

**El delito de sobreprecio en contratación pública
como una forma de peculado en el COIP**

**Public Procurement Overpricing as a Modality of
Embezzlement in the Ecuadorian Criminal Code**

Pedro Andrés Crespo-Cabrera¹
Universidad de los Hemisferios
crespo_abogado@outlook.com

doi.org/10.33386/593dp.2025.5.3544

V10-N5 (sep-oct) 2025, pp 822-833 | Recibido: 16 de septiembre del 2025 - Aceptado: 14 de octubre del 2025 (2 ronda rev.)

¹ ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8578-0795>. Profesor principal de la Universidad de los Hemisferios.

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

La corrupción en los Estados del mundo, se viene afianzando a través de la historia, con actuaciones de autoridades, servidores públicos e incluso de ciertos grupos de ciudadanos comunes que buscan lucrar con la economía del país; de la misma forma, se ha tratado de buscar un sinnúmero de mecanismos, procedimientos y sanciones, a fin de evitar infracciones y resarcir los comportamientos ilegítimos en aras de devolver a la sociedad, la tranquilidad y confianza en los gobiernos de turno. La contratación estatal, es uno de los medios más abusados, pues constituye un elemento con varias aristas en las que se puede buscar beneficios económicos tanto para funcionarios como para proveedores a través de la construcción del proceso de contratación pública, que para el caso de estudio se enmarca en la determinación del presupuesto referencial con sobreprecio, cuyas directrices se contemplan en la normativa. El camino de la tipificación penal de este comportamiento a la presente fecha ha sido inútil, por cuanto la infracción cometida por el servidor público se encontraba anclada a la emisión del Informe Previo de la Contraloría General del Estado, lo cual limita la actuación de la Fiscalía General del Estado, respecto de sus atribuciones.

Palabras claves: Presupuesto referencial; Contratación Pública; Sobreprecio; Peculado; Mínima intervención penal.

ABSTRACT

Corruption has become entrenched across States worldwide, historically manifested through the actions of authorities, public officials, and even certain groups of private citizens seeking to profit from national economies. In response, legal systems have introduced a variety of mechanisms, procedures, and sanctions designed to prevent infractions and to redress unlawful conduct, with the ultimate aim of restoring public trust and social stability.

Among the most frequently abused practices is public procurement, which offers multiple avenues for illicit economic benefit to both officials and private contractors. The case under analysis centers on the manipulation of the reference budget through overpricing, a practice that is nevertheless framed and regulated by existing legal provisions.

Despite efforts toward criminal typification, the path remains ineffective. To date, prosecution of such conduct by public officials has been constrained by its legal dependence on the issuance of the Prior Report of the Office of the Comptroller General. This requirement has significantly curtailed the ability of the Office of the Attorney General to exercise its prosecutorial powers effectively.

Keywords: Reference Budget; Public procurement; Overpricing; Embezzlement; Ultima ratio principle.

Introducción

El ámbito de la contratación pública en el Ecuador, comprende las adquisiciones del Estado respecto de las necesidades de compra de obras, bienes, servicios y consultorías; a través de mecanismos y herramientas que se han ido implementando con el paso del tiempo, a fin de transparentar el proceso de contratación y mantener la confianza en la población, respecto de las actuaciones que los gobiernos de turno efectúan en cumplimiento de las facultades y atribuciones que en su mandato se vayan presentando.

Las malas prácticas que se pueden dar en el tema, van desde la elusión de procedimientos de contratación, hasta el enriquecimiento de servidores públicos y contratistas, a costa de la satisfacción de requerimientos institucionales y ciudadanos. La corrupción es el mal de los Estados, y estos, en cumplimiento de sus fines, buscan frenar estas actuaciones a través de la emisión de lineamientos y directrices normativas que determinan los pasos a seguir a fin de publicar procesos de contratación, bajo las diferentes modalidades que la ley y el reglamento de la materia determinan.

De la mano con lo dicho, los organismos del Estado, establecen procesos administrativos que van desde observar los errores del proceso hasta la aplicación de sanciones administrativas que implican cuestiones como amonestaciones e informes de determinación de responsabilidades de carácter penal. En este contexto, se presenta el delito de los sobreprecios en contratación pública, que ha sido incorporado en el COIP a partir del año 2021, en razón de las diversas afectaciones al erario nacional efectuadas a partir de la crisis en el sector de la salud que generó el COVID 2019.

En el caso de la investigación planteada, se ha trabajado con metodología que parte de un enfoque mixto, cualitativo, por la revisión de ley, doctrina y jurisprudencia, y; cuantitativo por la revisión bibliográfica para analizar documentos relevantes. Se han utilizado como métodos de investigación, el histórico jurídico y el analítico

sintético, complementándose el proceso con la técnica de la observación.

