

RESOLUCIÓN No. 199-2014**Quito, a 10 de noviembre de 2014**

En el juicio ordinario No. 215-2014 por daños y perjuicios seguido por PROP HAR S.A. contra la COMPAÑÍA MERCK SHARP & DHOME (INTER AMERICAN) CORPORATION, se ha dictado lo siguiente:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA: - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**PONENTE: DR. WILSON ANDINO REINOSO****Quito, a 10 de noviembre de 2014, Las 11h00.**

VISTOS: En el juicio ordinario que por daños y perjuicios sigue Prop Har S.A., en contra de la compañía Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation, las partes interponen recurso de casación, impugnando la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2011, las 15h30 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la cual confirma, en cuanto al fondo, la sentencia dictada por la Jueza Segunda de lo Civil de Pichincha y reforma el monto de la indemnización fijándolo en ciento cincuenta millones de dólares.

PRIMERO:- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Tribunal tiene jurisdicción en virtud de que los jueces que lo integramos fuimos constitucional y legalmente designados mediante Resolución N°. 004-2012 de 25 de enero del 2012 y posesionados por el Consejo de la Judicatura el 26 de enero del 2012; conforme Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia 03-2013 de 22 de julio del 2013; y la competencia, en mérito a lo dispuesto por los artículos: 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación; y, por el sorteo de rigor cuya acta obra del proceso. La Sala de Conjueces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, analizan los recursos y los admiten a trámite, en cumplimiento del artículo 6 de la Ley de Casación.

SEGUNDO: DELIBERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN

2.1. El recurso de casación como medio de impugnación extraordinario es el derecho de objeción del justiciable sobre la sentencia o auto finales, esto es, de las que deciden el

fondo del asunto, que pongan fin a los juicios de conocimiento (artículo 2 Ley de Casación). Su propósito es restaurar el imperio de la ley transgredida en la sentencia o auto en garantía del debido proceso (artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador), resolución que asume el carácter de obligatoria en el proceso, misma que tiene trascendencia no solo para las partes procesales sino para toda la sociedad, y por los resultados significativos para la solución de otros litigios o casos análogos a presentarse, y que, inmerso en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia cambia radicalmente la administración de justicia. La casación debe garantizar los derechos fundamentales de los justiciables. No obstante, la Corte Nacional al ser el máximo Tribunal de Justicia Ordinaria en el control de legalidad, desarrollará precedentes jurisprudenciales, garantizando la efectiva vigencia de los derechos de todas personas, acorde lo que manda la Constitución. **2.2.** En la actualidad, “En el Ecuador y en algunos países de América Latina se ha afincado el Neoconstitucionalismo y ha provocado un cambio cualitativo en el pensar y en el actuar jurídico: se ha construido otro marco jurídico-político dentro del cual tenemos que actuar, razonar y elaborar los juicios lógicos y axiológicos para desarrollar la actividad jurídica, con la calidez humana que debe primar en las relaciones de este tipo. Este nuevo marco está constituido por el denominado Neoconstitucionalismo y, específicamente para América Latina, por el Neoconstitucionalismo latinoamericano. Hoy existe otra óptica y otra lógica para comprender y aplicar el Derecho: la del Neoconstitucionalismo y, por tanto la organización del poder político como la del poder judicial y otros poderes e instituciones estatales, deben responder a esta nueva realidad.”¹ Se a de tener en cuenta que en materia de casación, la parte relativa a la fundamentación, se asimila a un ejercicio de comparación y contraste entre las normas que fueron empleadas como presupuestos de derecho en el fallo cuestionado que pronunció el Tribunal, y las de quien recurre, señalando qué normas debieron haberse empleado y, demostrar con claridad que, efectivamente, la normativa expresada por el casacionista es la idónea o apropiada para el juzgamiento del caso en cuestión. A decir de Humberto Murcia Ballén, quien recoge el criterio expuesto por Toboada Roca: “...son aún mayores las dificultades, porque, además de tener que expresarse con claridad y precisión la pretensión procesal, hay que cumplir unos determinados requisitos de designación de la vía impugnada que se utiliza, norma concreta que se reputa infringida, modo o

¹ Cueva Luis Carrión, *La Casación en Materia Civil*, 2da edición, Ediciones Cueva Carrión, Ecuador, 2011. Pág.32.

forma que se supone cometida esa infracción legal, con separación absoluta, enumerada y ordenada de las diversas tesis impugnativas con que se pretende combatir los supuestos básicos de la sentencia recurrida...”² Jaime Guasp, respecto a los motivos de las partes para interponer el recurso de casación y las limitaciones de los poderes de los juzgadores, considera que: “Las partes no pueden acudir a ella a base de su simple interés, sino que tienen que contar con una causa legalmente determinada, es decir, con un motivo: el motivo de casación precisamente, por su parte, el órgano jurisdiccional no puede conocer los problemas litigiosos en los mismos términos de amplitud en que lo hicieron los tribunales de instancia, sino que encuentra limitados sus poderes a temas determinados y taxativos coincidentes precisamente con las circunstancias que funcionan como motivo de casación.”³

TERCERO: NORMAS INFRINGIDAS

3.1. Prophar S.A., señala que se han infringido los artículos 1572 inciso primero, 1574, 1575, 2214 y 2216 del Código Civil; 284 y 285 el Código de Procedimiento Civil. Funda su recurso en la causal primera de la Ley de Casación.

