028).

administrativa arbitral. Como resultado, el procedimiento a aplicarse es el previsto en el su artículo 58 de la Ley de Salud Prepagada.

Se puede dividir el procedimiento administrativo sancionador de la Ley de Salud Prepagada en cinco etapas:

- 1) Etapa de Iniciación: Esta etapa puede presentarse de dos formas: i) por una denuncia de un administrado y ii) de oficio por el Intendente de Compañías. Iniciado el proceso administrativo sancionador se notificará a la compañía de salud prepagada presuntamente responsable para que en el término de cinco días presente su oposición, en conjunto con todas las pruebas de descargo. En el caso de que la compañía acepte el cometimiento de la infracción, el Intendente de Compañías en el término de cinco días dictará la resolución que corresponda.
- 2) Etapa Probatoria: Con contestación o sin ella, se abrirá un término de prueba de hasta diez días, en el cual se practicarán las pruebas pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.
- 3) Etapa Resolutiva: Concluido el término de prueba, el Intendente de Compañías emitirá en el término de ocho emitirá una resolución motivada en la que sancione o absuelva a la compañía de salud prepagada.
- 4) Etapa de impugnación en sede administrativa: De la resolución que emita el Intendente de Compañías únicamente cabe el recurso de apelación, que deberá ser interpuesto por escrito en el término de tres días desde la notificación de la resolución. El Intendente de Compañías, en el término de cinco días, notificará al recurrente con la concesión o denegación del recurso. En el caso de concederlo remitirá inmediatamente el expediente al Superintendente de Compañías, Valores y Recursos para que, en base al expediente, en el término de 30 días contados desde la notificación con la que se concedió el recurso, resuelva motivadamente si confirma o revoca o modifica o sustituye la resolución impugnada. Pero en ningún caso podrá agravar la situación del sancionado.
- 5) Ejecución de la Resolución: La resolución que emite el procedimiento administrativo sancionador, es un acto administrativo, que tiene presunción de legitimidad y goza de ejecutividad y ejecutoriedad. En razón de lo cual, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros puede ejercer jurisdicción

coactiva para la recaudación de multas e iniciar el procedimiento correspondiente para la liquidación forzosa de la compañía sancionada.

Ese es el procedimiento que debe seguirse para sancionar a una compañía de salud prepagada por las faltas tipificadas en la Ley de Salud Prepagada, no obstante, forma parte del procedimiento administrativo sancionador el tiempo dentro del cual se puede ejercer esta potestad.

En un primer momento, se encuentra el tiempo de la prescripción de la infracción, que es de ciento ochenta días contados a partir del día en que se cometió la presunta infracción para que se inicie el procedimiento administrativo sancionador. El segundo momento, tiene lugar cuando el procedimiento administrativo sancionador ya ha iniciado, se hace referencia a la caducidad de la potestad sancionadora, que caduca en el término de ciento ochenta días contados desde la última actuación constante en el expediente. El tercer momento, se encuentra la prescripción de la sanción, que tiene lugar cuando la sanción administrativa ha sido impuesta, la administración tiene el término de ciento ochenta días desde el día siguiente en el que la resolución adquirió firmeza para ejecutar el cumplimiento de la sanción, esta última se interrumpe cuando se ha iniciado la acción coactiva (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 59 y Dávila, 2017, p. 53-61).

En cuarto lugar, la resolución en la que se imponga la sanción debe estar motivada de acuerdo a los preceptos establecidos en la Constitución y en el COA, es fundamental que la resolución esté motivada, pues como ya se advirtió, es una garantía que limita la arbitrariedad de la Administración Pública. De manera particular, en la potestad sancionadora la motivación hace posible el principio de proporcionalidad<sup>128</sup>, pues en la motivación se dejará en evidencia la gravedad de la conducta antijurídica, así como las razones de por qué se ha impuesto dicha sanción y no otra. Y se relacionará lógicamente porque a dicha conducta le corresponde determinada sanción.

Otro rasgo de la potestad sancionadora es que se realiza en ejercicio de una función administrativa, por lo cual la resolución que imponga o no la sanción, es un acto administrativo<sup>129</sup>, en consecuencia, cuenta con su régimen jurídico; es decir, debe estar

---

<sup>128</sup> Los criterios para determinar la proporcionalidad son “(...) el beneficio obtenido por la comisión de la infracción, el daño causado, el número de infracciones cometidas, la negligencia o intencionalidad del infractor, la posición dominante del infractor en el mercado, etc” (Rebollo et al., 2005, p. 36).

<sup>129</sup> “Las sanciones administrativas se imponen mediante un acto administrativo frente al que existe la posibilidad de interponer “recursos”, y contra cualquier otro acto administrativo” (Rebollo et al., 2005, p. 52).

compuesta por sus elementos (competencia, voluntad, procedimiento, objeto, motivación) y cuenta con la presunción de legitimidad y con las características de ejecutividad y ejecutoriedad. De igual modo, esta resolución es impugnabile en sede judicial ante los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de acuerdo a lo previsto en el COGEP (Ley de Salud Prepagada, 2016, artículo 61).

“(…) ni hay trámites distintos, ni los poderes del juez son diferentes de los que tiene para controlar la legalidad de cualquier acto administrativo no sancionador. Se trata de un control judicial pleno en el que se comprobará si la sanción administrativa es o no ajustada a derecho (…) Si el tribunal contencioso-administrativo detecta cualquier ilegalidad en la sanción administrativa dictará sentencia en la que la anulará. Incluso es posible que declare el derecho a indemnización del que sufrió la sanción injustamente si es que ha tenido daños y perjuicios por ello. En algunos casos, el juez puede, incluso, modificar la sanción impuesta por la administración. Pero sólo puede modificarla en el sentido de disminuirla, no en el de aumentarla, aunque entienda que lo correcto hubiera sido imponer una sanción mayor (prohibición de la reformatio in pejus)” (Rebollo et al., 2005, p. 53-54).

