



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**Análisis de facultad discrecional en la determinación del giro
específico del negocio**

AUTORA:

Cedeño Vergara, Valeria Naomi

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del
Ecuador**

TUTOR:

Dr. Compte Guerrero, Rafael Enrique

Guayaquil, Ecuador

21 de febrero de 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Cedeño Vergara Valeria Naomi**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____

Dr. Compte Guerrero, Rafael Enrique

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

Ab. Lynch Fernández, María Isabel

Guayaquil, a los 21 días del mes de febrero del año 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
DEL ECUADOR**

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Cedeño Vergara, Valeria Naomi**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Análisis de facultad discrecional en la determinación del giro específico del negocio**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 21 días del mes de febrero del año 2018

LA AUTORA

f. _____

Cedeño Vergara, Valeria Naomi



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Cedeño Vergara, Valeria Naomi**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Análisis de facultad discrecional en la determinación del giro específico del negocio**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 21 días del mes de febrero del año 2018

LA AUTORA:

f. _____
Cedeño Vergara, Valeria Naomi

URKUND

Dokument [Tesis giro especifico.doc](#) (D35710486)

Inskickat 2018-02-18 09:48 (-05:00)

Inskickad av rafael.compte@cu.ucsg.edu.ec

Mottagare rafael.compte.ucsg@analysis.orkund.com

Meddelande Tesis giro especifico [Visa hela meddelandet](#)

3% av det här c:a 11 sidor stora dokumentet består av text som också förekommer i 7 st källor.

Källförteckning **Markeringar**

Rankning	Sökväg/Filnamn	
+	http://www.estudio10.com.ec/item/las-contrataciones-en-el-regimen-especial-el-giro-especif...	✓
+	https://derechoecuador.com/el-contrato-como-fuente-de-obligaciones	✓
+	http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec063es.pdf	✓
+	https://es.thefreedictionary.com/potestad	✓
-	Alternativa källor	

0 Varningar Återställ Exportera Skicka

Dr. Compte Guerrero, Rafael Enrique
DOCENTE TUTOR

Cedeño Vergara, Valeria Naomi
ESTUDIANTE

AGRADECIMIENTO

A Dios, por cuidarme y guiar mi camino.

*A mis padres, Mario y Mirna, el pilar fundamental de mi vida, sin su comprensión y
paciencia no habría podido cumplir esta meta.*

*A mis hermanas, Karen y Mariel, quienes siempre me han apoyado de manera
incondicional en todas mis decisiones.*

*A mis amigos, por los momentos compartidos en esta etapa universitaria... ¡Lo
logramos!*

*A mi tutor, Dr. Rafael Compte Guerrero, por todos los comentarios y sugerencias
brindadas para la realización de esta tesis.*

DEDICATORIA

*A mis padres y mis hermanas, todo lo que soy lo he conseguido gracias a su apoyo,
este logro es para ustedes.*



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

MARÍA ISABEL, LYNCH FERNÁNDEZ
DIRECTORA DE CARRERA

f. _____

MARITZA GINETTE, REYNOSO GAUTE DE WRIGHT
COORDINADORA DEL ÁREA

f. _____

NURIA, PÉREZ PUIG-MIR
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE B-2017
Fecha: Febrero, 21 del 2018

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado “**Análisis de facultad discrecional en la determinación del giro específico del negocio**”, elaborado por la estudiante **VALERIA NAOMI CEDEÑO VERGARA**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación **DIEZ SOBRE DIEZ (10/10)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

Dr. Compte Guerrero, Rafael Enrique
DOCENTE- TUTOR

ÍNDICE

RESUMEN	IX
ABSTRACT.....	X
CAPITULO I.....	2
1. CONTRATO ADMINISTRATIVO	2
2. DISCRECIONALIDAD.....	4
3. ARBITRARIEDAD Y DIFERENCIA CON LA DISCRECIONALIDAD	5
4. POTESTAD REGLADA.....	8
CAPITULO II.....	9
1. REGIMEN ESPECIAL	9
2. GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO	11
CONCLUSIÓN	16
RECOMENDACIONES.....	16
BIBLIOGRAFÍA	17

RESUMEN

Es conocido que el interés de la administración pública debe ser el interés público, interés al que está obligada a servir, teniendo esto en consideración, es menester que se utilicen de manera correcta los recursos públicos y que las actuaciones de la administración pública y sus funcionarios se adecuen al marco normativo.

Este trabajo investigativo busca determinar si el mecanismo de contratación por giro específico del negocio contemplado dentro del régimen especial en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se presta para abusos, es decir, si so pretexto de salvaguardar el orden estatal y de efectivizar la consecución del bien común, se usa este mecanismo que busca agilizar las contrataciones para poder satisfacer las necesidades del pueblo como facilitador para esquivar el marco normativo común que rige las contrataciones públicas y realizar contrataciones de manera directa, pues en el caso en cuestión, quien determina que se considera como actividades dentro del giro específico del negocio es el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública y una vez aprobado vía resolución, la misma entidad solicitante emite su propio reglamento que le permite efectivizar las contrataciones por giro específico del negocio.