El objetivo general planteado es el siguiente: Determinar si la incorporación del delito de sobreprecio en los procesos de contratación pública en el COIP es relevante considerando la existencia del peculado en dicho cuerpo normativo. Por lo expuesto, es importante preguntarse, si ¿la tipificación del delito de sobreprecio en los procesos de contratación pública, es necesaria y si ésta podría ser considerada como una forma de peculado en el COIP?

Desarrollo

La contratación pública en el estado ecuatoriano ha venido siendo parte de un sinnúmero de reformas tanto en la ley que rige la materia, como en su reglamento general y las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, en adelante SERCOP, volviéndola un mecanismo bastante engorroso para quienes se encuentran inmersos en las diferentes fases del proceso de contratación, independientemente de si el objeto versa sobre la adquisición de bienes, la ejecución de obras y servicios, o la contratación de consultorías.

El plan anual de contrataciones es un documento e instrumento de gestión que incluye todas las contrataciones ya sean estas de bienes, servicios u obras que se necesitarán en un año fiscal, lo cual tiene como finalidad uniformizar los criterios para la elaboración y publicación de los Planes Anuales de Contrataciones de las entidades del sector público y por ende se debe cumplir con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Chong, 2022, pág. 17).

En el afán de transparentar la gestión de las entidades contratantes, los legisladores y organismos de control, han tratado de frenar los actos de corrupción que a diario se presentan en esta materia, pues no es extraño que se conozcan casos en donde se ha favorecido a funcionarios, autoridades, e inclusive a redes de oferentes que han monopolizado el sistema; “las afectaciones

que la corrupción ha causado a las sociedades y al erario nacional son incuantificables, y en la misma proporción tenemos un sin número esfuerzos por combatir este mal que le ha acompañado como sombra al estado” (Díaz, 2019).

Ahora bien, dentro de las últimas reformas realizadas al Código Orgánico Integral Penal, (en adelante COIP), se encuentra la incorporación del tipo penal de los sobreprecios en contratación pública, elevando el tema desde la gestión administrativa de las y los servidores públicos a un contexto de carácter penal. El tipo penal obligó a la Contraloría General del Estado (en adelante CGE), a elaborar un “Instructivo para el trámite de los Informes Previos en los artículos 294.1 y 550.1 del Código Integral Penal”, contenido en el Acuerdo 014-CG-2021, mismo que ha sido declarado inconstitucional de forma parcial, conforme la Sentencia 129-21-IN/25, Caso 129-21-IN de 19 de junio de 2025, emitida por los Magistrados de la Corte Constitucional del Ecuador, (en adelante CCE). La sentencia señala:

En atención a las consideraciones expuestas, esta Corte concluye que el artículo 294.1 del COIP es parcialmente inconstitucional. Esto, por cuanto establece como criterio de procedibilidad, que sea la CGE la que determine, a través de un informe que debe emitirse en el plazo máximo de 15 días so pena de no poder sancionar esta conducta, el sobreprecio del mercado (conducta típica), y no la FGE a través de sus investigaciones y elementos de convicción. Aquello limita y supedita el ejercicio de la acción penal pública a la emisión de dicho informe de la CGE, contraviniendo el artículo 195 de la Constitución. En esa misma línea, por conexidad, la Corte concluye que el Acuerdo 014 también es parcialmente inconstitucional por contener y regular el procedimiento para la emisión del mencionado informe de la CGE requerido en el artículo 294.1 del COIP (Sentencia 129-21-IN/25, 2025).

Al exigir la existencia del Informe Previo de la CGE, dentro del procedimiento penal, se obligaba al Fiscal a actuar en función de si el

referido informe, llegaba o no a sus manos, aun cuando la Fiscalía General del Estado, es el órgano titular de la acción penal, y de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, (en adelante CRE), una entidad con independencia administrativa, económica y financiera, que trabaja de conformidad con las competencias y atribuciones dadas conforme normativa. La actuación para la investigación del cometimiento de delitos, se la efectuará en aras de la protección del bien jurídico, que para el caso del tipo de sobreprecio en los procesos de contratación pública, sería la eficiencia del gasto público.

Desde el ámbito probatorio, es necesario que se establezca una prueba pericial específica para que un profesional experto en contratación pública le otorgue al juez datos objetivos sobre los actos desarrollados en cada etapa contractual y en base a eso determinar irregularidades y responsabilidades (pericia diferenciada de los informes de responsabilidades que pueda emitir la Contraloría General del Estado) y finalmente, el uso de alegatos y pruebas que conduzcan a establecer que el autor mediato domina el hecho y todo el suceso causal que produce un resultado típico (Montero, 2020, pág. 14).

