

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2022-0046-OF

Quito, D.M., 17 de febrero de 2022

**Asunto:** ABSOLUCIÓN DE CONSULTA, oficio Nro. PR-SNJRD-2022-0040-OQ, de 14 de febrero de 2022, suscrito por el Secretario General Jurídico de la Presidencia, Art. 294.1 COIP, Sobreprecio en contratación pública

Señor Magíster  
Fabián Teodoro Pozo Neira  
**Secretario General Jurídico**  
**PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**  
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. PR-SNJRD-2022-0040-OQ, de 14 de febrero de 2022, mediante el cual el Secretario General Jurídico de la Presidencia, consulta a este Servicio Nacional: “(...) *¿Es posible determinar que un proceso de contratación pública se realiza por un "evidente y comprobado sobreprecio al precio ordinario establecido por el mercado"?*”.

Al respecto me permito indicar:

### **I. ANÁLISIS JURÍDICO:**

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador -CRE-, delimita las actuaciones de las instituciones, organismos, dependencias, servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, únicamente podrán efectuar las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la Ley, así mismo, las actuaciones realizadas por estos deben estar estrictamente ceñidos a las disposiciones constitucionales y legales.

En este sentido las competencias del ente rector de las compras públicas se encuentran determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en su Reglamento General de aplicación, que, a su vez, y de acuerdo a los principios de la administración pública, deben ser ejercidos de conformidad con el principio de juridicidad previsto en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo -COA-.

La atribución reglada en los números 12 y 17 del artículo 10 de la LOSNCP, se enmarca exclusivamente a la asesoría y capacitación en la normativa de contratación pública, la cual, conforme la doctrina debe ser aplicada en su tenor literal, limitando su arbitrio o discrecionalidad, dejando sin margen a la apreciación subjetiva; en este sentido, nuestra competencia se centra sobre **la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los**

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2022-0046-OF

Quito, D.M., 17 de febrero de 2022

**procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública**, entendiéndose dentro de este, las disposiciones y normativa conexas promulgada por la autoridad competente para el efectivo cumplimiento de los objetivos del Sistema; así como, garantizar la participación de proveedores confiables en los procedimientos de contratación pública; siendo así, este Servicio Nacional no tiene la competencia de pronunciarse sobre las acciones que deba realizar la entidad contratante.

Bajo este marco legal, a fin de garantizar la observancia del principio de coordinación entre las entidades públicas, y cumplir las atribuciones previstas en el mencionado artículo 10 de la Ley, se procederá a formular un análisis de la normativa mencionada en la consulta planteada.

Mediante la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, publicada en Registro Oficial Segundo Suplemento No. 392, de 17 de febrero de 2021, se agregó el siguiente artículo: *“Art. 294.1.- Las o los servidores públicos, las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que realicen arbitrariamente los procesos de contratación pública con evidente y comprobado sobreprecio al precio ordinario establecido por el mercado y determinado como tal por la Contraloría General del Estado, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

*El informe de la Contraloría General del Estado que determina la existencia del sobreprecio en contratación pública, deberá ser otorgado por dicha entidad, en el plazo máximo de quince días contados a partir de la fecha de la solicitud efectuada por la o el fiscal.*

*Si la conducta prevista en el primer párrafo ha sido cometida aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción, serán sancionadas con el máximo de la pena prevista.”.*

Por sobreprecio, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se entiende al [1] *“Recargo en el precio ordinario.”.*

Jurídicamente se entiende al sobreprecio como[2]: *Recargo sobre el precio habitual, generalmente por razones de preferencia adquisitiva.”.* “

En marketing, el sobreprecio se entiende como: *“Es un costo que es inesperado y que se incurre por sobre una cantidad presupuestada debido a una subestimación de este costo real mediante el proceso de calcular el presupuesto.”.*

De todas estas definiciones es posible determinar entonces que el sobreprecio es un incremento que se genera al precio de mercado con la finalidad de obtener por quien los vende un beneficio económico adicional, aprovechando el incremento en la demanda de

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2022-0046-OF

Quito, D.M., 17 de febrero de 2022

los productos o servicios.

En este caso es necesario hablar de la **ley de la oferta y la demanda, conocida como: [3]“ el principio básico sobre el que se basa una economía de mercado. Este principio refleja la relación que existe entre la demanda de un producto y la cantidad ofrecida de ese producto teniendo en cuenta el precio al que se vende el producto.**

*Según esta teoría, la ley de la demanda establece que, manteniéndose todo lo demás constante (ceteris paribus), la cantidad demandada de un bien disminuye cuando el precio de ese bien aumenta. Por el otro lado, la ley de la oferta indica que, manteniéndose todo lo demás constante (ceteris paribus), la cantidad ofrecida de un bien aumenta cuando lo hace su precio.”.*

Por regla general, los gobiernos son los encargados de controlar los precios de venta de ciertos artículos con la finalidad de proteger a los consumidores de posibles sobrepuestos excesivos, es por ello que dentro de las reformas al COIP se ha visto la necesidad de incluir al sobrepuesto excesivo como un delito, el que consiste en: [4]“(…)obtener una ventaja o beneficio de cualquier tipo, para sí o para otro, por medio del pago de precios superiores o inferiores al valor real o corriente y según la calidad o especialidad del servicio o producto, cuando haya adquisición, enajenación, concesión o gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados el Estado, entidades o empresas públicas, municipalidades y sujetos de derecho privado que administren, exploten o custodien fondos o bienes públicos.”.