Palabras claves: Giro específico, régimen especial, administración pública, discrecionalidad, potestad reglada, arbitrariedad.

ABSTRACT

It's common knowledge that the interest of the public administration should be the public interest, interest that the administration is required to serve, taking this into consideration, the public administration should make good use of the public resources and also all of the actions from the public administration and its representatives should be adjusted to the law.

This investigative work seeks to determine whether the specific line of business contracting mechanism contemplated under the special regime in the article 2 of the Ley Órganica del Sistema Nacional de Contratación Pública lends itself to abuse, this is, if under the pretext of safeguarding the state order and to achieve the common good, this mechanism, that should be used to speed up hiring in order to meet the needs of the people, is used as a facilitator to bypass the common regulatory framework in order to make direct deals, as we will see in this work, the person that determines what is considered an activity within the specific line of business is the General Director of the Servicio Nacional de Contratación Pública and once this is approved via resolution, the same requesting entity issues its own regulation that allows it to effect the determine it's own way of contracting by using this mechanism.

Keywords: Specific line of Business, special regime, public administration, discretion, arbitrariness.

CAPITULO I

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO

Es menester definir qué se entiende por contrato administrativo pues es el fundamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por sus siglas LOSNCP, como bien señala en su Art. 60, “los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

El Código Civil, si bien es el cuerpo normativo que rige el Derecho Privado, es de igual manera norma base para encontrar definiciones de diversas instituciones jurídicas así, el Art.1453 de dicho cuerpo legal indica que “contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (Código Civil Ecuatoriano, 2005). De esto se entiende que el contrato es un acuerdo entre partes para realizar una prestación.

Para García de Enterría “el contrato administrativo es una institución jurídica general del derecho, que se califica de administrativo cuando se dan ciertas modulaciones que lo especifican y transforman en unidad dentro del género” (García de Entrerría, 2013, pág. 720). Esta definición establece que para denominar a un contrato como administrativo es necesario que existan características que lo distingan de la generalidad del contrato.

Una de las características que compone al contrato administrativo, se encuentra presente en la definición contenida en el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, por sus siglas ERJAFE, que en su Art. 75 señala que contrato administrativo “es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables” (Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 1994). De esta manera se puede señalar que una de las características que distingue al contrato administrativo de la generalidad del contrato es el ámbito subjetivo, pues siempre está involucrada una parte en representación de la función administrativa; se entiende que

quienes ejercen la función administrativa son las instituciones que conforman la administración pública.

El acuerdo entre partes puede ser entre un particular y la administración pública o entre dos instituciones que conforman la administración pública, que son aquellas instituciones señaladas en el Art. 225 de la Constitución de la República, es decir los organismos y dependencias de las funciones del estado, las entidades que conforman los GADs y las personas jurídicas creadas por ellos para prestar servicios públicos, los organismos creados por la ley para el ejercicio de la potestad estatal, los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para prestar servicios públicos o para desarrollar actividades económicas que son asumidas por el estado. (Constitución de la República de Ecuador, 2008)

Para la jurista Rivas Casaretto una característica del contrato administrativo es que no hay igualdad entre las partes contratantes; esto en el sentido de que una de las partes, la administración pública, usa el poder estatal (Rivas Casaretto, 2004, pág. 20). Y un ejemplo de esto es que se permite el uso de cláusulas exorbitantes, que so pretexto del interés social, benefician a la administración pública.

De igual manera es necesario mencionar al ámbito objetivo de los contratos administrativos, que tal como estipula el Art. 1 de la LOSNCP, son contratos para la adquisición o arrendamiento de bienes, la ejecución de obras y prestación de servicios, todas estas prestaciones con una finalidad que busca satisfacer necesidades públicas atendiendo el concepto de orden público. Entonces se puede entender al contrato administrativo como el acuerdo entre partes, en el cuál una de ellas está en ejercicio de la administración pública, con la finalidad de prestar servicios, ejecutar obras o adquirir u arrendar bienes, pues como señala Fernández, el poder discrecional del estado es un poder funcional, es decir sirve a los intereses colectivos a los que la administración está obligada a servir (Fernández T. R., 2006, pág. 97).

