

Quito, D.M., 13 de octubre de 2021

CASO No. 5-15-IN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN
EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES,
EXPIDE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Tema: Esta sentencia resuelve la acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 37 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 del 04 de agosto de 2008. La Corte resuelve desestimar la demanda.

I. Antecedentes procesales

1. El 18 de febrero de 2015, Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, María Elena Santamarín y Paúl Salazar presentaron una acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 37 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 del 04 de agosto de 2008.
2. El 26 de marzo de 2015, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la causa. En dicha disposición, además, se corrió traslado a la Presidencia de la República, a la Asamblea Nacional y a la Procuraduría General del Estado para que defiendan o impugnen la constitucionalidad de la norma demandada; se requirió a la Asamblea Nacional que remita a la Corte el expediente con los informes y demás documentos que dieron origen a la norma impugnada; y, se puso en conocimiento del público la existencia del proceso.
3. El 29 de abril de 2015, Carla Espinoza Cueva, en calidad de procuradora judicial de la presidenta de la Asamblea Nacional; Vicente Peralta León, en calidad de subsecretario general jurídico de la Presidencia de la República y Marcos Arteaga Valenzuela, en calidad de Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, presentaron sus respectivos escritos conforme lo dispuesto por la Sala de Admisión.
4. De conformidad con el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria de 11 de noviembre de 2015, la sustanciación de la presente causa correspondió al juez constitucional Francisco Butiñá Martínez, sin embargo, de la revisión del expediente no consta que haya avocado conocimiento.
5. Una vez posesionados los actuales jueces de la Corte Constitucional, de conformidad con el sorteo efectuado por el Pleno del Organismo en sesión de 9 de julio de 2019, la

sustanciación de la presente causa correspondió al juez constitucional Hernán Salgado Pesantes, quien avocó conocimiento el 26 de mayo de 2021.

II. Alegaciones de las partes

A. Fundamentos y pretensión de la acción

6. La parte accionante pretende que mediante esta acción se declare la constitucionalidad condicionada del artículo 37 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNPC).
7. En primer lugar, los accionantes indican que *“si bien las opiniones consultivas no son vinculantes directamente, representan una interpretación auténtica del Derecho Internacional. Por lo tanto, el Estado ecuatoriano debe acudir a esta fuente auxiliar de interpretación para analizar la constitucionalidad de la norma del artículo 37 de la LOSNPC. Por lo tanto, en el presente caso, la Opinión Consultiva OC-18/03 de Septiembre de 2003 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, debe ser utilizada para valorar la constitucionalidad de la norma demandada”*.
8. De forma posterior, señalan que *“los diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos prohíben la discriminación por una serie de causas específicamente mencionadas, entre ellas: sexo, raza, origen, condición económica, religión, opinión, idioma, etc. (...). Para efectos de la presente demanda, el origen o nacionalidad de una persona, es considerado como una categoría sospechosa de discriminación por lo que su protección se debe reforzar y efectivizar”*.
9. En este sentido, señalan que *“las diferencias de trato son permitidas e incluso pueden llegar a ser necesarias, siempre y cuando, estas diferencias cumplan con ciertos requisitos. Cumplidos estos, se habla de una distinción legítima y no de una discriminación”*. Apuntan, que los requisitos para que una diferenciación de trato pueda llegar a ser legítima debe reunir las siguientes características: que sea aplicada de forma objetiva, que obedezca a una justificación razonable, que se mantenga una cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida y, que se persiga un propósito o interés legítimo.
10. De igual manera, alegan que la norma impugnada *“contiene una regulación restrictiva toda vez que a partir de su tipificación se observa la imposición de una serie de condiciones en perjuicio de las personas naturales y jurídicas extranjeras, residentes o no residentes, tornando en inaplicable su derecho de participación en el ejercicio de la consultoría en procesos de contratación pública, inobservando así la norma impugnada lo establecido por la Constitución en su artículo 9 respecto a la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de personas nacionales y extranjeras que se encuentren en territorio nacional”*.