Del análisis de la sentencia de la CCE, se constató que la CGE en su intervención dentro de la acción de inconstitucionalidad, informó que desde la reforma realizada al Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, publicada en el Registro Oficial, del Segundo Suplemento No. 392 del 17 de febrero de 2021, hasta la fecha, no se han remitido informes al respecto, a la Fiscalía General del Estado, (en adelante FGE), limitando la acción de este último organismo a la entrega del Informe Previo, cuando a través de medios probatorios previstos en el COIP, se pueden concluir las responsabilidades del cometimiento del delito de sobreprecio en la contratación pública ecuatoriana.

Dentro del estudio de la contratación pública nacional, la CGE guarda competencias respecto de la intervención en los procesos de contratación de las entidades del Estado, en calidad de auditor de los mismos, estableciendo

observaciones, recomendaciones, sanciones administrativas y finalmente la determinación de Informes de Responsabilidad Penal, en adelante IRP, lo cual implica que, esta entidad ya tiene un procedimiento similar –administrativamente hablando–, en razón de que el IRP vendría a ser un símil al inconstitucional Informe Previo.

Este es un claro ejemplo de lo que la doctrina llama procedibilidad, es decir, que se necesita un paso previo para que la Fiscalía conozca el delito y empiece su investigación. La doctrina lo define como el “cumplimiento previo de ciertas condiciones [...] que deben ser resueltas previamente y obstaculizan ya sea la iniciación, ya el desenvolvimiento mismo del proceso (Torres, 2018, pág. 4).

Este IRP, termina siendo remitido a la FGE, para su continuidad en caso de que las acciones u omisiones que se concluyan en el mismo, deriven en la determinación de delitos contemplados en el COIP. Al no establecerse un tiempo definido en la entrega del referido informe, se da cabida a que los responsables de delitos en materia de contratación pública no sean sancionados, y en su lugar, eviten las sanciones penales a las que haya lugar.

Los informes de Contraloría, respecto a los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, pueden tardar meses y hasta años sin que el Ministerio Público pueda seguir con la investigación del proceso. Lo que ha dado tiempo a varios servidores públicos sobre los cuales recaen indicios de responsabilidad penal, a fugar, inclusive fuera del país, ocasionando la impunidad del delito ya que, como fue mencionado en anteriores líneas, sin ese documento de Contraloría, la Fiscalía no puede procesar a los responsables de esos delitos; por lo que esta norma constituye un candado que impide una lucha efectiva contra los actos de corrupción, más aún cuando quienes denuncian terminan siendo perseguidos (Jurado, 2018, pág. 11).

Para establecer la existencia de sobreprecio, la FGE, a través de los mecanismos con los que este organismo cuente, deberá

realizar un análisis pormenorizado sobre el factor “presupuesto referencial” del objeto de contratación, y compararlo con el presupuesto referencial que la entidad contratante marcó como punto de partida al lanzar el proceso de dentro del sistema del SERCOP. De ser el caso, deberá dar inicio a la acción penal que corresponda, en este caso la tipificada en el artículo 294.1 del COIP, que en su contenido establece:

Sobreprecios en contratación pública.- 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 (Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2021).

El sobreprecio, es “aquel valor que se aumenta por parte del proveedor para generar un margen de ganancia excesivo y no se encuentra ajustado al precio ordinario, el mismo que se encuentra regulado por el mercado (oferta demanda) del bien o servicio” (Castillo, 2024); para lo cual es imprescindible contar con una referencia del valor que no tiene sobreprecio, es decir el realizado correctamente, con el objeto de determinar si los funcionarios, proveedores o autoridades, incurrieron en la inflación de dichos rubros.

Para ello la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP, y; su Reglamento General, en adelante RLOSNCP, establecen que todos los procedimientos de contratación, bajo cualquiera de sus modalidades (régimen común, régimen especial), deben contar con varios documentos habilitantes, entre los cuales se hace especial referencia a que, “las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación” (Asamblea

Nacional, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, pág. Art. 24).

Para llegar a establecer el valor económico a certificar, se crea el apartado del presupuesto referencial, que particulariza su elaboración respecto de la naturaleza de la contratación a efectuarse, dentro de lo cual contempla la necesidad de contar con: **a) Bienes y Servicios**, un estudio de mercado, el mismo que incluirá como parte fundamental, la verificación de contrataciones similares durante los 2 últimos años tanto de la propia entidad como de otras instituciones del Estado; **b) Obras**, la determinación del Análisis de Precios Unitarios (APUS), mismo que es emitido por entidades como la EPMOOP, anualmente; y **c) Consultoría**, el estudio de costos. Lo dicho parametriza el hecho de que las entidades contratantes lleguen a determinar uno u otro valor, como monto de contratación y de esta forma se evita incurrir en el denominado sobreprecio.