2. DISCRECIONALIDAD

Antes de abordar el tema es necesario hacer ciertas precisiones, la discrecionalidad en el ámbito de la administración pública encuentra su fundamento, en el principio de legalidad, principio que es sustento de las actuaciones de la administración pública y se encuentra consagrado en la Constitución de la República. En el artículo 226 de la Constitución de la República se indica que “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución (Constitución de la República de Ecuador, 2008), se entiende que en el ámbito del derecho administrativo solo se puede realizar lo que está permitido en el ordenamiento jurídico, es decir toda actuación debe estar respaldada por una norma. Como señala Zavala Egas, la rigidez de este principio hizo surgir dos medios de escape, la discrecionalidad y los decretos de emergencia. (Zavala Egas, 2003, pág. 242)

La discrecionalidad como indica Fernández (2006) se puede entender de manera muy general como poder, es una capacidad incondicionada de imposición capaz de justificarse en una palabra (Fernández T. R., 2006, pág. 24). Sin embargo, actualmente esta definición de discrecionalidad sin algún tipo límite es obsoleta y no tendría sustento en la sociedad moderna ni se encuadraría dentro del principio de legalidad.

Para llegar a una definición más contemporánea de discrecionalidad hay que acudir a otro concepto que es el sustento de la discrecionalidad, y este es, la libertad. Al hablar de libertad como señala Lifante (2002) por un lado existe la libertad que se tiene para tomar decisiones, es decir elegir entre las diferentes opciones; y por otro, que la libertad no es absoluta tiene que estar delimitada por una norma (Lifante, 2002). Por su parte, Marcial Rubio Correa considera que la discrecionalidad es “el margen de arbitrio que el Derecho da a los órganos y organismos del Estado para ejercitar sus competencias en atención a los fines para los que fueron establecidas y en atención al interés público” (Rubio, 2006, pág. 152)

En el mismo sentido, Gabino Fraga señala que "...la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o en fin qué contenido va a dar a su actuación" (Fraga, 2007, pág. 232).

De lo citado anteriormente se puede concluir que la doctrina en general, coincide en que debe existir un marco, en este caso una norma, en el cual se desarrolle la facultad decisoria de la administración, mismo que debe permitir la existencia de la facultad discrecional, es decir permite la existencia de cierto grado de libertad, caso contrario, sería mera arbitrariedad.

El derecho está en constante movimiento, evoluciona conforme lo hace la sociedad es por esto que es imposible prever en la ley todas las posibilidades de accionar humano. Resulta una tarea compleja, por no decir imposible, para el legislador pensar y prevenir la mayor cantidad de conductas o presupuestos en la ley, es por esto que existe la facultad discrecional pues otorga la posibilidad de elegir entre uno u otro curso de acción a partir de los presupuestos generales de una norma.

Fraga (2007) agrega además que de los propios términos de la misma ley es de donde se puede inferir si esta otorga a las autoridades una facultad discrecional o no, señalando como ejemplo que, por lo general, cuando una norma usa términos no imperativos sino permisivos o facultativos, nos encontramos frente a un poder discrecional. De igual forma sucede cuando la ley faculta libertades a la autoridad para actuar bajo parámetros subjetivos tales como lo son los términos de necesidad, conveniencia, razonabilidad, suficiencia, equidad, exigencia del interés u orden público, entre otros. También se da esta situación cuando la ley prevé dos o más posibles actuaciones en un mismo caso sin imponer el cumplimiento de ninguna de ellas (Fraga, 2007, pág. 232).

3. ARBITRARIEDAD Y DIFERENCIA CON LA DISCRECIONALIDAD

De la discrecionalidad se puede afirmar que permite a la administración adoptar medidas dentro de un caso determinado de manera libre, siempre que esto sea jurídicamente indiferente, esto es, que no altere el campo de actuación que el ordenamiento jurídico le determina.

De esto, es preciso señalar la disimilitud entre la indiferencia legal y la indiferencia jurídica ya que “indiferente jurídicamente no hay nada a priori en un Estado material de Derecho que reconozca un orden de valores preexistente y se ordene a su efectiva realización” (Fernández T. , 1994, pág. 151). Esto hace referencia a que cuando alguien en ejercicio de una potestad administrativa actúa discrecionalmente, implica que este lo realiza dentro de los parámetros impuestos por el ordenamiento jurídico, es decir, reconoce la legalidad como un principio en el que se debe desenvolver su accionar.

El Diccionario de la Real Academia Española define a lo arbitrario como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón” (Real Academia Española, 2001), de lo que podemos concluir que algo arbitrario se encuentra opuesto siempre a lo legal o lo razonable, teniendo como principal fuente la mera liberalidad de la voluntad de quien lo ejerce, en el caso que nos compete, la administración pública.

Los actos discrecionales podrían devenir en arbitrarios si estos no se respaldan en datos objetivos, por lo cual es necesario establecer parámetros dentro de los cuales la administración pueda desenvolver su actuación sin peligro de incurrir en la desviación de poder. García de Enterría (1989) indica que esto coadyuva a que el desempeño discrecional de las autoridades cumpla con la finalidad previamente considerada por la norma y “en todo caso, de la finalidad pública de utilidad o interés general” (García de Enterría, 1989, pág. 27), so pena del posterior control jurisdiccional de la actuación administrativa.