11. Del mismo modo, manifiestan que *“es evidente que el artículo 37 de la LOSNCP contempla tratamientos distintos tanto para personas nacionales como para personas extranjeras, por lo que es pertinente determinar si dicho tratamiento diferente se encuentra razonablemente justificado a fin de garantizar el derecho a la igualdad”*.
12. Así, sostienen que el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República garantiza el derecho a no ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad o sexo, por lo que *“no sería posible considerarse justificado un tratamiento distinto para supuestos similares (...) ya que aquello, constituiría un acto discriminatorio”*.
13. En consecuencia, afirman que la norma impugnada es inconstitucional no solo por imponer una regulación excesiva para el ejercicio de la consultoría, sino que también dicha norma no hace distinción alguna entre personas extranjeras residentes y no residentes, por lo que *“sostener que las condiciones contempladas en el artículo 37 de la LOSNCP aplican indistintamente para personas extranjeras residentes y no residentes, contraviene lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución de la República así como también a lo expresado recientemente por su autoridad. En consecuencia, la restricción que se aplica a los extranjeros no es razonable, porque un extranjero residente legal en el país ya es parte de la comunidad política ecuatoriana, es decir, éstos ya tienen un nexo jurídico con el Estado, por lo que no hay una relación racional entre el interés y la práctica que justifique la diferenciación planteada en el artículo 37 de la LOSNCP”*.
14. Por lo expuesto, solicitan que *“se condicione la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, emitido por la Asamblea Nacional y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 del 04 de agosto de 2008, entendiéndose para efectos de este artículo por personas extranjeras como aquellas personas que no residan legalmente en el país”*.

B. De la Presidencia de la República

15. En escrito presentado a la Corte Constitucional el 29 de abril de 2015, el Subsecretario General Jurídico de la Presidencia (en adelante *“Presidencia”*) emitió sus argumentos en torno a la demanda de inconstitucionalidad.
16. En primer lugar, la Presidencia alega que *“el ordenamiento constitucional constituye un todo armónico, en el cual no cabe tomar o citar una disposición aislada del mismo a efectos de pretender el reconocimiento de un derecho”*, por lo que se debe tomar en cuenta lo dispuesto en los artículos 275 numerales 1, 2 y 5, 276 numerales 2, 3, 4, 5 y 6, 277 numerales 2, 4 y 5, 284, 288, 319 y 344 numeral 4 de la Constitución de la República.
17. En tal sentido, alega que *“por expresos mandatos constitucionales, debe privilegiarse el desarrollo nacional, las políticas públicas que faciliten su cumplimiento y los servicios nacionales, entre los que se encuentran la consultoría y, se prohíbe formas de*

actuar contrarias al interés público y el buen vivir, además, se obliga al Estado a evitar, a través de una regulación adecuada, que se afecte a aquellos”.

- 18.** *Agrega, que “[s]i bien la Constitución de la República del Ecuador garantiza a los extranjeros los derechos consagrados en la misma, lo hace bajo la consideración de que dichos derechos no afecten otros derechos o no sea contraria al orden público, políticas públicas, razones de interés social o a las condiciones que para el desarrollo del país se contemplan en las normas constitucionales”.*
- 19.** *Por ello, sostiene que “el hecho de que el Estado establezca en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que un extranjero pueda contratar con el Estado cumpliendo ciertos requisitos, como la no existencia de personas ecuatorianas capaces de efectuar la consultoría, se ajusta a las normas constitucionales y el ordenamiento jurídico, y, no como sostienen los accionantes, cualquier persona extranjera, por el solo hecho de serlo, puede contratar con el Estado”.*
- 20.** *Mediante escrito de 7 de junio de 2021, la Presidencia alega que “[e]l análisis y la pretensión realizada por los accionantes parte de consideraciones constitucionales parciales. Han omitido traer a colación el mandato constitucional recogido en el artículo 288”.*
- 21.** *Adicionalmente, argumenta que “[e]l mandato constitucional pretende incorporar mecanismos legales que busquen la promoción y desarrollo de la industria local. Obedece a una finalidad sencilla y necesaria: permitir la participación de actores nacionales, sean personas naturales o jurídicas, en actividades económicas relacionadas a la contratación pública. En concordancia con la Constitución de la República, el artículo 4 de la LOSNCP recoge el principio de la participación nacional como un mecanismo que fomenta la competencia, el crecimiento y el desarrollo de personas naturales o jurídicas locales”.*
- 22.** *Así mismo, afirma que la norma impugnada, como otras normas de la Ley y su Reglamento, “[n]o impide la participación de consultores extranjeros, pero sí dispone que esta se limite en función de la disponibilidad de la oferta nacional”.*