Etimológicamente presupuesto se origina de dos raíces latinas: pre que significa antes, y supuesto que deriva del latín rictus, que significa hecho. Por lo tanto, presupuesto significa antes de lo hecho. Respecto a la palabra referencial o referencia, encontramos que es la: base de una comparación o de una relación. Estas definiciones nos permiten puntualizar que presupuesto referencial es: el valor previo a cualquier contratación, que fija la institución adquiriente como base, para obtener bienes, obras o servicios incluidos los de consultoría y que se deben reflejar en una certificación presupuestaria (Colmachi, 2016, pág. 9).

Por lo expuesto, es importante realizar una reflexión sobre la competencia de sanciones en los procedimientos de contratación pública, pues, al ser cometidos por personas, en calidad de servidores/as públicos, y sobre un procedimiento netamente administrativo, las acciones a realizarse como ya se dijo, están otorgadas a la CGE. A su vez, el SERCOP, bajo sus atribuciones y responsabilidades, también puede ejercer el control de las actuaciones que a diario se publican en el portal, a fin de frenar posibles malas prácticas y levantar alertas

antes de que se generen motivos para normar penalmente cuestiones enmarcadas en el ámbito de la LOSNC y su Reglamento.

A la presente fecha, el SERCOP ya ha tomado varias acciones a manera de filtro, para evitar que se realicen procedimientos de contratación pública, con personas que en el uso de cargos públicos desconocen de la norma. Las certificaciones tanto en el rol que se desempeña un profesional/servidor público, como en conocimientos generales (fundamentos de contratación pública) para ser parte de las diferentes etapas, son una clara muestra de que al menos en teoría, quienes están dentro de esta rama del Derecho, deben estar al tanto de la debida forma en la que se determina el presupuesto referencial.

El primero fue elaborado con el fin de desarrollar la Certificación de Competencias, con el objetivo de “certificar a los servidores públicos de las entidades contratantes como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública, y a las personas interesadas en ingresar al servicio público, a fin de avalar sus conocimientos y habilidades” (SERCOP 2022). El segundo, como una guía base para la capacitación, así como “en apoyo al auto estudio para el examen de Certificación por Roles como Operadores del Sistema Nacional de Contratación, con el fin de facilitar el acceso a instrumentos efectivos de consulta para entidades contratantes, proveedores y ciudadanía en general” (SERCOP 2022) (Pauta, 2024, pág. 23).

Si hablamos de que la mayoría de servidores públicos cuentan con el aval para desempeñarse en materia de contratación pública, y de que los mismos busquen incurrir en actos de corrupción materializados en el incremento del presupuesto referencial, nos lleva a otro factor, pues, si bien es cierto, la entidad contratante hace el cálculo respectivo, a través de los presupuestos normativos establecidos en la LOSNCP y su Reglamento General, se entiende que dichos valores serán cancelados al proveedor en su totalidad ya sea de forma mensual o contra entrega, en consecuencia, quien realmente sería

el directo beneficiado de estos pagos en exceso, no es otro que el contratista.

Es tan relacionada la corrupción con la contratación pública, por cuanto es el espacio donde las entidades públicas realizan su requerimiento con el fin de satisfacer necesidades, empero, al final del día, termina siendo una erogación de recursos, un pago por la contraprestación prestada, por lo que, los contratistas buscan fastuosamente contratos y de preferencia aquellos de presupuestos holgados (Escobar, 2021, pág. 5).

Ahora bien, el tema es, cómo este incremento de presupuesto llega a beneficiar a los servidores públicos que formaron parte del proceso, puntualmente a aquellos que estuvieron a cargo del estudio de mercado o las cotizaciones de los últimos dos años, o en su defecto en la determinación de los APUS, pues no cabe que exista un riesgo en incrementar estos rubros, si a cambio no se va a buscar beneficios. Así mismo, está el factor de quienes fungen como administradores de contrato o fiscalizadores para los casos que amerite, ya que al ser parte de la ejecución contractual, se condiciona el pago de los trabajos ejecutados a sus informes de aprobación.

Para estar en cualquiera de estas dos funciones, es totalmente necesario contar con la certificación del rol, y para ello se requiere a su vez, estar inteligenciado en el tema de materiales de construcción (obras), marcas (bienes) o calidades (servicios), y verificar si existió un incremento en el presupuesto referencial, respecto de las obras, bienes, servicios o consultorías que se están entregando. Lo dicho faculta a estos personajes, a levantar bandera y proceder con las correcciones del caso, ya sea exigiendo el cumplimiento del contrato en estricto sentido, o en su defecto, determinando a que a la fecha de entrega del objeto del contrato, el presupuesto sobra y el mismo se mantenga en las arcas fiscales del Estado ecuatoriano, ya que la obra se ha ejecutado sin problema y los valores fueron mal calculados.