Fernández (2006) señala que discrecionalidad no es arbitrariedad, pues discrecionalidad implica que existen motivaciones suficientes, que pueden ser discutibles o no, pero que son considerables; mientras que cuando se habla de arbitrariedad significa que no existe motivación respetable y se trata pura y simplemente de *sit pro ratione voluntas* -sea mi voluntad la razón- (Fernández T. R., 2006, pág. 94); la motivación, uno de los parámetros antes referidos, en línea con el mismo tratadista, puede ser que no aparezca, es decir que es inexistente o insuficiente o que a pesar de existir no está debidamente fundamentada. Lo que distingue a lo arbitrario de lo discrecional a primera vista es la motivación, pues se entiende que lo no motivado, lo que no tiene sustento, es arbitrario.

La autora Milagros Otero Parga sostiene que para que una conducta de la administración sea considerada como arbitraria debe cumplir con estos requisitos: conducta antijurídica, poder público e irregularidad caprichosa (Otero, 1995, págs. 397-400). El primero relativo a la forma en que su accionar se desenvuelve, esto es, contrario a derecho; la segunda referente a la autoridad que emite el acto antijurídico, y; por último, el elemento más importante, la irregularidad caprichosa, por cuanto es lo que determina si la actuación de la autoridad es arbitraria o no, ya que esta irregularidad caprichosa para Del Vecchio (1935) implica “obrar sin arreglo a ninguna norma ni criterio objetivo y estable, el obrar sin apoyo en un fundamento dado, sólo porque sí, sólo en virtud del capricho o antojo subjetivo del momento” (Del Vecchio, 1935, pág. 524).

La arbitrariedad y discrecionalidad son diferentes pero se encuentran relacionadas debido a que ambas implican que no hay un ajuste de la conducta de la administración a unas normas preestablecidas de estricto cumplimiento. La diferencia entre ambas radica en que la actuación discrecional se halla enmarcada dentro de principios y directrices generales, a pesar de no tener reglas específicas y detalladas que delimiten su actuar. Por su parte, la arbitrariedad implica una total falta de criterio jurídico, sino de una mera voluntad sin razón fundamentada.

En nuestro país, el legislador prevé evitar normativamente que se den estas situaciones mediante la inclusión de la interdicción de la arbitrariedad en el reciente Código Orgánico Administrativo, que aún no entra en vigencia, en el capítulo segundo de su Título Preliminar, estipulando en su art. 18

“Art. 18.- Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias.

El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.” (Código Orgánico Administrativo , 2017)

De igual manera, con el fin de que la presunción de legitimidad de los actos de la administración no solo sea eso, presunción, sino que se materialice tal característica, el art. 23 del mismo cuerpo normativo señala el deber de las autoridades de motivar toda decisión que tomaren.

4. POTESTAD REGLADA

Una vez analizada la actividad discrecional de la administración, cabe entrar a un breve recuento de las implicaciones de la potestad reglada, misma que a pesar de que se suele pensar que es totalmente lo contrario a la anteriormente citada, no es así puesto que estas comparten una similitud enorme: ambas provienen de la misma ley.

La potestad reglada de la administración consiste en que la normativa legal señala a detalle la manera en la que esta tiene que actuar frente a una situación determinada; es decir, limita la actuación del poder público a determinadas consecuencias legales. La ley puede prever todos los supuestos posibles para ciertas situaciones, estableciendo a su vez todas las soluciones a las que la administración se debe atener; en este caso, estamos ante una actividad reglada. Por el contrario, cuando no se establece con especificidad la forma en que la autoridad debe resolver una circunstancia particular, o en su defecto, establece dos opciones posibles, nos encontramos ante una actividad o potestad discrecional.

En el primer supuesto, la actividad de la administración queda reducida a una simple constatación de los supuestos fácticos contemplados en la norma pertinente y la consecuente aplicación del procedimiento previsto por la misma. Esto no permite que aspectos subjetivos nublen o turben la actividad administrativa, debido a que no da libertad alguna de actuación, sino solo un procedimiento de subsunción.

Debido a lo antes manifestado, es pertinente sostener que estas facultades de la administración se encuentran íntimamente ligadas al principio de legalidad, ya que, siguiendo la máxima del derecho público, solo se puede hacer lo que está permitido, implicando que el poder público se debe netamente a lo dispuesto en la ley.

El principio de legalidad es el pilar fundamental del estado de derecho y consiste en el respeto y supremacía de la ley, por lo que la actuación de cualquier poder público se debe someter al ministerio de la esta. Actualmente en nuestro país, este principio se encuentra elevado a rango constitucional en el cual se incluye el principio de reserva de ley, según el cual determinadas materias deben regularse obligatoriamente por una ley especial. De igual manera, este derecho contribuye a la seguridad jurídica

por cuanto deben existir normas claras y previas a fin de que los ciudadanos puedan adecuar su conducta en sociedad a estas.