C. De la Asamblea Nacional

- 23.** *En escrito presentado a la Corte Constitucional el 29 de abril de 2015, la procuradora judicial de la presidenta de la Asamblea Nacional (en adelante “Asamblea Nacional”) emitió sus argumentos en torno a la demanda de inconstitucionalidad. De forma específica, solicitó que se rechace la demanda por improcedente.*
- 24.** *En primer lugar, la Asamblea Nacional señala que “[s]i la Constitución es un todo orgánico, sus preceptos deben interpretarse de tal modo que se excluya definitivamente toda interpretación que anule o deje sin efecto alguna de sus disposiciones. En este sentido, el artículo 37 de la LOSNCP debe interpretarse de la manera que favorezca a*

la consultoría nacional que se encuentra en desventaja y en situación de vulnerabilidad respecto de la consultoría extranjera”.

25. A continuación, sostiene que la norma impugnada no coarta a las personas extranjeras sus derechos de participar en procesos de contratación pública, sino que pretende precautelar la igualdad de participación entre consultores nacionales y extranjeros, con la finalidad de promover la igualdad prevista en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, dado que es evidente que los consultores nacionales se encuentran en situación de desigualdad con respecto a los extranjeros.
26. Agrega, que el artículo 284 de la Constitución busca equiparar la desigualdad competitiva de nuestro país, con la finalidad de contar con una producción sostenida y sustentable que favorezca a todos los sectores de la sociedad.
27. Así mismo, la Asamblea Nacional argumenta que *“si bien es cierto que, en principio todos somos iguales ante la Constitución, no es menos cierto, que las y los consultores nacionales se encuentran en estado de desigualdad ante los grandes consultores extranjeros, por lo que es necesario equiparar el estado de desigualdad con la eliminación de privilegios y con el fin de garantizar la generación y estabilidad de empleos, especialmente de los consultores nacionales”.*
28. De igual forma, agrega que *“lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no solo equipara la desigualdad competitiva entre los consultores extranjeros y nacionales, sino que mediante el incentivo de la producción nacional, dinamiza la economía y protege el derecho y deber social al trabajo de las personas, como un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía”.*
29. Posteriormente, sostiene que la norma impugnada persigue un fin constitucionalmente válido y justo.
30. Para el efecto, señala que *“en el Ecuador las compras públicas, de acuerdo al artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador, se rigen bajo los criterios de: eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, y prioriza los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, lo que guarda relación con lo señalado en el artículo 4 de la LOSNCP, que indica los principios bajo los cuales se rige dicha ley y son: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y, participación nacional”.*
31. Del mismo modo, arguye que la norma no anula la participación de consultores extranjeros, sino que se supedita su participación a que no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional.

32. Finalmente, manifiesta que la medida tomada en la norma impugnada es idónea, necesaria y proporcional.

D. Procuraduría General del Estado

33. En escrito presentado a la Corte Constitucional el 29 de abril de 2015, el director nacional de patrocinio de la Procuraduría General del Estado (en adelante “*Procuraduría General del Estado o Procuraduría*”) emitió sus argumentos en torno a la demanda de inconstitucionalidad. De forma específica, solicitó que se rechace la demanda por improcedente.
34. En primer lugar, la Procuraduría alega que no es posible realizar control de convencionalidad dado que de la argumentación realizada por los accionantes no se colige que el bloque de constitucionalidad invocado reconozca derechos más favorables que nuestra Constitución.
35. A continuación, afirma que no toda distinción de trato trae consigo una vulneración del derecho a la igualdad, sino que debe examinarse que dicha distinción se encuentre debidamente justificada, por lo que en el presente caso es necesario dilucidar si el trato diferenciado que prevé la norma impugnada es discriminatorio, para lo cual se debe analizar no solo el principio de igualdad sino otras normas constitucionales que establecen obligaciones al Estado.
36. A criterio de la Procuraduría las normas referidas son aquellas que tienen relación con la generación de empleo y el fomento de la producción nacional de bienes y servicios, contempladas en los artículos 66 numeral 15, 283, 284, 325 y 334 numeral 4 de la Constitución de la República.
37. Argumenta que “[a]l confrontar estas disposiciones constitucionales con la norma legal impugnada, podemos concluir que ésta procura proteger a la producción nacional de servicios de consultoría y, solo en los casos específicos que establece la misma norma, las instituciones públicas pueden contratar con personas naturales y jurídicas extranjeras; en general, cuando no exista ninguna persona nacional que pueda brindar dichos servicios”.
38. Por ello, alega que “no se impide de forma absoluta la participación de personas extranjeras, sino que se deben reunir ciertas condiciones para su contratación por entidades del sector público”.
39. En función de aquello, sostiene que “si bien existe un trato diferente, éste se ha dado bajo criterios objetivos y razonables, como son el fomento de la producción nacional y la generación de empleo para los y las ecuatorianas, sin que, bajo ningún concepto, se impida la participación o actividad de personas extranjeras en procesos de contratación pública para servicios de consultoría”.