En fin, la potestad sancionadora que puede ejercer la Intendencia de Compañías, como autoridad de primera instancia y el Superintendente de Compañías, como autoridad de segunda instancia, es efectiva para precautelar el interés general, pues de esta forma se persuade a la compañía para que preste sus servicios de acuerdo a la ley y sin afectar los derechos de sus afiliados como consumidores. La imposición de una sanción puede llegar a tener un efecto ejemplificador para el resto del mercado.

“Puede tener mucha más efectividad como estrategia del regulador enviar una señal al mercado (al conjunto de regulados o agentes económicos relevantes), mediante sanciones ejemplarizadoras a uno o más regulados. La potencial publicidad negativa y los costos de imagen que podrían soportar regulados incumplidores, actuarían como disuasivo” (García, 2009, p.359).

La Intendencia de Compañías a través de la potestad sancionadora se encuentra en la capacidad de exigir y vigilar que las compañías de salud prepagada presten el servicio que ofrecen en estricto cumplimiento de la ley y para tutelar el interés general comprometido dentro de los servicios de salud prepagada, por lo que resulta innecesario que se le otorgue la capacidad de dirimir un conflicto entre particulares, bajo, el discurso de tutelar el interés general.

## CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

A manera de conclusión, es factible afirmar que la Constitucionalización del Derecho Administrativo, propone cuestionar al Derecho Administrativo a la luz de los principios y derechos reconocidos en la Constitución, porque ahora el parámetro de validez ya no es la ley, sino la Constitución. En otras palabras, la Constitución ahora es la encargada de racionalizar y de limitar el poder de la Administración Pública. Aquello no quiere decir que el Derecho Constitucional es la base y fundamento del Derecho Administrativo, pues como ya se advirtió, varias de las instituciones jurídicas del Derecho Administrativo se originaron y se desarrollaron apartados del Derecho Constitucional, en consecuencia, el Derecho Constitucional nutre al Derecho Administrativo. Pero, no es menos cierto que todas las instituciones jurídicas que informan al Derecho Administrativo deben ser acordes a la Constitución, ya que en ella encontrarán su constitucionalidad.

Adicionalmente, la Constitucionalización del Derecho Administrativo propugna analizar nuevamente varias instituciones jurídicas del Derecho Administrativo que nacieron en el Estado de Derecho como auténticos dogmas, y que se han prolongado en el tiempo hasta formar parte de del Estado Constitucional de Derechos, como son los principios de independencia de funciones y de unidad jurisdiccional, los cuales fueron seleccionados para ser analizados estudiados a profundidad, ya que a través de ellos se pudo dejar en evidencia las dificultades presentes en la actividad administrativa arbitral.

A partir de la Constitucionalización del Derecho Administrativo se propone un cambio en la concepción del principio de independencia de funciones, pues se abandona la idea de una tajante división de poderes, en la que los actos de la administración pública no podían ser revisados por los Tribunales de la Función Judicial. Ahora, se propugna una cooperación y colaboración entre las distintas funciones del Estado que permita limitar ya no solo a los poderes públicos sino también a los poderes privados, lo que permite que el Estado sea operante. Para tal efecto, se debe garantizar que ninguna función del Estado quede subordinada a la otra y que se garantice su independencia.

En ese mismo sentido, la Constitucionalización del Derecho Administrativo en relación con el principio de unidad jurisdiccional, propone que la administración de justicia, que resuelve cuestiones de derecho o dirime controversias entre particulares declarando un derecho como una verdad legal que produce efectos de cosa juzgada, provenga de una sola Función del Estado, que esté estructurada orgánicamente de tal manera que garantice la imparcialidad e independencia de los operadores de justicia. No

obstante, el principio de unidad jurisdiccional admite excepciones, siempre y cuando la potestad jurisdiccional nazca de la Constitución y vaya acompañada de las garantías suficientes para asegurar que la jurisdicción será operada bajo criterios de autonomía, imparcialidad e independencia.

Se analizó a la jurisdicción y sus características que la diferencian de cualquiera de las otras actividades que ejecutan las demás Funciones del Estado, con el objetivo de determinar si en ciertas ocasiones la Administración Pública ejerce jurisdicción, lo cual permitió concluir que en ningún caso la Administración Pública ejecuta funciones jurisdiccionales, principalmente, porque las resoluciones que se emiten en ejercicio de la jurisdicción producen efectos de cosa juzgada, efecto del que no goza ninguna de las otras actividades de las demás funciones del Estado. Así mismo, la jurisdicción no se puede delegar a diferencia de la competencia de los órganos administrativos en la que se privilegia a la delegación para un eficiente desempeño y gestión de la Administración Pública.

De igual modo, la función administrativa constituye una actividad primaria y no una secundaria como la jurisdicción, pues la Administración Pública no debe esperar que un particular active sus potestades, sino que la Administración Pública está obligada a ejecutarlas por mandato directo de la ley para tutelar el interés general. En cambio, la jurisdicción se activa cuando existe la petición de un particular, sin la cual los órganos jurisdiccionales no pueden ejercer su función, debido a que los órganos jurisdiccionales satisfacen o tutelan intereses privados y particulares.

Entonces, cuando la Administración Pública resuelve una controversia entre particulares como un tercero imparcial, no ejecuta funciones jurisdiccionales, por el contrario, ejerce funciones administrativas, específicamente se encuentra realizando actividad administrativa arbitral. Aunque, esta actividad de la Administración Pública se parece a la que ejecutan los jueces y tribunales cuando administran justicia, no puede ser calificada como jurisdicción, por las razones antes establecidas y principalmente porque el producto de esta función administrativa es un acto administrativo revocable por autotutela administrativa e impugnabile en sede judicial.

