

**VOTO SALVADO DEL DR. MANUEL YÉPEZ ANDRADE**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-** Quito, 20 de /septiembre/ de 2010, las 09h30 .- (301-2009) **VISTOS:** Comparece el doctor Carlos Julio Arosemena Arosemena, en su calidad de Procurador Judicial de la Constructora de los Andes Cía Ltda. Coandes e interpone recurso de casación contra la sentencia dictada el 14 de abril de 2009 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil dentro del juicio contencioso administrativo propuesto contra la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil. En su oportunidad procesal, esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia aceptó a trámite la acción de casación deducida dentro de la presente causa, motivo por el cual y al encontrarse la causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** Esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, es la competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de lo que dispone el numeral 1ro. Del artículo 184 de la Constitución Política de la República en vigor. En la tramitación de ésta se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de trámites, por lo que se declara la validez procesal.- **SEGUNDO.-** Conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, el recurso de casación es de carácter eminentemente extraordinario, formal y restrictivo, calidades que exigen que su fundamentación ha de ser clara, completa y estrictamente apegada a la lógica jurídica y a los principios básicos que regulan la materia; estando el recurrente en la obligación de determinar con absoluta precisión las normas de derecho que



considera violadas, al igual que la causal o causales de que trata el artículo 3 de la Ley de Casación; pues en modo alguno la casación constituye una nueva instancia destinada a analizar todos los extremos y pormenores del litigio, sino que la competencia del Tribunal de Casación se circunscribe a los estrictos límites a los que se contrae el recurso. Por tanto, para que la casación prospere, es menester que exista la debida correlación entre las normas o precedentes jurisprudenciales obligatorios que el impugnante hubiera llegado a precisar y los enunciados del fallo que él estima contradicen dichos preceptos, vinculando el contenido de éstos con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación; sin que baste señalar que el fallo de instancia ha transgredido tal o cual precepto legal y que se halla incurso en una o varias causales de casación; debiendo, además, evidenciar la manera en que la falta de aplicación, la aplicación indebida o la errónea interpretación de las normas que considera violadas han sido determinantes en la decisión del conflicto sometido a conocimiento del Tribunal de instancia.

**TERCERO.-** El recurso de casación intentado por el doctor Carlos Julio Arosemena Arosemena , por los derechos de la Cía Coandes que representa, se funda en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y se fundamenta en la existencia de aplicación indebida de los artículos 1 y 7 de la Constitución de la República; 1 de la Ley de Compañías; 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 38 de la Ley de Modernización del Estado; 564 del Código Civil; y, 32, 38 y 52 del Código de Procedimiento Civil.-

**CUARTO:** Con la finalidad de confrontar la sentencia recurrida con las normas que el recurrente estima infringidas se hacen las siguientes reflexiones legales: Es preciso establecer prioritariamente si se a operado o no la caducidad del derecho a ejercer la acción,



puesto que este requisito se subordina al conocimiento y resolución del caso. La caducidad, conforme al criterio reiterativo de la Sala y que, por tanto es vinculante de carácter objetivo y declarable aun de oficio. En este caso la acción planteada tiene que ver con los efectos propios que nacen de un vínculo contractual que se respalda en el contrato 004 - 2002, para la ejecución de las obras de rehabilitación del sistema de agua potable de la ciudad de Guayaquil celebrado mediante escritura pública otorgada ante el Notario Primero del Cantón Guayaquil Dr. Carlos Quiñónez Velásquez el 18 de enero del 2002 entre la recurrente como parte integrante del consorcio COANDES - ETINAR y la empresa cantonal de alcantarillado y agua potable ECAPAG, por ende la acción enervada por la accionante constructora de los Andes Cía. Ltda. COANDES, para exigir el pago de las prestaciones extra contractuales que reclama, no se sustentan en un recurso de plena jurisdicción o subjetivo, surgen de la relación contractual antes mencionada que le otorgan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, la competencia a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo a conocer y resolver todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público, acción que en este caso no surge de un hecho administrativo sino del contrato tantas veces mencionado y aplicando el segundo inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en los casos que sean de materia contractual u otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, la demanda se podrá proponer hasta en el plazo de 5 años. La naturaleza de este caso, planteado en la demanda del accionante no es de los asuntos que