40. Finalmente, alega que “*al abordar las alegadas violaciones al principio de igualdad, éstas deben ser analizadas desde el aspecto material del derecho a la igualdad y no solamente desde la óptica formal. Por lo tanto, las normas impugnadas no han vulnerado el principio de igualdad y no discriminación*”.

III. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

A. Competencia

41. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción pública de inconstitucionalidad, de conformidad con el numeral 2 del artículo 436 de la Constitución, en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante “LOGJCC”).

B. Norma Impugnada

42. Textualmente, el artículo 37 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece lo siguiente:

Art. 37.- Ejercicio de la Consultoría.- La consultoría será ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, para celebrar contratos con las entidades sujetas a la presente Ley, deberán inscribirse en el Registro Único de Proveedores RUP.

La participación de consultores extranjeros, en los procesos de contratación pública, sean estas personas naturales o jurídicas, se limitará a los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos componentes parcial o totalmente no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, certificadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública quien para el efecto de proporcionar esta certificación deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales. Si en un plazo de ocho (8) días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros.

Esta autorización no impide que una vez iniciado el proceso contractual una persona natural o jurídica nacional participe del mismo.

C. Análisis constitucional

43. Con base en los argumentos antes señalados, esta Corte Constitucional analizará si la contratación preferente para nacionales en servicios de consultoría, contemplada en la norma impugnada, es incompatible con el derecho de igualdad y no discriminación, establecido en los artículos 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución de la República.
44. Los accionantes argumentan que la norma impugnada contempla un trato distinto entre personas nacionales y extranjeras que pretendan participar en procesos de contratación

pública con la finalidad de realizar consultorías. Así mismo, sostienen que dicho tratamiento diferenciado no se encuentra razonablemente justificado por lo que es contrario al principio de igualdad y no discriminación.

45. El artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República reconoce que el ejercicio de los derechos se rige por el principio de igualdad y no discriminación, así, establece que “[t]odas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. Del mismo modo, el artículo 66 numeral 4 de la Norma Suprema reconoce el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación.
46. Por ello, este Organismo ha señalado que el derecho a la igualdad posee dos dimensiones, una formal y una material. La dimensión formal exige “*un trato idéntico a sujetos -individuales o colectivos- que se hallen en la misma situación¹*”, y la dimensión material, por otro lado, “[reconoce que] *los sujetos que se encuentren en condiciones diferentes, requieren un trato distinto que permita equiparar el goce y el ejercicio de sus derechos a personas que se encuentren en situaciones distintas²*”.
47. Así, la Corte ha determinado que existen tres elementos para configurar un trato discriminatorio “*la comparabilidad, es decir, tiene que existir dos sujetos de derechos, personas o grupos que están en igual o semejantes condiciones; la aplicación de una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en la Constitución; y la verificación del resultado ocasionado por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina³*”. En consecuencia, “*la diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos y la diferencia discriminatoria cuando tiene como objeto el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos⁴*”.
48. Adicionalmente, como ha sido establecido por Corte Constitucional, ningún derecho es absoluto, por lo no toda discriminación o trato diferenciado, *per se*, es inconstitucional, por ello el Estado, a través de un acto legislativo, puede establecer diferencias entre sujetos, siempre y cuando las mismas tengan razones justificadas, razonables y se emitan de acuerdo al marco constitucional. Cabe acotar, que “*el nivel de escrutinio respecto de un trato diferenciado debe ser mayor cuando se trata de una categoría sospechosa de discriminación en la que se presume la inconstitucionalidad del trato⁵*”. En tal sentido, corresponde analizar si el trato diferenciado establecido en la norma impugnada, respecto de la preferencia de nacionales para el ejercicio de la consultoría, responde a una razón justificada emitida dentro del marco constitucional.
49. En el caso en concreto, se observa que desde la propia Constitución se establece, como mandato, que el sistema de contratación pública buscará priorizar los servicios nacionales. Así, se tiene que el artículo 288 determina que “[l]as compras públicas

¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 1-18-IN/21, párr. 28.

² Corte Constitucional, Sentencia No. 7-11-IA/20, párr. 19.

³ Corte Constitucional, Sentencia No. 50-10-IN/20, párr. 19.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 1-18-IN/21, párr.30.

*cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se **priorizarán los productos y servicios nacionales**, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas” (énfasis añadido).*

50. Respecto de dicha norma este Organismo ha señalado que *“contiene un criterio general que exige la priorización de los productos y servicios nacionales en el marco de la contratación pública en el Ecuador. Al respecto, las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública especifican los criterios que se utilizarán para favorecer a los proveedores locales⁶”*. Cabe acotar que dicho mandato constitucional pretende incorporar mecanismos legales, como política del Estado, que promuevan el desarrollo de la industria local, con la finalidad de dinamizar la economía del país.
51. Así mismo, es pertinente recordar que el numeral 2 del artículo 284 de la Constitución establece que la política económica tiene entre sus objetivos *“[i]ncentivar la producción nacional”*.
52. Por ello, la contratación preferente para oferentes nacionales en servicios de consultoría en los procedimientos de contratación pública, regulada en la norma, tiene como finalidad cumplir con los mandatos constitucionales y establecer un criterio de priorización a proveedores de servicios nacionales, por lo que se encuentra plenamente justificada, esto, dado que responde a preceptos constitucionales relacionados a la promoción de agentes económicos locales, lo cual instrumentaliza lo dispuesto en el artículo 288 de la Constitución.
53. Adicionalmente, esta Corte observa que la norma impugnada no impide ni anula el derecho de participación de extranjeros, sino que se regula dicha participación en función de la disponibilidad de la oferta nacional, efectivizando así lo ordenado en la Norma Suprema.
54. Por último, respecto de la alegación contenida en el párrafo 13 de esta decisión, cabe resaltar que el legislador, al redactar la norma y al referirse de forma genérica a *extranjeros*, ha optado por no realizar distinción alguna entre las categorías de extranjeros residentes y no residentes, en tal sentido, al no existir trato diferenciado, no cabe analizar dicho cargo.
55. En atención a lo expuesto, este Organismo considera que aun cuando el artículo 37 de la LOSNCP establece un trato diferenciado entre los oferentes nacionales y extranjeros, no constituye un trato discriminatorio y, por lo tanto, no atenta contra el derecho y principio de igualdad y no discriminación⁷, sino que, por el contrario, constituye un medio razonable y justificado para promover y dinamizar la economía local.

⁶ Corte Constitucional, Dictamen No. 2-19-TI/19, párr. 98.

⁷ Constitución de la República, arts. 11 numeral 2 y 66 numeral 4.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Desestimar la acción pública de inconstitucionalidad planteada.
2. Notifíquese, publíquese y archívese.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que en la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con cinco votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado y Hernán Salgado Pesantes, dos votos salvados de los Jueces Constitucionales Ramiro Avila Santamaría y Agustín Grijalva Jiménez; la Jueza Constitucional Daniela Salazar Marín no consigna su voto en virtud de la excusa presentada en la causa, la misma que fue aprobada en esta sesión; sin contar con la presencia de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez, en sesión ordinaria de miércoles 13 de octubre de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 5-15-IN

VOTO SALVADO

Jueces constitucionales Agustín Grijalva Jiménez y Ramiro Avila Santamaría

I. Antecedentes

1. La Corte Constitucional aprobó con siete votos a favor, la sentencia en la causa No. 5-15-IN, que desestimó la acción de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 37 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Suplemento del Registro Oficial No. 395 del 04 de agosto de 2008).¹ La norma impugnada señala:

Art. 37.- Ejercicio de la Consultoría.- La consultoría será ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, para celebrar contratos con las entidades sujetas a la presente Ley, deberán inscribirse en el Registro Único de Proveedores RUP.