Las sospechas de tráfico de influencias no se hicieron esperar cuando se identificaron probables vínculos entre los encargados de ejecutar las compras públicas y los proveedores. Debido a las interrogantes que se generaban a partir de inconsistencias durante el proceso de contratación y a la procedencia de los contratistas, su naturaleza, los bienes y servicios que ofertaban, y que eran adquiridos con serenidad por las instituciones del Estado (Tapia M. , 2022, pág. 63).

El particular vuelve a reducirse al hecho de que, en efecto, el ámbito de la contratación pública en Ecuador y en todos los países, constituye un medio idóneo para cometer actos de corrupción que no solo se centran en temas de sobreprecio, y que para el caso que nos compete, aparece en todas las etapas del proceso de contratación, ya sea en la presentación de ofertas, la calificación en la comisión técnica, la adjudicación del proceso, o la ejecución del mismo contrato, tanto en la fiscalización como la administración del mismo.

Podemos concluir, respecto a esta situación del populismo penal, señalando que las diversas normas legales creadas en contra de la corrupción, han sido plasmados con el único afán de calmar la sed de justicia de la gente, en contra de la creciente corrupción y la impunidad. También podemos concluir que estas no han funcionado ni en la prevención del delito, ni la disminución del delito; peor aún son mecanismos puramente legislativos, carentes de estudios criminológicos serios que identifican cuales son los verdaderos factores de la corrupción, para así tener la necesidad combatirlos (Haro, 2020, pág. 85).

Organismos como la CGE y la FGE, actúan en uso de sus atribuciones, y en el ámbito de sus competencias, tanto para investigar como para sancionar. Ahora bien, es importante señalar que existen organismos cuya acción, se enmarca en lo administrativo, puntualmente en las Direcciones o Unidades de Recursos Humanos, las cuales, pueden proceder con amonestaciones verbales, escritas, suspensiones con o sin sueldo e incluso, sumarios administrativos,

procedimiento que “tiene la particularidad de que son las autoridades y funcionarios de la propia administración perjudicada por la presunta infracción administrativa los que inician el trámite, lo sustancian y finalmente resuelven” (Hernández, 2017, pág. 61).

Endurecer normas y elevarlas al plano de lo penal, puede ayudar desde el enfoque de la prevención; sin embargo, al no haber reales sanciones como en el caso del sobreprecio del presupuesto referencial, lo que se evidencia, es que, las normas se reducen a letra muerta en el ordenamiento jurídico nacional. Si la reforma se la hizo en el año 2021, y apenas se han hecho 13 informes y ninguno ha llegado a la FGE, se colige que la incorporación de la norma en el COIP, no cumplió con el fin que el legislador tuvo al sancionarla.

Puedo señalar que la normativa legal de contratación pública en su proceso de evolución histórica en el Ecuador, ha tenido varias limitaciones, afrontando los problemas propios de los países en vías de desarrollo, con muchas particularidades y limitaciones para aprovechar los recursos públicos. La legislación ha sufrido notables cambios significativos, que si bien son un referente para otros países de la región requieren de confianza, impulso y de inclusión de metas y objetivos visionarios que nos permitirá obtener mejores resultados en esta materia (Viscarra, 2021, pág. 101).

Gran parte de la motivación de la creación de los sobreprecios como delito, nace de las diversas adquisiciones que se realizaron a manera de emergencia por diferentes entidades del Estado, en la pandemia del COVID-2019, pues se efectuaron compras de insumos médicos y medicinas que eran necesarias para afrontar la situación del sector salud en Ecuador. Si bien, a la presente fecha el tema de sobreprecio, está comprobado, es necesario señalar que además de la propia situación de la enfermedad, se declaró el total desabastecimiento de los proveedores del Estado, lo cual coadyuvó a que los presupuestos referenciales se inflen en ausencia de productos a nivel nacional.

Muchas compras incluso se realizaron a través de importaciones de países extranjeros, puntualmente China, el propio creador del virus, volviendo al factor de la pandemia en una circunstancia de lucro, así como del llamado monopolio de medicinas y enfermedades que gobierna al mundo. El mismo hecho de que la producción de las vacunas, se dio al antojo de las casas farmacéuticas que variaban el precio conforme sus conveniencias, sometía la humanidad a un despacho antojadizo que cobró millones de vidas.