En conclusión, la actuación de la administración siempre se desprende de las facultades otorgadas por la ley, efectivizando de este modo el principio de legalidad. Lo anterior es comprobable por cuanto, indudablemente, las actividades regladas del poder público se desprenden en detalle de la norma legal; por otro lado, las facultades discrecionales a pesar de no poseer la características del detalle de la norma, este se desprende de la ley en la medida en que esta le otorga a la autoridad la posibilidad de elegir el medio que considere idóneo para conseguir determinado fin encaminado al bien común y utilidad pública, además, en el otorgamiento de este margen de libertad en sus decisiones, la ley señala parámetros mínimos bajo los cuales debe desenvolverse la actividad pública, lo cual se conoce como elementos reglados. De esto deriva que tanto las potestades regladas como las discrecionales

CAPITULO II

1. REGIMEN ESPECIAL

Se encuentra consagrado en el Art. 2 de la LOSNCP, sin embargo en dicho cuerpo normativo no hay una definición de lo que implica el régimen especial como tal, solo se señala que se someterán a la normativa que dicte el presidente de la república en el reglamento general a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública las contrataciones que se enumeran en dicho artículo. En el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el Art. 103 se hace mención a las entidades a quienes aplicará la contratación por giro específico del negocio que son las empresas públicas o aquellas empresas cuyo capital pertenezca al menos al 50% a entidades de derecho público, y las empresas subsidiarias que, como estipula el Art. 6 numeral 11 de la LOSNCP, son personas jurídicas creadas por las empresas públicas, sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación superior al cincuenta por ciento.

Así como se evidencia hasta ahora en la normativa no hace mención a que implica el régimen especial, simplemente se señala a las entidades que pueden aplicar a este sistema. Para efectos de continuar con este análisis se debe tener claro que es

régimen especial. Para Mora (2015) se justifica la existencia de un régimen especial por cuanto es necesario que existan modelos ágiles y dinámicos en la contratación pública que permitan al estado una competencia más igualitaria con la empresa privada. De lo señalado anteriormente sabemos que este régimen tiene como figura a las empresas públicas, y en este caso me suscribo a este criterio, pues se busca que las empresas públicas tengan competitividad para poder equipararse con las empresas privadas.

El régimen especial de contratación pública se encuentra contenido en el art. 2 de la LOSNCP y se refiere a la fase precontractual de este tipo de operaciones, la cual se debe someter a las reglas que el Presidente de la República dicte para el efecto en el Reglamento de dicha ley. Este cuerpo normativo establece las reglas para dicho régimen a partir del art. 68.

Uno de los requisitos que este tipo de régimen especial esquivaba es el contemplado para el procedimiento de licitación, el cual prevé la conformación de la Comisión Técnica, conforme lo dispuesto en el art. 49 de la ley de la materia. Asimismo, en dicha disposición establece que la fase precontractual del régimen común de licitación comprende desde la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento.

La formalidad de conformación de una comisión técnica es obviada en los procedimientos sujetos a régimen especial, ya que la aplicación de este ente es una opción que tiene la entidad pública que contratará productos comunicacionales y servicios comunicacionales a través de un proceso de selección, lo cual se encuadra en el numeral 3 del art. 2 de la ley en cuestión.

El procedimiento de contratación de cada supuesto contemplado en el art. 2 antes citado varía debido a la importancia y necesidad de celeridad de llegar a la conclusión de la etapa precontractual. Por su parte, respecto del numeral 8 de la disposición antes señalada tiene un inconveniente respecto de lo que se considera como “giro específico del negocio” y “giro común del negocio” ya que en la ley no existe norma alguna que indique lo que se debe entender por una u otra, sino que la calificación de ambas

corresponde al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública. De igual manera, en el reglamento de la ley, en su art. 104, se menciona que las empresas mercantiles cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, no estarán sujetas a lo que se establece la LOSCNP ni el reglamento general a dicha ley, para el efecto de que estas empresas puedan realizar contrataciones deben dirigir una petición al director del SERCOP a fin de que determine qué actividades corresponden a qué tipo de giro del negocio.

De esto podemos concluir que las contrataciones usando este mecanismo no se encuentran regladas por una norma como tal y a la vez, no existe facultad reglada ni discrecional respecto de la resolución de giro específico o común del negocio que debe emitir el director del SERCOP, puesto que no existe ni un parámetro mínimo que aquel funcionario deba observar para la calificación de tales particulares, por lo que al no establecer los elementos reglados mínimos que necesita una norma para que se considere otorgar facultades discrecionales, esta potestad del director de la institución puede prestarse para arbitrariedades debido a la extensa libertad de actuación que se le otorga, ya que puede ser incluso contradictorio en diferentes resoluciones de empresas similares. Además, sin realizar acusación alguna, se puede usar este mecanismo para ejercer actos de corrupción en los que, una resolución amañada del Director del SERCOP, bajo el pretexto del giro específico del negocio, derive en un contrato con una empresa en la que haya un interés personal de algún funcionario público o de la entidad contratante, desviándose del fin inicial de este tipo de procedimientos.

2. GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO

El giro específico del negocio es un mecanismo de contratación contemplado dentro del régimen especial en LOSNCP, en dicho cuerpo legal ni el Reglamento General a la Ley existe normativa alguna que establezca que debe entenderse por giro específico del negocio y es por esto que debo remitirme al objeto social para intentar determinar que se entiende por giro específico del negocio, pues el objeto societario representa uno de los conceptos básicos respecto del régimen jurídico regulador de las sociedades ya que este es el que regula la actuación de la sociedad o compañía por medio de sus órganos de administración.

En nuestro ordenamiento, dicha figura se encuentra prevista por la Ley de Compañías en su art. 3, misma que forma parte constituyente del contrato social, por ser un requerimiento legal para que este surta efectos, y cuya función jurídica es la de determinar el curso que tomarán las actividades que ejerza la compañía a lo largo de su vida útil.

Cabanellas por su parte, se apega a la definición que da Colombres, quien sostiene que “el objeto social es el dato de la normativa sociedad que estatuye la actividad, o el completo de actividades que los socios proponen cumplir bajo el nombre social, por actuación de los órganos sociales y en las condiciones de responsabilidad que determine cada tipo social” y agrega que “el objeto no es un acto ni una actividad ni una categoría de actos, sino un elemento normativo que fija los límites dentro de los cuales deben desenvolverse los órganos societarios” (Cabanellas, 1994, pág. 253).

En el mismo sentido se pronuncia el autor Alberto Aramouni, quien señala que “el objeto es el medio para lograr la finalidad buscada, y su importancia es tal que para importantes sectores de la doctrina determina la capacidad del sujeto y la de sus administradores” (Aramouni, 1979, pág. 24).

Con la finalidad de no dar cabida a duda alguna es necesario realizar ciertas precisiones respecto del objeto social con otros términos como los presentados a continuación:

a) Actividad de la sociedad: Estos hacen referencia a los actos de las personas naturales que se pueden imputar a la sociedad, debido a que la persona jurídica como tal no puede ejercer acto por voluntad propia por carecer de esta.

El objeto societario se conforma por un conjunto de actividades definidas previamente por el contrato social. Sobre esto se pronuncia Halperín manifestando que “el objeto está determinado por la categoría o categorías de actos para cuyo ejercicio se constituyó la sociedad. La actividad, en cambio, es el ejercicio efectivo de actos por la sociedad en funcionamiento” (Halperin, 2013, pág. 200).

En consecuencia, puede haber actividades de una sociedad que se encuentran fuera del ámbito de su objeto social, así como puede darse en sentido contrario, tal como

se daba en el caso de compañías cuyo objeto abarcaba, en su momento, infinidad de actividades, mas solo se cumplían unas pocas.

b) Finalidad de la sociedad: El fin de toda sociedad es la de unir esfuerzos para lograr un objetivo común. En caso de las sociedades civiles sin fines de lucro pueden ser la beneficencia u otra actividad similar; en cambio, en una sociedad mercantil, la finalidad es la de conseguir la mayor utilidad posible con la menor cantidad de recursos, beneficios que posteriormente serían distribuidos entre los socios.

Por lo tanto, la diferencia radica en que la finalidad de la sociedad es la prevista por los socios, pudiendo tener esta un carácter civil, social o económico subjetivo; por su parte, el objeto social es el regente de la actividad de la compañía, por lo que se podría decir que es el que establece la directriz general de aquella.

c) Objeto del contrato de sociedad: mismo que implica que el contrato como tal tiene como fin el constituir o dar nacimiento a la sociedad como tal. Por su parte, el objeto societario, a pesar de encontrarse incluido en el contrato de sociedad, es el que dirige el curso de la actividad de la sociedad con posterioridad al contrato una vez constituida la sociedad.

La ley antes señalada establece como requisitos del objeto social los siguientes:

- Posible: El objeto debe ser físicamente posible de cumplir, caso contrario, la sociedad podría ser declarada nula por carecer de objeto real.

- Lícito: El objeto social debe ser no contrario a derecho, so pena de nulidad del contrato social por los motivos señalados en el Código Civil en el art. 1461 y que son comunes a todas las relaciones contractuales.

- Preciso y determinado: Este requisito consiste en que se debe designar con exactitud los actos o la categoría de estos a los que la sociedad dedicará su actividad. Esto a su vez, implican los actos no expresos, pero que tiendan al cumplimiento de dicho objeto social.