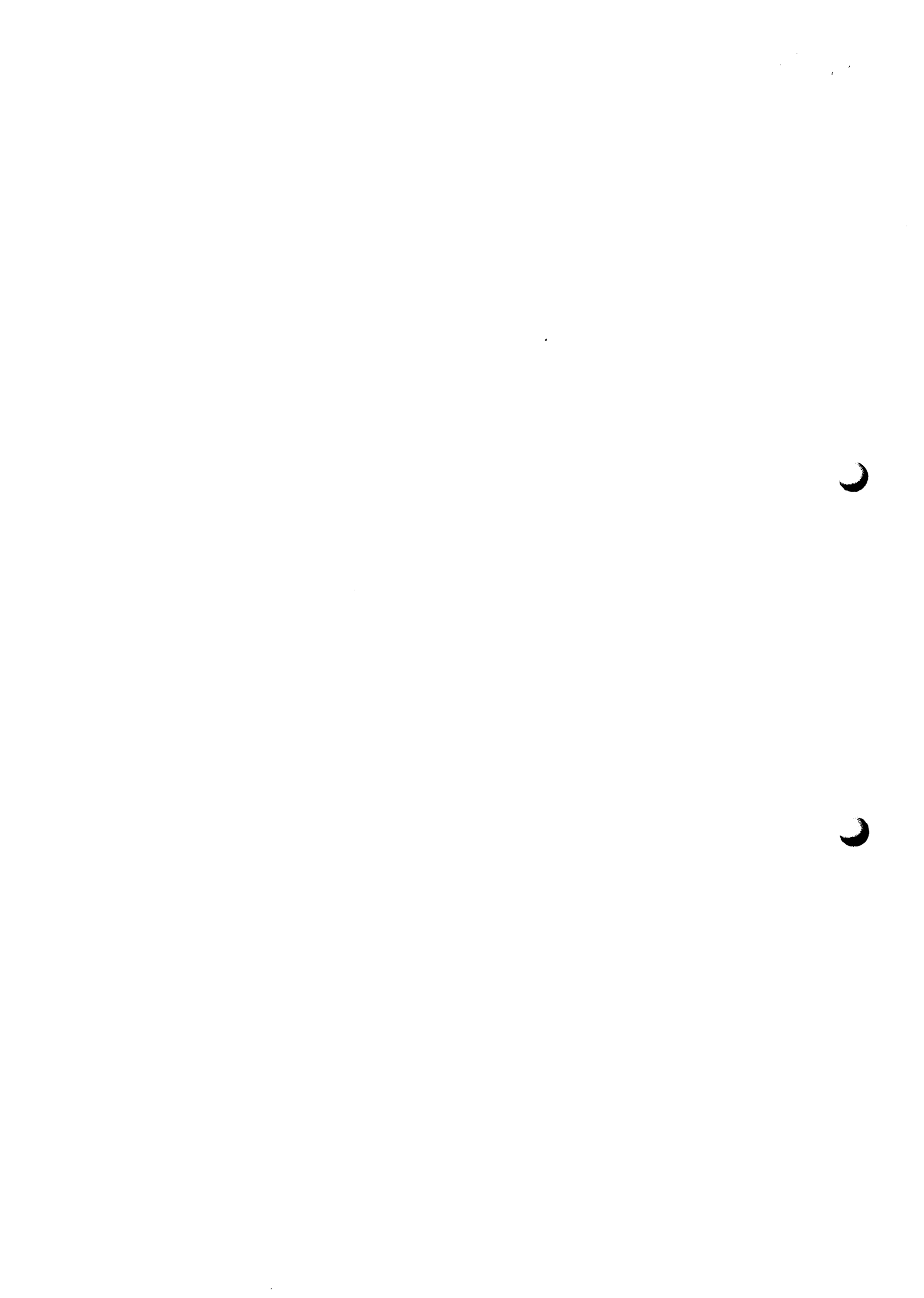


constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, por ende el pronunciamiento del Tribunal No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil al declarar caducado el derecho del demandante para deducir su demanda en la vía contencioso administrativa mediante el recurso de plena jurisdicción o subjetivo, se debe a la indebida aplicación del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y de los artículo 1 y 2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, por cuanto se trata de una acción contractual prevista en el mencionado artículo 38 de la Ley de de Modernización del Estado que amplía la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y que en consideración a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 65 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, determina un plazo de 5 años para la presentación de la demanda.- tal examen de la piezas procesales y de la fecha de presentación de la demanda se colige que no ha transcurrido el tiempo previsto en esta norma legal para la caducidad del derecho de los accionantes.- Por ende las acciones contractuales planteadas por los accionantes se encontraban plenamente vigentes al momento de la presentación del libelo de demanda.- **QUINTO:** El Tribunal de Alzada declaró sin lugar la demanda alegando que una de las personas jurídicas integrantes del consorcio COANDES – ETINAR es inexistente en derecho por cuanto otorga la procuración judicial a favor del actor Dr. Carlos Julio Arosemena Arosemena como ETINAR – estudio técnico, ingeniería arquitectura Cía. Ltda., cuando se trata de una persona jurídica, cuando cambió su estatus legal es decir pasó a ser una sociedad anónima y que por ende existe ilegitimidad de personería de la compañía demandante ETINAR Cía. Ltda. la cual legalmente no existe, respaldando su conclusión en el certificado conferido por la





Dra. Norma Plaza de García, Registradora Mercantil del Cantón Guayaquil de fojas 461 a 489 del proceso.- La recurrente ETINAR, estudio técnico, ingeniería, arquitectura Cía. Ltda. hoy ETINAR S.A. sustenta su recurso de casación en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por la indebida aplicación por parte de los juzgadores integrantes del Tribunal Distrital No. 2 Contencioso Administrativo de Guayaquil, de los artículos 1 y 330 de la Ley de Compañías en concordancia con el artículo 40 del Código Civil. El Legislador en el artículo 330 de la Ley de Compañías cuando trata de la transformación de una compañía de un tipo a otro tipo, manifiesta con claridad que el hecho de que una compañía adopte una figura jurídica distinta no significa que pierda su personería siendo enfático el legislador cuando manifiesta que “si la transformación se opera de conformidad a lo dispuesto en ésta Ley , no cambia la personalidad jurídica de la compañía, la que