Al mantener las patentes y monopolios de la industria, son las empresas las que pueden fijar los precios, y exigir precios varias veces por encima de lo que han gastado en investigación y de lo que han gastado en fabricación. Por otro lado, las empresas deciden cuánto producen (capacidad de sus plantas y de las plantas con quienes decida subcontratar) y a quién distribuyen primero (en función, seguramente, de quien pague más).

El buscar realizar un procedimiento más expedito respecto de las acciones que los titulares de las acciones administrativas o penales puedan ejecutar, a través de la tipificación de más delitos, no es el camino para proceder con las sanciones pertinentes. Ya lo dice la propia CRE, el ámbito penal, se enmarca bajo el principio de mínima intervención, lo cual significa que “la intervención del derecho penal en la vida debe reducirse a lo mínimo posible y castigar solo los delitos más graves” (Cadena, 2024, pág. 10).

Bajo este precepto, se debe considerar que, dentro de los delitos graves tipificados en el COIP, ya se contemplan, los denominados como: concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, mismos que desde la CRE, son catalogados como imprescriptibles, e incluso las acciones penales a realizarse, pueden efectuarse aún en ausencia de los presuntos responsables. Lo dicho establece un marco de acción bastante amplio para la FGE, pues tienen el tiempo suficiente para recopilar los elementos de convicción necesarios que luego sirvan de motivación para la interposición de penas.

Las personas contra quienes exista sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita, y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción; estarán impedidos para ser candidatos a cargos de elección popular, para contratar con el Estado, para desempeñar empleos o cargos públicos y perderán sus derechos de participación establecidos en la presente Constitución (Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 223).

Elevar a norma constitucional, delitos que ya se encuentran tipificados en el COIP, y reforzar sus sanciones con mayores candados, blindará a las autoridades nacionales para que sus actuaciones se encuentren totalmente respaldadas y con ellas evitar la aparente impunidad en casos de delitos contra el erario nacional. Al encontrarse contenidas estas disposiciones en el marco constitucional, se conmina a las instituciones públicas en general, a que su aplicación sea directa, aun cuando haya contraposición normativa, lo cual facilita y legitima la acción penal encabezada por la FGE.

Dentro de los delitos señalados, el peculado es el que presenta un aparente conflicto de duplicidad normativa, respecto del nuevo tipo penal de sobreprecio en contratación pública, en razón de que se determina que el contenido de ambas normas, tienen similitud y que “en suma, al ser i) un delito de resultado; ii) que implica una disposición arbitraria de fondos públicos; y iii) que afecta al erario público, esta conducta constituye una forma del delito peculado” (Sentencia 129-21-IN/25, 2025, pág. 23), concluyéndose que la inconstitucionalidad del artículo 294.1, debió declararse en forma total y no parcial como la Corte Constitucional del Ecuador, sentenció.

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, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o

dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. Serán sancionados con la misma pena como responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades; que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo (Asamblea Nacional, 2021, art. 278).

El peculado y los sobreprecios en contratación pública, guardan similitud, en la parte de los sujetos; tanto activo como pasivo; el bien jurídico protegido y en una parte de la sanción (pena privativa de libertad de 5 a 7 años), más sin embargo difieren del verbo rector y la modalidad agravada de la pena. Para el análisis que nos compete el verbo rector del peculado señala: “*abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos*”, mientras que el del sobreprecio en contratación pública, determina: “*realicen arbitrariamente los procesos de contratación pública con evidente y comprobado sobreprecio al precio ordinario establecido por el mercado*”.

El delito de peculado puede contener al delito del sobreprecio en contratación pública, desde el enfoque del abuso y la disposición de dineros públicos, es decir desde el resultado de lo que se llegue a efectuar con los recursos económicos, mientras que en el delito de sobreprecios, la actuación está netamente en las funciones administrativas de los funcionarios, al ser partícipes de malas prácticas en pro de aumentar el presupuesto referencial, independientemente del uso que se haga con

el remanente del dinero que exista sobre el presupuesto referencial real.

El delito de sobrepuestos en el Sistema Nacional de Contratación Pública se materializa debido a los vacíos legales contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de su organismo rector la SERCOP, por no garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales de eficacia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, mediante mecanismos de coordinación con otras entidades de la administración pública, dentro de sus fases que son: preparatoria, pre contractual, contractual y ejecución de la contratación pública (Campoverde, 2021, pág. 24).

Gramaticalmente, y de conformidad con lo analizado en líneas anteriores, se puede verificar que el tipo penal de sobrepuesto es distinto al de peculado, pero se debería considerar, la factibilidad de que dicha norma, sea aplicable y que su presencia en el COIP, sea relevante como para que se mantenga vigente. De lo expuesto por la CGE y la FGE, lejos de colaborar con la prosecución de la justicia, su incorporación al código, se volvió un tema tortuoso y de atadura de manos para que la FGE pueda actuar, así como de una celeridad un tanto irresponsable, al poner tiempos reducidos a la CGE, a fin de que ellos determinen si uno o varios servidores públicos incurrieron en esta falta.