Para Halperin (2013) esta determinación se refiere a las categorías de actividades que se propone desarrollar la sociedad para el logro de su fin y no a se refiere “a los medios

jurídicos o económicos que empleará para la efectiva realización de esas actividades” (Halperin, 2013, pág. 204).

Para un mejor entendimiento acerca del tema tratado, es preciso analizar una resolución que determina qué se debe considerar como actividades del giro específico del negocio. En este caso, hago mención a la resolución de determinación del giro específico del negocio de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Saneamiento de Portoviejo E.P. – PORTOAGUAS E.P emitida por el SERCOP a través de oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2017-0672-OF.

En dicho acto administrativo se señala inicialmente que, en virtud del art. 4 de la ordenanza sustitutiva que dio origen a la persona jurídica antes mencionada, esta tiene como objeto social el siguiente:

“... 1) Prestar servicios públicos, de agua potable, alcantarillado, manejo pluvial y depuración de residuos líquidos, incluyendo todas las fase del ciclo integral del agua; 2) Mantener, reponer, mejorar y ampliar las redes y las infraestructura hidráulica, los depósitos, las obras de captación y los embalses, el suministro y la comercialización del agua; 3) Prestar los servicios de tratamiento y disposición sanitaria de excretas, sistema de letrinas y fosas sépticas, unidades, sanitarias, baterías sanitarias e infraestructura sanitaria en general; 4) Promover la utilización racional de los recursos hídricos, considerando en sus costos y procesos productivos, variables, soci-ambientales y de actualización tecnológicas; 5) Realizar todas aquellas actividades, accesorias, complementarias y derivadas de su objeto empresarias incluidas las tareas de saneamiento ambiental” (SERCOP, 2017)

Posteriormente, la resolución como fundamentos de hecho menciona los antecedentes de creación y funcionamiento de la empresa solicitante, así como también las solicitudes previas de determinación de giro específico del negocio, ante lo cual, luego, procede a enunciar una serie de normas legales y reglamentarias que no especifican reglas claras que tiendan a definir parámetros que dirijan a una determinación de lo que se debe entender como giro específico. Finalmente, la entidad de control realiza un análisis de los CPC (Clasificador Central de Productos), clasificación que incluye categorías para determinar lo que puede ser objeto de

contratación, lo cual es el resultado de las actividades económicas de las industrias solicitados por la empresa pública en cuestión para que formen parte de su giro específico del negocio, sin mencionar el motivo por el cual estos productos deben considerarse como objeto específico del negocio y no como ordinario, es decir, establecer pautas que dirijan al entendimiento general de por qué ciertas sustancias, en el caso analizado, deben considerarse dentro de uno u otro giro del negocio.

Una vez realizada la aprobación por parte del director del SERCOP, la empresa que solicitó se la aprobación emite su propio reglamento para normar el uso de la contratación por giro específico del negocio, es decir la misma empresa se autorregula; en el caso analizado de PORTOAGUAS-EP emite su reglamento específico para las contrataciones por el giro especial del negocio. A pesar de que estas normas no hacen referencia a la potestad de determinar el giro específico del negocio, que es el tema central de esta investigación, considero oportuno hacer una breve alusión a estas ya que se evidencia que la determinación de dicho giro puede dar paso a abusos, no obstante de que la ley prescriba que la aplicación del régimen especial no debe servir para realizar estas actuaciones.

El reglamento emitido a través de la resolución PORTOAGUASGERGRESAD0088, prescribe dos tipos de procedimientos especiales para efectivizar contratación dentro del giro específico del negocio, las cuales son: contratación mediante proforma, y; concurso privado o contratación directa. Del simple nombre de ambos procedimientos se puede deducir una falta de control por parte de las autoridades pertinentes, a pesar de esto, cabe decir que estos se aplican solo para contrataciones con cuantía de 0,0000002% del presupuesto general del Estado, por lo que, aunque sean de cuantía mínima, podrían perjudicar a terceros que pretendan contratar de buena fe, prestándose para actos de corrupción, que en masa serían abrumadores.

CONCLUSIÓN

En definitiva, la facultad de la administración para adjudicar contratos dentro del régimen especial excede el ámbito de la discrecionalidad dentro de la cual se encierra la actuación de aquella, por cuanto en el caso de las empresas mercantiles cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, a pesar de que la ley menciona que estas se acogerán al régimen especial, no se menciona los elementos reglados mínimos que debe seguir la autoridad pertinente para la declaratoria del giro específico del negocio.

Tanto la ley como el reglamento se limitan a mencionar que el Director del SERCOP tendrá la facultad de determinar qué actividades se consideran dentro del giro específico del negocio, careciendo de normas básicas para la consecución de este fin, lo cual podría derivar eventualmente en contrataciones que eviten un proceso común y por ende puedan ser manejadas más fácilmente con el objetivo de obtener beneficios personales.