La participación de consultores extranjeros, en los procesos de contratación pública, sean estas personas naturales o jurídicas, se limitará a los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos componentes parcial o totalmente no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, certificadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública quien para el efecto de proporcionar esta certificación deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales. Si en un plazo de ocho (8) días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros.

Esta autorización no impide que una vez iniciado el proceso contractual una persona natural o jurídica nacional participe del mismo.

2. En esta causa, discrepamos con el razonamiento y la decisión adoptada por la mayoría de este Organismo. Consecuentemente, a base del artículo 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respetuosamente presentamos el razonamiento de nuestro voto salvado, en los siguientes términos.

II. Análisis

3. En esta causa, los accionantes señalaron que dicha norma es inconstitucional pues determina un trato diferenciado a las personas extranjeras que es contrario a la igualdad y resulta discriminatorio. Al respecto, alegaron que las condiciones impuestas por la norma impugnada “*aplican indistintamente para personas extranjeras residentes y no*

¹ La acción fue presentada por Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, María Elena Santamarín y Paúl Salazar.

residentes, contraviene lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución de la República así como también a lo expresado recientemente por su autoridad. En consecuencia, la restricción que se aplica a los extranjeros no es razonable, porque un extranjero residente legal en el país ya es parte de la comunidad política ecuatoriana, es decir, éstos ya tienen un nexo jurídico con el Estado, por lo que no hay una relación racional entre el interés y la práctica que justifique la diferenciación planteada en el artículo 37 de la LOSNCP”.

4. En el fallo de mayoría, la Corte decidió no pronunciarse sobre la omisión de la norma impugnada de distinguir la situación de las personas extranjeras residentes y no residentes, indicando que no cabía dicho análisis pues el legislador decidió referirse en forma genérica a “*extranjeros*” y desestimó la acción considerando que la norma es un “*medio razonable y justificado para promover y dinamizar la economía local.*”
5. Consideramos que el razonamiento del fallo de mayoría no es adecuado. Como se observa, el argumento de los accionantes cuestiona claramente el uso genérico del término “*extranjeros*” en la norma impugnada, cargo que no fue atendido por la mayoría de los integrantes de la Corte.
6. Al respecto se debió considerar que el marco constitucional ecuatoriano con relación a la movilidad humana se caracteriza por abordar este hecho social desde un enfoque de derechos. Una persona extranjera se encuentra en el Ecuador en virtud del ejercicio del derecho a migrar² y como ha señalado esta Corte este derecho “*se ejerce en el ingreso, la permanencia o tránsito, salida o retorno*” (énfasis añadido).
7. Bajo estas premisas, las normas que regulan la condición jurídica de la permanencia de una persona extranjera y el ejercicio de sus derechos durante dicha permanencia en el Ecuador deben estar acordes a lo dispuesto por la Constitución, garantizando el ejercicio del derecho a migrar y demás derechos en condiciones de igualdad y dignidad.
8. De esta manera, la decisión de permanecer en el Ecuador, como expresión del ejercicio del derecho a migrar, está estrechamente vinculada con el proyecto de vida personal e incluso de sus familiares. Esta decisión está orientada a buscar un entorno en el que se pueda ejercer plenamente los derechos. Así, relaciones familiares, de cuidado o afectivas y aspectos económicos, laborales u otros constituyen factores que animan a la permanencia en el país, al igual que, situaciones de violencia y vulneraciones de derechos en los países de origen suelen convertirse en factores que desaniman el retorno y redundan en la prolongación de la permanencia en el Ecuador.
9. De ahí que la Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMH) establezca formas de regularización diferentes para las personas extranjeras que permanecen por un tiempo determinado en el Ecuador o para quienes lo hacen indefinidamente. La condición de

² Artículo 40 de la Constitución.

residente temporal contempla una estadía de hasta por dos años, mientras la de residente permanente implica la estadía indefinida en el país.³