A la presente fecha, el Informe Previo ya no es requerido y el sobrepuesto en delitos de contratación pública puede ser investigado por la FGE, el tema es ver si realmente ahora se pueden determinar sanciones a presuntos responsables. El espíritu normativo, debe ir más allá de las palabras, debe tener un fin claro, que para el caso de cualquier Estado, debe ser el de mantener el orden en el mismo y regular las conductas que están en contra del buen vivir de la sociedad. “El Buen Vivir es entendido como una forma de convivencia en armonía, tanto entre los seres humanos, como entre los seres humanos y la Naturaleza, lo cual supone el establecimiento de límites sociales y ambientales en el comportamiento humano” (Vega, 2014, pág. 3).

Por lo tanto, si una norma no cumple la finalidad por la cual fue creada, lo lógico es que la misma sea eliminada del ordenamiento legal. El control constitucional que ha efectuado la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia citada con anterioridad, resuelve el problema del freno de la actuación de la FGE, pero no el fondo de la aplicación del tipo penal.

El estado de emergencia sanitaria se declaró el 11 de marzo del año 2020, mediante un acuerdo ministerial No. 00126-2020 emitido por el Ministerio de Salud Pública, en concordancia con el Servicio Nacional de Gestión de Riegos y Emergencias (COE, 2020). En el transcurso del estado de emergencia se realizaron contrataciones públicas para combatir la propagación del Covid – 19, hasta que la Contraloría General del Estado envió un informe señalando que 179 contrataciones ejecutadas en el sistema de salud, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Policía Nacional del Ecuador, Gobiernos Autónomos Descentralizados y la Función Ejecutiva, existieron irregularidades, los primeros hallazgos fueron los presuntos sobrepuestos (Tapia M. , 2020, pág. 3).

Estigmatizar al servidor público, por cuestiones como la pandemia, lo único que genera, es la búsqueda de un responsable, para satisfacer la presión social, económica y de gobierno, pero no realiza un estudio real de las circunstancias que han rodeado a temas sensibles como el de la pandemia. El poder punitivo debe existir y exigir resultados, pero siempre que se lo haga primando a la justicia y a la proporcionalidad respecto de la comisión de posibles delitos vs. las sanciones a imponerse.

Metodología

En el caso de la investigación planteada, se ha trabajado con metodología que parte de un enfoque mixto; cualitativo, por la revisión de ley, doctrina y jurisprudencia, y; cuantitativo, por la revisión bibliográfica para analizar documentos relevantes. Se han utilizado como métodos de investigación, el histórico jurídico; por el análisis del texto normativo, sus falencias y el análisis jurisprudencial desde la visión de la Corte

Constitucional del Ecuador, y la práctica de la contratación pública; y; el analítico sintético, por la argumentación realizada en pro de evidenciar el problema que representa la incorporación de un nuevo artículo como el del delito de sobreprecios respecto de la preexistencia del delito de peculado y la eficacia normativa sobre su aplicación desde la reforma al COIP. Se ha complementado el proceso con la técnica de la observación, respecto de la revisión de fuentes bibliográficas, y la determinación de la propia Corte Constitucional sobre la ejecución de cero casos en el delito de sobreprecios, a fin de respaldar el argumento de esta investigación.

Discusión

De los resultados se puede evidenciar que la incorporación del delito de sobreprecios en contratación pública, no ha rendido frutos, ya que su creación deviene de diversos factores presentados en la pandemia de COVID 2019, así como de la necesidad de castigar a quienes afectan al erario nacional. Los resultados según el análisis efectuado por la Corte Constitucional, resultan nulos a la hora de verificar si existen procesados por este tipo penal, consecuentemente, su existencia en el COIP, es irrelevante, aún cuando se ha declarado inconstitucional parcialmente.

A posteriori se justificará su inoperancia aduciendo que se hallaba anclado a la emisión de un Informe Previo que la CGE, debía presentar, evidenciando la existencia de sobreprecio respecto del presupuesto referencial calculado por la entidad contratante y el considerado como “correcto”, más sin embargo al existir similitud en cuanto al delito de peculado en ciertos factores bien puede canalizárselo bajo este.

El enfoque sancionador está orientado netamente al servidor público, y no al resultado del delito, que se enfoca en el mal uso de los dineros calculados en exceso dentro de la elaboración del presupuesto referencial, mismo que de llegar a estar en manos de alguno servidor, es difícil determinar quien, por la complejidad de la naturaleza que genera la conformación de un procedimiento de contratación pública, pues sus

actores son varios e implican muchas personas dentro de cada una de sus etapas.