En el Ecuador si bien el gobierno puede establecer precios sugeridos de venta de ciertos bienes, es cada proveedor el que genera sus ganancias con base a sus necesidades, es decir, no es lo mismo el valor de incremento de un precio de determinado artículo por parte de una persona natural a las ganancias que pueda considerar una persona jurídica o empresa puesto que esta segunda debe considerar costos directos e indirectos en los que incurre.

Es decir, no existe un porcentaje ni mínimo ni máximo en que se fije el techo para las ganancias que deba obtener la persona natural o jurídica por lo tanto resulta complejo y casi imposible el determinar cuando existe un verdadero sobrepuesto en los bienes o servicios.

En lo que respecta a la compra pública, para que una entidad contratante pueda iniciar con un procedimiento de contratación pública deberá siempre contar de manera previa con un estudio de la obra, bien o servicio (incluidos los de consultoría) que desea adquirir (art. 23 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 69 de su Reglamento General de Aplicación), estudios que contienen el correspondiente análisis de presupuesto referencial con el que se determinará el precio base para la contratación a efectuar.

**Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2022-0046-OF**

**Quito, D.M., 17 de febrero de 2022**

Para establecer este presupuesto referencial, se ha considerado el análisis de los precios en el mercado tomando en consideración la inflación con la finalidad de que se mantenga un equilibrio económico.

Como lo expresamos en líneas anteriores, existen una serie de factores que afectan la determinación de un precio, uno puede ser la Ley de la oferta y la demanda, que genera una evidente variación en los precios cuando existe mayor o menor oferta o demanda. También se puede considerar como una variación en las ganancias que fijan el precio de bienes o servicios, mayor o menor cuando se trata de una persona natural o una persona jurídica, puesto que los costos generados no son iguales.

En atención a su consulta: *"(...)¿Es posible determinar que un proceso de contratación pública se realiza por un evidente y comprobado sobreprecio al precio ordinario establecido por el mercado"?*

Se considera que no es posible hacerlo de manera objetiva en virtud de que si bien el Estado puede establecer un precio de venta sugerido, como su nombre mismo lo indica es un valor sugerido y a este valor serán los proveedores quienes se encarguen de incrementar sus ganancias, de acuerdo a factores propios de cada proveedor.

## **II. CONCLUSIÓN:**

Del análisis efectuado, podemos concluir que el sobreprecio es en la contratación pública un recargo al precio ordinario establecido por el mercado. Este recargo se genera de acuerdo a diversos factores que inciden en su establecimiento, del análisis efectuado además se evidencia que no existe un margen ni mínimo ni máximo para que los proveedores puedan establecer el tope de sus ganancias.

En el caso de la compra pública, cada entidad contratante, previo a generar un procedimiento de contratación pública de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, ha debido efectuar un estudio de mercado (Art. 9 num 2 Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP), con base en precios fijados por cotizaciones realizadas por los proveedores, por valores de adjudicaciones efectuadas por la propia entidad o cualquier otra entidad para la adquisición del bien, prestación del servicio o ejecución de la obra que se requiere. En el caso de la obtención de precios por adjudicaciones similares anteriores es necesario que estas se ajusten a la inflación al momento de elaborar el estudio de mercado, con la finalidad de mantener un equilibrio económico entre las partes.

En conclusión, este Servicio, en atención a su inquietud, considera que no es posible determinar que un proceso de contratación pública se realiza por un "evidente y comprobado sobreprecio al precio ordinario establecido por el mercado", en virtud de que

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2022-0046-OF

Quito, D.M., 17 de febrero de 2022

no existe un precio mínimo o máximo de ganancia establecido.

Lo que comunico para los fines pertinentes.

- 
- [1] <https://dle.rae.es/sobreprecio>  
[2] <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/sobreprecio/sobreprecio.htm>  
[3] <https://economipedia.com/definiciones/ley-de-oferta-y-demanda.html>  
[4] <https://dpej.rae.es/lema/delito-de-sobreprecio-irregular>

Atentamente,

*Documento firmado electrónicamente*

Sra. María Sara Jijón Calderón, LLM  
**DIRECTORA GENERAL**

Referencias:  
- SERCOP-SERCOP-2022-0540-EXT

Copia:  
Señora Abogada  
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva  
**Especialista de Asesoría Jurídica**

Señor Abogado  
Ricardo David Tapia Vinuesa  
**Asistente de Asesoría Jurídica**

nv/ef/lr