En consecuencia, la actividad administrativa arbitral no significa una función administrativa que contraviene el principio de independencia de funciones, el de unidad jurisdiccional, y el principio de un juez predeterminado legalmente. No obstante, fue necesario analizar a profundidad a la salud prepagada y la actividad administrativa arbitral que ejecuta el Intendente de Seguros cuando dirime una controversia entre un afiliado y

una compañía de salud prepagada, para determinar las patologías que se presentan en este caso específico.

Por su parte, la medicina prepagada surgió en el país en respuesta a los problemas que se presentaban en el sector de la salud pública, pues el Estado ya no se encontraba en la capacidad de atender todas las demandas de salud de sus habitantes a causa de los requisitos que le impusieron las instituciones financieras multilaterales. Las compañías de medicina prepagada idearon un negocio, en el cual se financiaban atenciones médicas, lo que permitió dinamizar el mercado y descongestionar la salud pública. Actualmente, las compañías de salud prepagada forman parte del Sistema Nacional de Salud del Ecuador, lo que confirma la importancia de este negocio.

La relación entre un afiliado y una compañía de salud prepagada es una relación contractual que nace por la suscripción de un contrato de adhesión, que responde a la masividad del negocio de la salud prepagada, pues resultaría inoficioso que la prestadora del servicio discuta o negocie con cada afiliado las cláusulas contractuales. Lo que crea una posición de ventaja de la compañía sobre el afiliado, porque la compañía determina las cláusulas del contrato.

El contrato de medicina prepagada, a pesar de ser un contrato de adhesión, en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Nacional se reconoce el carácter contractual del mismo, razón por la cual, este contrato de adhesión está compuesto por elementos de su esencia, de su naturaleza y los accidentales. Los elementos de la esencia, necesarios para que el contrato sea válido, son: la capacidad de las partes, el consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita.

Los elementos de la naturaleza son aquellos que no necesitan estar estipulados en el contrato, sino que por mandato de la ley se entienden incorporados, así por ejemplo un elemento de la naturaleza del contrato de salud prepagada es la terminación unilateral, la cobertura de enfermedades preexistentes, el período de carencia, plazo, y el reembolso a las Instituciones de la Red Pública Integral de Salud, entre otros.

Por su parte, las cláusulas accidentales son aquellas que son incorporadas al contrato por voluntad de las partes contratantes; a pesar de ser un contrato de adhesión, en el cual se suprime la fase negocial para maximizar los recursos, se pueden identificar como cláusulas accidentales a las que delimitan qué prestaciones médicas serán cubiertas y la forma en que serán cubiertas, así como las que se encuentran excluidas de cobertura. Constituyen cláusulas accidentales porque a pesar de que el afiliado no las negocia

directamente, se encuentra facultado para contratar un plan entre los distintos planes que oferta la compañía, sin que aquello afecte a las cláusulas de la esencia y de la naturaleza.

Es un contrato bilateral porque las partes contratantes tienen contraprestaciones mutuas, por un lado, la compañía de salud prepagada se obliga a financiar las prestaciones de salud de sus afiliados y por otro lado los afiliados se obligan al pago de una contraprestación económica. También es un contrato aleatorio, debido a que es incierto que los afiliados requieran el financiamiento de prestaciones médicas.

Los contratos de adhesión de salud prepagada, previo a su comercialización, deben ser aprobados por la Intendencia de Seguros, de esta manera la Administración Pública interviene para precautelar el interés general que se encuentra presente en este negocio, ya que la salud representa un sector prioritario en toda economía de mercado, pues cualquier persona, independientemente de si está enferma o no, tiene derecho a la salud. De esta manera en la salud prepagada, se encuentran, por un lado, los derechos patrimoniales de la compañía, y, por otro lado, los derechos de los consumidores y su derecho al más alto nivel de salud posible.

Por su parte, el derecho al más alto nivel de salud posible, es un derecho fundamental que impone una carga al legislador y a toda autoridad con potestad normativa, para elaborar leyes que garanticen el efectivo goce y ejercicio de este derecho.

En cuanto al contenido del derecho a la salud, se refiere a que este derecho no entra en juego únicamente cuando se padece una enfermedad, sino que el derecho a la salud también implica prevención. Sin embargo, en este derecho no se asegura un resultado, lo que se garantiza es recibir prestaciones médicas para prevenir o curar una enfermedad. Entonces, si el negocio de las compañías salud prepagada es financiar prestaciones o atenciones médicas, no cabe duda que se ha estructurado un negocio alrededor del derecho a la salud de sus afiliados, por lo tanto, las compañías de medicina prepagada no solo deben financiar prestaciones médicas para tratar una enfermedad, también deben financiar las prestaciones médicas de prevención.

Por otro lado, los derechos de los consumidores, están encaminados a nivelar la relación asimétrica que existe entre el fabricante y/o productor y/o prestador del servicio, y el consumidor y/o usuario. La causa principal de esta relación asimétrica es la información que desconoce el consumidor, ya que el productor y/o fabricante o prestador conoce a detalle las falencias o beneficios del producto y/o servicio que presta, el consumidor depende de la información que el productor y/o prestador del servicio voluntariamente le proporcione, por lo cual, para mejorar las relaciones de consumo,

también se debe imponer una obligación al consumidor de informarse sobre el bien y/o servicio que adquiere.