continuará subsistiendo bajo la nueva forma”. La demandada reconoce que la compañía ETINAR estudio técnico, ingeniería y arquitectura Cía. Ltda. reformó sus estatutos y cambió su estatus legal es decir paso a ser de una compañía de responsabilidad limitada a ser una sociedad anónima por ende la accionante por ministerio de la Ley mantiene su personería y personalidad jurídica. No existe la ilegitimidad de personería en los términos en los que se refiere el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, pues la personería jurídica del Dr. Carlos Julio Arosemena Arosemena para comparecer a nombre de las accionantes se instrumenta en los términos previstos en la aludida norma objetiva sin perder la unidad de acción por así disponerlo el artículo 52 del aludido Código Procesal Civil. No puede confundirse legitimidad de personería con existencia jurídica de uno de los accionantes, por ende comprobada de acuerdo al artículo 330 de la Ley de Compañías



que el accionante ETINAR no ha perdido su personalidad jurídica por el hecho de haber adoptado una figura jurídica distinta a la originalmente declarada por sus socios y ahora accionistas, es obvio que el Tribunal de Alzada no aplicó debidamente el artículo 330 de la Ley de Compañías, incidiendo en la conclusión de la sentencia que no aborda el tema principal de la litis y además aplica indebidamente el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, pues el Procurador Judicial Dr. Carlos Julio Arosemena Arosemena ostenta la representación judicial en los términos previstos en el artículo 52 del Código Adjetivo Civil cuando se trata de dos demandantes por un mismo derecho que no es diverso ni contrapuesto y en este caso el consorcio COANDES – ETINAR es una figura de hecho que liga dos personas jurídicas bajo un mismo objetivo pero que no significa que el consorcio sea una parte individualizada en el proceso por en de aún en el supuesto caso que podría existir ilegitimidad de personería en la situación del accionante ETINAR S.A., la Sala estaba obligada a pronunciarse sobre lo principal en relación a la pretensión de Constructora Los Andes COANDES Cía. Ltda., siendo en consecuencia pertinente el recurso de casación interpuesto por los accionantes en relación a los puntos cuestionados que constan en el libelo de los recursos deducidos.- **SEXTO:** La aceptación del recurso de casación interpuesto permite a la Sala considerar el fondo del litigio puesto que se trata de un juicio de conocimiento para declarar el derecho, si ha lugar. En el caso la pretensión de los actores radica en lo siguiente: Las compañías constructora Los Andes CIA Ltda. COANDES y la CIA ETINAR SA manifiesta en su libelo de demanda que si bien se cumplieron las prestaciones contraídas en el contrato celebrado con la empresa cantonal empresa potable y alcantarillado ECAPAG el 18 enero 202, signado 004-2002 cuyo