10. Como se observa, las personas que se encuentran bajo la condición de residentes permanentes han establecido vínculos de diferente naturaleza y en virtud de ellos optan por desarrollar su proyecto de vida y la de sus familiares en el país, integrarse y convivir en la sociedad ecuatoriana. Esto no implica la obligación de obtener la nacionalidad ecuatoriana, sino que, conservando la nacionalidad del país de origen, puedan ejercer plenamente los derechos en el Ecuador.
11. El marco constitucional ecuatoriano con relación a la movilidad humana se caracteriza por abordar este hecho social desde un enfoque de derechos. Esto se refleja a su vez en el tratamiento jurídico determinado por la Constitución para las personas extranjeras en el Ecuador que establece como punto de partida el reconocimiento de los mismos derechos y deberes que a las personas ecuatorianas de conformidad con el artículo 9 de la Carta Magna.
12. De ahí que el efecto de la restricción establecida en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto de las personas extranjeras que se encuentran como residentes permanentes en el país, no es justificable. Si se considera que la norma tendría como fin la promoción y dinamización de la economía local, como asevera el voto de mayoría, no cabe excluir a personas extranjeras residentes permanentes, pues ellas también son parte de la economía local del país.
13. La Carta Magna, en su artículo 9, reconoce a las personas extranjeras los mismos derechos y deberes que las personas ecuatorianas *“de acuerdo con la Constitución”*, es decir, solo pueden ser admisibles únicamente aquellas excepciones en el ejercicio de derechos de las personas extranjeras acordes con el texto constitucional. De igual manera, el artículo 11 numeral 2, prohíbe expresamente la discriminación por lugar de origen y condición migratoria.
14. Esta Corte en su jurisprudencia⁴ ha destacado el alcance del principio de igualdad y no discriminación respecto de las personas extranjeras que contiene la Constitución. Al respecto ha sostenido que *“la garantía de prohibición de discriminación más allá de generar un efecto negativo con respecto a la actuación de los órganos estatales, como lo es, el de abstenerse de diferenciar injustificadamente, engendra un efecto positivo, el de adoptar las medidas idóneas y necesarias para asegurar la materialización de*

³ Según el artículo 63 de la LOMH para obtener la residencia permanente debe cumplirse al menos uno de los siguientes supuestos: *“1. Cumplir al menos veintiún meses continuos de permanencia en el Ecuador, en calidad de residente y presentar la solicitud correspondiente, previo al vencimiento de la residencia que ostente, conforme con lo determinado en el Reglamento de esta Ley; 2. Haber contraído matrimonio o mantener unión de hecho legalmente reconocida con una persona ecuatoriana o extranjera con residencia permanente; 3. Ser extranjero niña, niño o adolescente, o persona con discapacidad que dependa de una persona ecuatoriana o de un extranjero que cuente con residencia permanente; o, 4. Ser pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un ciudadano ecuatoriano o de un ciudadano extranjero con residencia permanente en el Ecuador.”*

⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 159-11JH/19, párr. 72.

*un estado de igualdad deseable entre todos los individuos del género humano, en el cual se respete la dignidad del otro como la de uno mismo”.*⁵

15. Estos parámetros constitucionales sumados a los de instrumento internacionales,⁶ suponen la igualdad en derechos como regla general y, por tanto, obligan a examinar con detenimiento en qué medida una limitación podría ser constitucionalmente admisible, particularizando el análisis en las condiciones migratorias en las que podría encontrarse una persona en el país; sino es así, dicho análisis resulta incompleto como ocurrió con el voto de mayoría.
16. En esta causa, la distinción en términos generales entre personas nacionales y extranjeras que hace el artículo 37 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no es razonable respecto de personas extranjeras con residencia permanente y, por tanto, la acción de inconstitucionalidad debió ser aceptada, estableciendo la condición de que dicha norma no sea aplicable para ese grupo de personas.

Agustín Grijalva Jiménez
JUEZ CONSTITUCIONAL

Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto salvado de los Jueces Constitucionales Agustín Grijalva Jiménez y Ramiro Avila Santamaría, en la causa 5-15-IN, fue presentado en Secretaría General, el 25 de octubre de 2021, mediante correo electrónico a las 15:43; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 202.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03, sobre la Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.