El consumidor y/o usuario es aquella persona natural o jurídica que no interviene en la cadena de producción y/o de prestación, y es el destinatario final para beneficiarse del bien y/o servicio que adquiere. En la salud prepagada, el afiliado es el destinatario final del servicio, ya que no interviene en la cadena de producción y/o prestación, lo que lo convierte en un consumidor y, por tanto, merece una protección como tal.

El Estado con el propósito de proteger el derecho a la salud de los afiliados, que se encuentra presente en el negocio de las compañías de salud prepagada, ha dotado de competencia a la Intendencia de Seguros para resolver las controversias contractuales que surjan entre un afiliado y la prestadora del servicio de salud prepagada. Cuando el Intendente de Seguros resuelve una controversia de estas características, lo hace mediante un acto administrativo, porque emite un pronunciamiento en ejercicio de sus funciones administrativas, el cual produce efectos jurídicos directos en el afiliado y en la compañía, que se agota con su cumplimiento y que es impugnabile en sede judicial.

Al ser un acto administrativo debe contar con los requisitos de validez que determina el COA, es decir, con competencia, voluntad, objeto, motivación y procedimiento. La voluntad y el procedimiento permiten comprobar la razón por la cual la actividad administrativa arbitral que realiza el Intendente de Seguros perjudica a la compañía de medicina prepagada y principalmente al afiliado.

La voluntad es la parte intelectual de la función administrativa que debe quedar exenta de error, fuerza, dolo y cualquier otro vicio que impida que la administración emita una declaración válida. La Intendencia de Seguros, al ser al mismo tiempo la encargada de aprobar los contratos de salud prepagada y de dirimir los conflictos que se deriven de estos contratos, no tiene imparcialidad para decidir si acepta o rechaza un reclamo porque al funcionario administrativo le interesará demostrar que ha desempeñado correctamente su función y no aceptará su impericia de haber aprobado condiciones contractuales que menoscaban derechos de los afiliados. Es más, tampoco admitirá que las directrices que emitió solicitando que se agregue o modifique determinada cláusula terminan por afectar a los derechos de los afiliados.

En cuanto al procedimiento, es factible afirmar que la forma en cómo se lo ha concebido no es compatible con la actividad administrativa arbitral, pues el procedimiento administrativo debe ser célere, por lo que se limita a cumplir con ciertas formalidades encaminadas a evitar arbitrariedades y permitir la participación de los

administrados en la formación de la voluntad administrativa, que no son suficientes para dirimir una controversia entre particulares. Para dirimir un conflicto entre particulares se requiere de un proceso formal, que regule detalladamente las actuaciones de las partes procesales para no crear ventajas de una parte sobre la otra y para hacer efectivos todos los derechos del debido proceso.

Adicionalmente, el acto administrativo que emite el Intendente de Seguros puede ser impugnado en sede judicial mediante una acción subjetiva o de plena jurisdicción, en esta acción el juez está investido de plena jurisdicción para hacer un control de legalidad del acto administrativo impugnado y para realizar una revisión del fondo del asunto. No obstante, la anomalía radica en que el impugnante ya no solo litigará en contra del adversario inicial, sino que ahora litigará también en contra el Estado, por lo cual, deberá los costos que aquello ocasiona.

Es por ello, por el interés público presente en ese sector del mercado, que la Administración Pública debe intervenir para regular a las compañías de medicina prepagada, pero debe intervenir con medidas genéricas que le permitan tutelarlos y no para satisfacer una pretensión particular. La forma en la que la Administración Pública debe intervenir, a través de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, es con las potestades de vigilancia y control y también con su potestad sancionadora.

Mediante las funciones de vigilancia y control, que gozan de un alto grado de discrecionalidad, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros está habilitada para imponer las obligaciones jurídicas continuas que estime necesarias a las compañías de medicina prepagada, que respondan al tecnicismo y características de su negocio, así por ejemplo, puede regular la estructura de las notas técnicas, para que a partir de ellas se puedan equilibrar los costos del servicio, la utilidad de las compañías y disminuir riesgos. Inclusive cuenta con una potestad normativa, que le permite imponer plenamente obligaciones jurídicas a las compañías de medicina prepagada acordes con las características propias de su negocio.

Adicionalmente, tiene potestad sancionadora para imponer sanciones administrativas a las compañías que incurran en faltas administrativas tipificadas en la Ley de Salud Prepagada. La potestad sancionadora es una variación del *ius punendi* del Estado, que a diferencia del Derecho Penal no se encarga de tutelar los derechos de los sospechosos o justiciables, sino que se encarga de proteger al interés general. A pesar de que, en la potestad sancionadora no se protege a los presuntos infractores debe estar compuesta de garantía mínimas que protejan al administrado para limitar esta exorbitante

potestad de la Administración Pública, con el propósito de evitar arbitrariedades, estas limitaciones provienen de los principios de legalidad, de tipificación, de culpabilidad, *non bis in ídem* y el de proporcionalidad.

En la potestad sancionadora no se produce un beneficio para un particular porque el resultado de esta potestad puede ser una sanción administrativa, en contraste con la actividad administrativa arbitral, en la que se satisface la pretensión de un particular. De igual modo, en la potestad sancionadora se configura el procedimiento administrativo lineal, en el que la administración es juez y parte.

La sanción se impone mediante un acto administrativo, que debe estar compuesto por los elementos de competencia, voluntad, objeto, motivación y procedimiento; este acto administrativo también es impugnabile en sede administrativa mediante un recurso de apelación y en sede jurisdiccional mediante una acción subjetiva o de plena jurisdicción, acorde con los postulados del Estado Constitucional de Derechos.