hecho consistía en la construcción y ejecución de las obras de rehabilitación de agua potable en la ciudad de Guayaquil, las mismas que fueron recibidas definitivamente por la entidad contratante y pagadas en su totalidad, existieron trabajos extracontractuales, derivados del objeto principal del contrato 004-2002 que consistieron en el desalojo extra de material correspondiente hasta 5km, desalojo del material pétreo que llegó a 18038,63 m<sup>3</sup> háyase facturado únicamente 9.148,24 m<sup>3</sup> existiendo una diferencia a favor de la contratista del valor que corresponde a 8.890,39m<sup>3</sup> que asciende la suma de 25.426,47 dólares americanos pues el precio fijado en el contrato por m<sup>3</sup> desalojado hasta 5km es de 2,86 dólares por metro y b) reclama también los contratistas que habiendo desalojado material extra más allá de 5km existe una diferencia no pagada por la ECAPAG de 267.197, 22m<sup>3</sup>/km cuyo precio asciende a la suma de USD\$ 705.400,66 dólares americanos pues el precio de m<sup>3</sup> de transporte mas allá de 5 Km. es de 2.64 dólares el m<sup>3</sup>, valores que lo reclaman además de los reajustes de precios estipulados contractualmente desde la fecha de ejecución de las obras hasta la fecha de pago, bajo la premisa que todo trabajo por mandato constitucional es remunerado, de autos consta de abundante prueba documental aportada por los actores, particularmente el libro de obra que se encuentra refrendado por la Fiscalización del contrato, documento que surte efecto probatorio con relación a que en efecto el desalojo extra del material pétreo se realizó y su traslado lo efectivó los contratistas a sitios mas distantes de los establecidos en el contrato generando un costo extra de transporte que debe ser asumido por la contratante; costo que ha sido auditado por el perito designado por el juez a-quo en la etapa de sustentación del proceso que determina el verdadero valor a reclamarse por parte de las



actoras. En relación de la primera pretensión o sea el pago de los gastos de desalojo del material extra el reclamo de las actoras no es procedente pues el contrato prevé en la sección 4 literal b de la especificación técnico 4.102 este tipo de imprevisto que no genera cargo a la contratante de acuerdo al tenor del propio contrato, debiendo desecharse esta pretensión de la contratista por estar contemplada su costo en el ámbito contractual dentro de los rubros pagados por la contratante. Sin embargo el costo del transporte del exceso de material desalojado es un gasto extra contractual, no contemplado en los rubros del contrato pero efectivamente realizado, prestación que constitucionalmente debe ser cuantificada y pagada por la contratante; este valor no ha sido cubierto por la demandada por ende procede la acción incoada en su contra.- Por los antecedentes expuestos, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, se casa la sentencia recurrida y se declara con lugar la pretensión de los actores de ser resarcidas en los costos del transporte del material pétreo adicional a botaderos no admitidos en el contrato 004-2002 celebrado con la demandada en los términos contemplados, acordados y liquidados en el informe pericial que consta de los autos. Por renuncia del Juez Titular, doctor Juan Morales Ordóñez, actúa el doctor Clotario Salinas Montaña, Conjuez Permanente de conformidad con el Oficio número 213-SG-SLL-2011 de 2 de febrero de 2010 suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Por comisión de servicios otorgada a la Secretaria Titular del Despacho, actúe la Oficial Mayor, de conformidad con el Oficio número 216. SCACCN,





de 18 de mayo de 2011 suscrito por el Presidente de la Sala.  
Notifíquese.

**Dr. Freddy Ordóñez Bermeo**  
JUEZ DE LA CORTE NACIONAL

**Dr. Manuel Yépez Andrade**  
JUEZ DE LA CORTE NACIONAL

**Dr. Clotario Salinas Montaña**  
CONJUEZ PERMANENTE

V. S.

**CERTIFICO.**

**Dra. Elena Durán Proaño**  
SECRETARIA RELATORA (e)



RAZON: En la ciudad de San Francisco de Quito Distrito Metropolitano el día de hoy martes veinte de septiembre del dos mil once a partir de las dieciséis horas, notifiqué con la nota en relación, sentencia de mayoría y voto salvado que anteceden a la CONSTRUCTORA LOS ANDES CIA. LTDA. en el casillero judicial No. 5273, a la ECAPAC en el casillero judicial No. 163 y PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en el casillero judicial No. 1200.- Certifico.

**Dr. Elena Durán Proaño**  
SECRETARIA RELATORA (E)