Conclusiones

El tipo penal contemplado en artículos 294.1 del Código Integral Penal, así como el Informe Previo de la CGE, contenido en el Acuerdo 014-CG-2021, han sido declarados inconstitucionalmente de forma parcial, conforme la Sentencia 129-21-IN/25, Caso 129-21-IN de 19 de junio de 2025, emitida por los Magistrados de la Corte Constitucional de Justicia, por cuanto se limita la actuación de la FGE, respecto de la investigación que esta realiza a fin de determinar responsables e interponer sanciones.

Respecto del tratamiento del delito de sobreprecio en contratación pública vs. el peculado, existe identidad en: **a)** sujeto activo, **b)** sujeto pasivo y **c)** el bien jurídico protegido; mientras que enmarca diferencias respecto de **a)** la modalidad agravada y **b)** el verbo rector.

El Derecho Penal, de la mano con su característica de mínima intervención del Estado en la solución de conflictos sociales, no es el camino para combatir temas de corrupción como el de los sobreprecios en el presupuesto referencial, ya que existe todo un andamiaje administrativo previo a la determinación del presupuesto referencial en un proceso de contratación, que debería ser corregido en el mismo ámbito, a través de organismos como la CGE o el SERCOP, ya que los pasos para llegar a hacer uso de ese dinero son varios y pasan por diversos filtros obligados a detener las malas prácticas en el ámbito de la contratación pública.

Referencias Bibliográficas

- Chong, J. (2022). *Examen especial a los procesos de adquisición de bienes y servicios al GAD Parroquial Rural Bellavista*. Jijijapa: UNESUM.
- Díaz, J. F. (2019). *La corrupción en la contratación pública*. Quito: UASB.
- Sentencia 129-21-IN/25, 129-21-IN (Corte Constitucional del Ecuador 19 de Junio de 2025).

- Montero, D. (2020). *Aplicación de la autoría mediata dentro de procesos de contratación pública irregulares durante el estado de excepción*. Ambato: UNIANDES.
- Torres, D. (2018). *El informe previo sobre indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, una aberración en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: USFQ Law Review.
- Jurado, T. (2018). *El informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado para el ejercicio de la acción penal, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito en la legislación penal Ec*. Ambato: UNIANDES.
- Nacional, A. (2021). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Castillo, A. (2024). *Ineficacia del delito de sobreprecio en la contratación pública*. Quito: Universidad de las Américas.
- Asamblea Nacional. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Colmachi, J. (2016). *El presupuesto referencial como un elemento esencial para afrontar la crisis económica del Ecuador en las compras públicas*. Quito: Revista de Derecho.
- Pauta, F. (2024). *La profesionalización en el servicio civil de la función ejecutiva en las compras públicas en el Ecuador durante el período 2021-2023*. Quito: FLASCO.
- Escobar, V. (2021). *Las contrataciones en estado de excepción y los actos de corrupción en el sector público en el Ecuador*. Ambato: UNIANDES.
- Tapia, M. (2022). *La corrupción en los procedimientos de contratación en situación de emergencia durante la crisis sanitaria por COVID-19 en el Ecuador*. Buenos Aires: UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN.
- Haro, F. (2020). *Factores que facilitan la comisión de delitos en la corrupción de funcionarios y servidores públicos–Municipalidad Provincial de Concepción 2019*. Ambato: UNIANDES.
- Hernández, B. (2017). *Sumario administrativo y debido proceso*. Quito: UASB.
- Viscarra, O. (2021). *Evolución histórica de la contratación pública en el Ecuador y su vinculación con la planificación nacional*. Quito: UASB.
- Cadena, M. (2024). *Actos de corrupción de la persona jurídica, frente al principio de mínima intervención penal*. Quito: Universidad de las Américas.
- Campoverde, A. (2021). *Eficacia de las leyes y de los organismos de control de la contratación pública ecuatoriana*. Madrid: Revista Ciencia Matria.
- Vega, F. (2014). *El buen vivir-Sumak Kawsay en la Constitución y en el PNBV 2013-2017 del Ecuador*. Cuenca: OBETS. Revista de Ciencias Sociales.
- Tapia, M. (2020). *La contratación pública en Ecuador en torno a la emergencia sanitaria*. Ambato: Revista UNIANDES Episteme.
- Rivera, A. (2025). *Principio de confianza legítima en la contratación pública ecuatoriana*. Santa Elena: Universidad Estatal Península de Santa Elena.
- Nacional, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (2021). *Código Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios Y Publicaciones.