En conclusión, la actividad administrativa arbitral que ejecuta la Intendencia de Seguros cuando resuelve las controversias derivadas de un contrato de medicina prepagada debe ser eliminada del sistema jurídico nacional, por ser contraria a la Constitucionalización del Derecho Administrativo, pues la Administración Pública no está cumpliendo con el fin que la Constitución le ha impuesto, es decir, con el fin de tutelar el interés general, el cual no es tutelado cuando se satisfacen pretensiones particulares, para tal propósito se encuentran los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial. Aparte, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, cuenta con otras potestades para regular a las compañías de salud prepagada, que hacen innecesaria su actividad administrativa arbitral.

## V. REFERENCIAS

### 5.1. LIBROS Y ARTÍCULOS

- Alsina, H. (1981). "Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial". Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Ávila, R. (julio 2012). *El derecho a la salud en el contexto del buen vivir La Constitución ecuatoriana del 2008 y el derecho a la salud*. Repositorio Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2985/1/%C3%81vila%2c%20R-CON-006-El%20derecho.pdf>
- Badell, R. (2016, septiembre, 11). Actividad Arbitral De La Administración. Papel presentado en las III Jornadas de Arbitraje de la Asociación Venezolana de Arbitraje y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. Recuperado de <http://www.badellgrau.com/?pag=13&ct=2107>
- Barnes, J. (2011). Tres generaciones del procedimiento administrativo. *Revista de la facultad de derecho de la PUCP*, No. 67, 77-108. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/view/340>
- Becilla, C. (2018). Límites del Silencio Administrativo como forma de Terminación del Procedimiento. En W, Gallo, et al. (Coord.), *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional* (pp. 185-198) Belo Horizonte, Brasil: Fórum. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=716645>.
- Benítez, F. (2010, abril). La resistencia a la constitucionalización del Derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro. *Díkaion*. Recuperado de <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1704/2230>

- Bordalí, A. y Ferrada, J. (diciembre 2002). Las facultades juzgadoras de la Administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes. *Revista de Derecho Valdivia*. Vol. 13. Recuperado de [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809502002000100012&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502002000100012&lng=es&nrm=iso).
- Brito, M. (2018). Límites del Silencio Administrativo como forma de Terminación del Procedimiento. En W, Gallo, et al. (Coord.), *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional* (pp. 149-163) Belo Horizonte, Brasil: Fórum. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=716645>.
- Cassagne, J. (2013). *El acto administrativo: Teoría y Régimen jurídico*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Córdoba, R. (noviembre 1992). Ética y medicina prepagada. *IATREIA Revista médica Universidad de Antioquia*. Vol.5 (3), p. 2013-211. Recuperado de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/iatreia/article/view/3497>
- Carmona, J. (enero-diciembre 2007). La división de poderes y la función jurisdiccional. *Revista latinoamericana de derecho* (7-8), p. 175-211. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt7.pdf>
- Capito, J. (2006). El contrato de Medicina Prepagada y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (Tesis de especialización). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
- Coronel, E. (2014). La Materialización Legal del Derecho Constitucional de los Usuarios y Consumidores (tesis de pregrado). Universidad Central del Ecuador.
- Couture, E (2007). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Cuarta Edición. Segunda reimpresión. Montevideo, Uruguay. Ed. A b de f.

- Chocrón, A (mayo-agosto de 2005). La Exclusividad Y La Unidad Jurisdiccionales Como Principios Constitucionales En El Ordenamiento Jurídico Español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. XXXVIII (113), p. 651-68. <file:///C:/Users/USER/Documents/8vo%20semestre/Desarrollo%20de%20la%200disertación/LA%20EXCLUSIVIDAD%20Y%20LA%20UNIDAD%20JURISDICCIONALES%20COMO%20PRINCIPIOS%20CONSTITUCIONALES.pdf>
- Dávila, F. (2017). La Prescripción de la Potestad Sancionadora de los Órganos de la Administración Pública Central, ante la falta de su oportuno ejercicio. Pontificia Universidad Católica del Ecuador (tesis de pregrado). Recuperado de <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/13530>.
- Devolvé, P. (2014). La actualidad de la teoría de las bases constitucionales del Derecho administrativo. En Montaña, A., y Ospina, A. (Ed.), La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo (p. 41-61). Bogotá, Colombia: Universidad de Externado de Colombia.
- Echaiz Moreno, D. (2012). El derecho del consumidor a la seguridad. *Ius Et Praxis*, (43), 105-124. Recuperado de [http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius\\_et\\_Praxis/article/view/329](http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/329)
- El Comercio. (11 de noviembre de 2014). Ecuador tuvo cinco consultas entre 1978 y 1997. Recuperado de <http://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-historia-consulta-popularpreguntas.html>
- Ekos. (2012). *Empresas del sector-Ecuasanitas*. Recuperado de <http://www.ekosnegocios.com/negocios/especiales/documentos/salud.pdf>
- Fernández, J. (2016). “Derecho Administrativo”. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4455-derecho-administrativo-coleccion-inehrm>

- Figuerola García-Huidobro, Rodolfo. (2013). EL DERECHO A LA SALUD. Estudios constitucionales, 11(2), 283-332. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200008>
- Follari, M. (2013). *Naturaleza Jurídica del Contrato de Medicina Prepaga en la República Argentina* (tesis de pregrado). Universidad Empresarial Siglo XXI, Argentina. Recuperado de [https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12057/TFG\\_MAURICIO\\_FOLLARI\\_GORRA\\_VersionFinal.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12057/TFG_MAURICIO_FOLLARI_GORRA_VersionFinal.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- García, E. (1979). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. Madrid, España: Civitas. Obtenido de <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-LaLuchaContraLasInmunidadesDelPoderEnElDerechoAdmi-2112627.pdf>
- García, E., y Fernández, T. (2006). *Curso de derecho Administrativo*. Madrid, España: S.L. Civitas Ediciones.
- García, C. (julio-diciembre 2012). Atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades: características, críticas y dificultades. *Revista e-mercatoria*, 11 (2), 1-44. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/issue/view/344>
- García, J. (2012, junio, 13). La Jurisdicción y Procesos. *Derecho Ecuador*. Recuperado de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2012/06/13/la-jurisdiccion-y-el-proceso>
- García, F. (2009). ¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. *Actualidad Jurídica*, 1 (19), 327-372. Recuperado de <http://derecho-scl.udd.cl/investigacion/files/2010/05/Inflaci%C3%B3n-de-superintendencias-Un-diagn%C3%B3stico-cr%C3%ADtico-J-F-GARC%C3%8DA.pdf>