RECOMENDACIONES

- En el sentido de evitar abusos, se podría presentar una reforma legal tanto a la LOSNCP y al reglamento de la ley para establecer que las empresas al momento de elaborar sus reglamentos, previo a la publicación en el portal de compras públicas, obtengan un informe previo de la contraloría y de la procuraduría, que deberán pronunciarse en un plazo no mayor a cinco días.
- Propuesta de elaboración de un reglamento por parte del SERCOP que indique parámetros sobre lo que se considera giro específico del negocio y sobre lo que se considera giro común.

BIBLIOGRAFÍA

- Aramouni, A. (1979). *El objeto en las sociedades comerciales*. Buenos Aires: Astrea.
- Cabanellas, G. (1994). *Derecho societario: Parte General. El contrato de sociedad*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Código Civil Ecuatoriano. (2005).
- Código Orgánico Administrativo*. (2017).
- Constitución de la República de Ecuador. (2008).
- Del Vecchio, G. (1935). *Filosofía del derecho. Corregida y aumentada y extensas adiciones. T. 1* (2da ed.). (L. Recasens, Ed.) Barcelona: Bosch.
- Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. (1994).
- Fernández, T. (1994). *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas.
- Fernández, T. R. (2006). *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Madrid: Palestra.
- Fraga, G. (2007). *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa.
- García de Enterría, E. (1989). *La lucha contra las inmunidades del poder* (3era ed.). Madrid: Cívitas.
- García de Entrerría, E. (2013). *Curso de Derecho Administrativo II*. Pamplona: Arazandi.
- Halperin, I. (2013). *Curso de Derecho Comercial: Parte General. Sociedades en general* (5ta ed., Vol. 1). (G. Cabanellas, Ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008).
- Lifante, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad. *DOXA*, 413-439.
- Mora, S. (2015). *El giro específico del negocio como procedimiento para la competitividad de las Empresas Públicas*. Obtenido de <http://www.estudio10.com.ec/item/las-contrataciones-en-el-regimen-especial-el-giro-especifico-del-negocio-como-procedimiento-para-la-competitividad-de-las-empresas-publicas.html>
- Otero, M. (1995). La arbitrariedad. En G. d. España, *Anuario de Filosofía del Derecho XII* (págs. 387-400). Boletín Oficial del Estado.
- Real Academia Española. (2001). *Arbitrario*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <http://dle.rae.es/?id=3QAUXFg>
- Rivas Casaretto, M. (2004). *El control de los actos administrativos*. Guayaquil: Edino.
- Rubio, M. (2006). *El estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- SERCOP. (2017). Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2017-0672-OF.
- Zaldívar, E. (1973). *Cuadernos de derecho societario, t.1*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
- Zavala Egas, J. (2003). *Introducción al Derecho Administrativo: El sistema jurídico*. Guayaquil: Edino.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Cedeño Vergara, Valeria Naomi**, con C.C: # 1309714390 autora del trabajo de titulación: **Análisis de facultad discrecional en la determinación del giro específico del negocio**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, 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 SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **21 de febrero de 2018**

f. _____

Nombre: **Cedeño Vergara, Valeria Naomi**

C.C: **1309714390**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Análisis de facultad discrecional en la determinación del giro específico del negocio.		
AUTOR(ES)	Valeria Naomi, Cedeño Vergara		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dr. Rafael Enrique, Compte Guerrero		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	21 de febrero de 2018	No. DE PÁGINAS:	30
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Administrativo, Contratación Pública		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Giro específico, empresa pública, régimen especial, administración pública, discrecionalidad, potestad reglada, arbitrariedad.		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): Es conocido que el interés de la administración pública debe ser el interés público, interés al que está obligada a servir, teniendo esto en consideración, es menester que se utilicen de manera correcta los recursos públicos y que las actuaciones de la administración pública y sus funcionarios se adecuen al marco normativo. Este trabajo investigativo busca determinar si el mecanismo de contratación por giro específico del negocio contemplado dentro del régimen especial en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se presta para abusos, es decir, si so pretexto de salvaguardar el orden estatal y de efectivizar la consecución del bien común, se usa este mecanismo que busca agilizar las contrataciones para poder satisfacer las necesidades del pueblo como facilitador para esquivar el marco normativo común que rige las contrataciones públicas y realizar contrataciones de manera directa, pues en el caso en cuestión, quien determina que se considera como actividades dentro del giro específico del negocio es el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública y una vez aprobado vía resolución, la misma entidad solicitante emite su propio reglamento que le permite efectivizar las contrataciones por giro específico del negocio.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0999614696	E-mail: naomivcv@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Dra. Reynoso Gaute De Wright, Maritza Ginette	
	Teléfono: +593-994602774	
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	