- Gordillo, A. (2017). Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Buenos Aires, Argentina. Tomo: I: Fundación Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2014). Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Buenos Aires, Argentina. Tomo: II: Fundación Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2012). Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Buenos Aires, Argentina. Tomo: V: Fundación Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2014). Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Buenos Aires, Argentina. Tomo: IX: Fundación Derecho Administrativo.
- Guillen, J. (enero-abril 2005). Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. Revista de administración pública, No. 166. Madrid, España. Recuperado el 30 de mayo de 2017 de file:///C:/Users/USER/Documents/PLAN%20DE%20TESIS/MATERIA%20DE%20CONSUMO-AdministracionYActividadArbitral-1326017%20(1).pdf
- Henríquez, M. (2013). LOS JUECES Y LA RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO. *Estudios constitucionales*, 11(1), 459-476. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100012>
- Hernández, K y Guerra, D. (junio 2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*. No. 6, 27-46. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4614067>
- Herreros, J. (2003). Boletín Jurídico de la Universidad Europea, No. 6, pp1-9. Madrid, España. Recuperado de <http://hdl.handle.net/11268/4910>.
- Ibáñez, M. (1972). *La jurisdicción*. Buenos Aires, Argentina: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.

- Ibarra, M. (27 de agosto de 2017). La peculiaridad de la adhesión en el contrato de seguro. *USFQ Law Review*, 87-102. Recuperado [https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion005/law\\_review\\_005\\_005.pdf](https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion005/law_review_005_005.pdf)
- Ivanega, M. (julio- noviembre 2011). El principio del informalismo en el procedimiento administrativo. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, No. 67, 155-176. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/issue/view/340>
- Jiménez, W; Granda, M; Ávila, D; Cruz, L; Flórez, J; Mejía, L y Vargas, D. (2017). Transformaciones del Sistema de Salud Ecuatoriano. *Universidad y Salud*, 19(1), 126-139. <https://dx.doi.org/10.22267/rus.171901.76>
- Landa, C. (2016). *La Constitucionalización del derecho administrativo. Thémis-Revista de derecho* 69, p. 199-217.
- Lucio, Ruth, Villacrés, Nilhda, & Henríquez, Rodrigo. (2011). Sistema de salud de Ecuador. *Salud Pública de México*, 53(Supl. 2), s177-s187. Recuperado en 28 de septiembre de 2018, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0036-36342011000800013&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342011000800013&lng=es&tlng=es)
- Machicado, J. (2012). "Etimología y Antecedentes De La Jurisdicción", *Apuntes Jurídicos™*, recuperado de [http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/02/eaj\\_28.html](http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/02/eaj_28.html). Consulta: sábado, 31 marzo de 2018
- Malem, J., y Seleme, H. (2013). Patologías de la división de poderes. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, (36), p. 275-295. Obtenido de <file:///C:/Users/USER/Documents/8vo%20semestre/Desarrollo%20de%20la%20Odisertación/patologias-de-la-division-de-poderes.pdf>.

- Malo-Serrano, Miguel, & Malo-Corral, Nicolás. (2014). Reforma de salud en Ecuador: nunca más el derecho a la salud como un privilegio. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 31(4), 754-761. Recuperado de [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-46342014000400022&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342014000400022&lng=es&tlng=es).
- Meilán, J. (mayo-agosto 2017). El carácter estructural de la norma y el acto administrativo. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVII, Número 268, 567-594. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/32855/29819>
- Mendoza, D. (enero 2016). La Plena Jurisdicción en el Proceso Contencioso Administrativo Sistema Procesal que Salvaguarda los Derechos de los Servidores Públicos frente a los Actos de la Administración Pública. *Administración Pública y Control*, No. 25, 72-75. Recuperado de [https://www.academia.edu/26440859/LA\\_PLENA\\_JURISDICCION\\_EN\\_EL\\_PROCESO\\_CONTENCIOSO\\_ADMINISTRATIVO\\_Sistema\\_procesal\\_que\\_salvaguarda\\_los\\_derechos\\_de\\_los\\_servidores\\_publicos\\_frente\\_a\\_los\\_actos\\_de\\_la\\_administracion\\_publica](https://www.academia.edu/26440859/LA_PLENA_JURISDICCION_EN_EL_PROCESO_CONTENCIOSO_ADMINISTRATIVO_Sistema_procesal_que_salvaguarda_los_derechos_de_los_servidores_publicos_frente_a_los_actos_de_la_administracion_publica)
- Ministerio de Salud Pública del Ecuador. (2017). *Ministerio de Salud celebra 50 años de vida institucional*. Recuperado de <https://www.salud.gob.ec/ministerio-de-salud-celebra-50-anos-de-vida-institucional/>
- Miranda, A (1980) *Guía Para el Estudio de Derecho Civil III Obligaciones*. San Salvador, El Salvador: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador
- Montaña, A. (2014). El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo. En Montaña, A., y Ospina, A. (Ed.), *La constitucionalización del Derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo (p. 63-79). Bogotá, Colombia: Universidad de Externado de Colombia.

- Montero, J. (2014). La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Número 12, 23-44. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3993/4294>
- Morón, M. (2015). *Derecho Administrativo parte general*. Madrid, España: Tecnos
- Neira, E. (2017). *La jurisdicción contencioso administrativa: reflexiones jurídicas sobre sus disfuncionalidades*. Quito, Ecuador: Colección Iuris Dictio.
- Nieto, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, España: Tecnos.
- Nieva, J. (Julio 2017). Seis conceptos en busca de un objetivo: jurisdicción, acción, proceso, derechos, pena y delito. *Polít. crim.* 12(23),103-123. Recuperado de [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_23/Vol12N23A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A4.pdf)
- Nieva, J. (2016). Ideología y justicia legal: (con una hipótesis sobre el origen romano del jurado inglés). *Ius et Praxis*, 22(1), 59-86. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000100003>
- Núñez, A. (2008). El procedimiento contencioso administrativo para tutelar los derechos de los servidores públicos. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador (tesis de posgrado). Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/2609>
- Olmedo, M. (2008). Análisis de los derechos de los consumidores y usuarios en la legislación ecuatoriana (Tesis de pregrado). Universidad de las Américas, Quito, Ecuador.
- “Orden Público”. (s.f.). *Enciclopedia Jurídica*. Consultado el 31 de octubre de 2018, de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/orden-p%C3%BAblico/orden-p%C3%BAblico.htm>
- Ortega, C. (julio-diciembre 1990). La función jurisdiccional del Estado. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XL (172-173-174), 127- 166.

<file:///C:/Users/USER/Documents/8vo%20semestre/Desarrollo%20de%20la%20disertación/LA%20FUNCIÓN%20JURISDICCIONAL%20DEL%20ESTADO%20CLAUDIA%20ORTEGA.pdf>.

Ospina, A. (2014). Separación de poderes y Derecho administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios. En Montaña, A., y Ospina, A. (Ed.), *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo* (p. 117-143). Bogotá, Colombia: Universidad de Externado de Colombia.

Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso (segunda edición)*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Pérez, D. (octubre, 2009). El concepto de soberanía en el texto constitucional. *Iuris Dictio*. Recuperado de <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio/article/view/683/977>

Prado, J. (2017). *Aplicación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en los Juzgados de Contravenciones de Quito (tesis de pregrado)*. Universidad de las Américas, Quito, Ecuador. Recuperado de <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/6975/1/UDLA-EC-TAB-2017-15.pdf>

Quezada, J. (1984). *Derecho procesal civil chileno: la jurisdicción*. Santiago de Chile, Chile: Ediar.

Rebollo Puig, Manuel, Izquierdo Carrasco, Manuel, Alarcón Sotomayor, Lucía, & Bueno Armijo, Antonio. (enero- junio 2005). Panorama del derecho administrativo sancionador en España Los derechos y las garantías de los ciudadanos. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7(1), 23-74. Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-05792005000100001&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000100001&lng=en&tlng=es).

- Rodríguez, J. (2011). Aproximación al derecho administrativo constitucional. México D.F., México: Novum.
- Rojas Ochoa, Francisco. (2009). La Salud Pública Revolucionaria Cubana en su aniversario 50. *Revista Cubana de Salud Pública*, 35(1). 1-12. Recuperado en 31 de diciembre de 2018, de [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-34662009000100003&lng=es&tlng=es](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662009000100003&lng=es&tlng=es).
- Rojas, E. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. No.67. 177-188. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3147/3513>
- Rojas, K. (2016). Impacto de la ley de medicina prepagada en el Ecuador. (Tesis de pregrado). Universidad San Francisco de Quito. Recuperado de <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/6539>
- Rosero, A. (enero – abril de 2014). La unidad de la jurisdicción en el estado colombiano. Una mirada a partir de la Constitución Política de 1991. *Diálogos de Derecho y Política*, 6 (13), 24-46. Recuperado de <file:///C:/Users/USER/Documents/8vo%20semestre/Desarrollo%20de%20la%20disertación/La%20unidad%20jurisdiccional%20en%20el%20Estado%20Colombiano.pdf>
- Sánchez, L. (2011). La inconstitucionalidad de los actos cuasijurisdiccionales. *Boletín de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, No. 2, 1-29. Recuperado de <http://w2.ucab.edu.ve/cuerpo-editorial.html>
- Salas, R. (2010). Algunos apuntes y reflexiones sobre la Tutela de los derechos de los consumidores y la Asimetría Informativa en el mercado. *Foro Jurídico*. No. 11, 182-193. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18587>

- San Martín, H. E. (22 de marzo de 2016). La medicina prepagada. *El comercio*. Recuperado de <http://www.elcomercio.com/cartas/cartas-direccion-medicina-prepagada-iess.html>
- Schmidt-Abmann, E. (2014). El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo. En Montaña, A., y Ospina, A. (Ed.), *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo* (p. 21-39). Bogotá, Colombia: Universidad de Externado de Colombia.
- Simone, C. (2005). *El Control De Constitucionalidad de los Actos Administrativos en el Ecuador*. (Tesis de posgrado). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2423/1/T0353-MDE-Simone-El%20control.pdf>
- Solano, V. (2015). *El diseño de las funciones del Estado en la Constitución ecuatoriana del 2008*. (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4275/1/T1536-MDE-Solano-El%20dise%C3%B1o.pdf>
- Tambussi, C. (2007). Los Derechos Del Consumidor Como Derechos Humanos. En A, Gordillo. (Ed.); *Derechos Humanos* (pp.VII-1 a VII- 15). Buenos Aires, Argentina: Fundación Derecho Administrativo. Recuperado de <http://www.gordillo.com/DH6/capVII.pdf>
- Tambussi, C. (diciembre, 2014). Los derechos de usuarios y consumidores y el derecho a la salud. *Revista Derecho Privado*, No.9, 211-230. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/autores/carlos-eduardo-tambussi>
- Terán, L. (2014). *Principios Constitucionales y jurídicos de la tributación*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y publicaciones.

Tinajero, F (s/f). Incidencia de las reformas constitucionales en el contencioso administrativo. Quito, Ecuador: Asociación Escuela de derecho.

Tirado, M. (2001). El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho y sociedad*. N° 17, 221-234. Lima, Perú Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16886/17192>

Trazegnies, Carolina de (2010). “Sobre la publicación del Código de Protección y Defensa del Consumidor: perspectivas y análisis (entrevista)”. Foro Jurídico 11. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Troya, A. (2002). *Elementos de derecho procesal civil*. Quito, Ecuador: Pudeleco S.A.

Zambrano Torres, A. (2010). Principios del Derecho Constitucional. Sevilla: Azempresa

Urbina, E, R, (2016). Slideshare. Cabudare, Venezuela: Slideshare. Recuperado de <https://es.slideshare.net/elurbina/los-actos-administrativos-trilaterales-triangulares-o-cuasijurisdiccionales>

Zabala, J. (enero 2000). La unidad jurisdiccional. *Iurisdictio*, 1 (1), 19-25. Recuperado de <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/467/820>.

## **5.2. NORMATIVA NACIONAL**

Acuerdo Ministerial No. 0068-2017, Ministerio de Salud Pública del Ecuador. Registro Oficial No 14 de 14 de junio de 2017.

Código Orgánico General de los Procesos, Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

Codificación del Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

Intendencia Nacional de Compañías, Resolución No. ADM-2017-170 de 3 de noviembre de 2017.

Ley del Sistema Ecuatoriano de Calidad, Registro Oficial Suplemento No. 26, de 22 de febrero de 2007.

Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Registro Oficial No.7 de 20 de febrero de 1997.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Registro Oficial No.312 de 13 de abril de 2004.

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Resolución No. SCVS.INS.17.005. Registro Oficial Suplemento 989 de 21 de abril de 2017.

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Resolución No. SCVS-INS-2018-0028 de 13 de julio de 2018. Registro Oficial Suplemento No. 326 de 13 de septiembre de 2018.

### **5.3. NORMATIVA INTERNACIONAL**

Observación General N° 14, párrafo 9. Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales. 22° período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

Organización de las Naciones Unidas (2016). Directrices para la Protección del Consumidor. Recuperado de <https://unctad.org/es/paginas/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1598>.

#### **5.4. JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.ro. 380-17-SEP-CC. Caso Nro. 2334-16-EP. Resolución de la Corte Constitucional 380 Registro Oficial Edición Constitucional 24 de 12diciembre de 2017.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N. <sup>a</sup> 303-15-SEP-CC. Caso N. 0518-14-EP

Corte Constitucional, 2011, sentencia No, 040-11-SEP-CC. Caso No. 1824-10-EP.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Caso Martha Erazo vs. Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Causa No. 279-01. Sentencia de 28 de enero de 2002. Registro Oficial No. 583 de 27 de mayo de 2002. Recuperado de [http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca\\_silec/TEXTOSRO/2002/BDFDB77AA928EA2B48B914E45B5368FE26B8E11F.pdf](http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/TEXTOSRO/2002/BDFDB77AA928EA2B48B914E45B5368FE26B8E11F.pdf)

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Caso CORPASURSA S. A. vs. Superintendencia de Compañías. Resolución No.0159-2009. Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Recuperado de <https://appsj.funcionjudicial.gob.ec/jurisprudencia/buscador.jsf>.

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Caso Solórzano María vs. Sul América Compañía de Seguros C.A. Gaceta Judicial Serie XVII, No. VI, Año 2001.

#### **5.5. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-128 de 2000. Obtenido de <http://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/5452>

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, ALONDRA ASTRID ESCOVAR PÁEZ C.I. 1727659953, autora del trabajo de titulación titulado: “LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE MEDICINA PREPAGADA” previo a la obtención del título profesional de ABOGADA en la Facultad de Jurisprudencia.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 18 de marzo de 2019

  
Alondra Astrid Escovar Páez

C.I. 1727659953

REPÚBLICA DEL ECUADOR  
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL  
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

KÉDULA DE CIUDADANÍA  
APELLIDOS Y NOMBRES  
**ESCOVAR PAEZ ALONDRA ASTRID**  
LUGAR DE NACIMIENTO  
PICHINCHA  
QUITO  
SAN BLAS  
FECHA DE NACIMIENTO **1985-10-04**  
NACIONALIDAD **ECUATORIANA**  
SEXO **F**  
ESTADO CIVIL **SOLTERA**

Nº **172765995-3**









INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE**

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE **ESCOVAR BRITO EDUARDO VLADIMIR**

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE **PAEZ UGULLAS FANNY LILIAN**

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN  
**QUITO**  
**2013-11-29**  
**2023-11-29**

E13331222

CERTIFICADO DE VOTACIÓN  
4 DE FEBRERO 2018

007  
URTA No

007 - 313  
WAMBO

1727659953  
CÉDULA

**ESCOVAR PAEZ ALONDRA ASTRID**  
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA  
PROVINCIA  
RUMIHAQUI  
CANTÓN  
SAN RAFAEL  
PARROQUIA

CIRCUNSCRIPCIÓN  
ZONA





REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

**CIUDADANA (O)**

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS



PRESEDENTE DE LA JRV