3.2. Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation indica que se han infringido los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; 75, 76 numerales 1, 3, 4, 6, 7 literales a), b), c), d), h), j), l) y k), 168 numeral 6, 226 y 428 de la Constitución de la República del Ecuador; 18, 24 numeral 1, 13, 141 numeral 2, 244 numeral 3 de la Constitución de 1998; 4, 5, 19, 27 del Código Orgánico de la Función Judicial; 18 regla 7ª., 29 último inciso, 1453, 1475, 1570, 1572, 1574, 1561, 1740, 2214 y 2229 del Código Civil; 4 de la Ley No. 2000-12; 113, 114, 115, 117, 119, 273, 274, 275, 289, 346 numeral 2, 273, 262, 411, 412, 1016 del Código de Procedimiento Civil y la Disposición Transitoria Quinta de la Ley de Propiedad Intelectual, así como los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Suprema de Justicia relacionados con algunas de las normas mencionadas. Fundan su recurso en las causales primera, segunda, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

² Humberto Murcia Ballén, *La Casación Civil*, Editorial Temis, Bogotá, 1997, Pág. 604.

³ Guasp Jaime, *Derecho Procesal Civil*, T II, Madrid – Edición, 1977.

CUARTO: FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

4.1. ARGUMENTOS DE PROPHAR S.A.

- Prophar S.A., señala que ha sido agraviada ya que la Primera Sala de lo Civil de Pichincha disminuyó el monto de la indemnización a la que fue condenada a pagar Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation dado en el fallo de primer nivel, negó el pago de los intereses y no condenó al pago de las costas judiciales conforme lo dispuso la sentencia de primera instancia y que fueron reclamadas en la demanda presentada.
- Los señores jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha han aplicado indebidamente los artículos 1572 inciso primero, 1574, 2214 y 2216 del Código Civil debido a que los artículos mencionados deben ser interpretados en conjunto a fin de determinar el alcance de la indemnización de daños y perjuicios que debe pagar quien ha ocasionado daño a un tercero.
- El artículo 1572 inciso primero del Código Civil establece que la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente, cuanto el lucro cesante.
- El artículo 1574 del Código Civil determina que quien ocasiona un daño a otro como consecuencia de una actuación dolosa es responsable de todos los perjuicios que fueran consecuencia directa e inmediata de su obrar, regla que a criterio del recurrente no aplica a los casos de incumplimiento de una obligación contractual, sino que trata de una regla general que se debe aplicar en todos los casos en que se ocasiona daño a un tercero como consecuencia directa e inmediata de su obrar, regla que no debe aplicarse únicamente a los casos de incumplimiento de una relación contractual sino en todos los casos en los que se ocasione un daño a un tercero.
- Alega que en el proceso se ha demostrado que los daños y perjuicios que Prophar S.A., sufrió como consecuencia inmediata y directa de la dolosa actuación de Merck Sharp & Dohme (Interamerican Corporation), superan ampliamente los

doscientos millones de dólares americanos y que los jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la sentencia impugnada, al analizar la prueba aportada al proceso declaran que el peritaje se encuentra adecuadamente fundamentado, acogiéndolo en su totalidad y rechazan la alegación de error esencial hecha por la demandada.

- Manifiesta que pese a que de los recaudos procesales aparece el monto real de los daños y perjuicios que la demandada ha ocasionado a Prophar S.A., en la sentencia recurrida se condena a la demandada a que pague por indemnización de daños y perjuicios una suma inferior a la valoración de los daños realizada por el perito, debiendo la compañía demandada pagar una indemnización que no cubre en su totalidad los daños y perjuicios ocasionados, sin realizar una reparación integral del daño ocasionado.
- Argumenta que el fallo incurre en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 1573 y 1575 del Código Civil. El artículo 1573 del Código Civil determina que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor es constituido en mora, en tanto que el artículo 1575 determina que el acreedor no tiene la necesidad de justificar los perjuicios cuando solo obran intereses, a su criterio, de las dos disposiciones se desprende que el obligado a pagar una suma de dinero debe sufragar los intereses correspondientes desde el momento en que se ha constituido en mora.
- En la sentencia impugnada se debió disponer que en caso de que Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation retarde injustificadamente el pago de la indemnización a la que ha sido condenada, pague los intereses por el tiempo que se demore en cumplir con la obligación, conforme lo determinan los artículos 1573 y 1575 inciso segundo del Código Civil.
- El fallo impugnado incurre en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 283 y 284 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 283 del Código de Procedimiento Civil determina que se debe condenar en costas a la parte que ha litigado con temeridad o

procedido de mala fe, en tanto que el artículo 284 del mismo cuerpo legal establece la condena en costas, incluyendo la cantidad que el deudor debe abonar por honorarios del defensor de quien ha sido favorecido en la sentencia.

4.2. ARGUMENTOS DE MERCK SHARP & DOHME (INTER AMERICAN) CORPORATION

- El proceso se halla viciado de nulidad insubsanable por haberse omitido la solicitud de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En la sentencia se analiza el derecho a la libre competencia que es materia de la legislación comunitaria, lo que impone a los jueces la obligación de pedir la interpretación prejudicial al referido Tribunal, por lo cual, hay lugar a la aplicación de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. En la tramitación de la causa no se aplicaron las normas contenidas en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Alega que se omitió deliberadamente solicitar la interpretación prejudicial de las disposiciones contenidas en las Decisiones 285, 608 y 616 de la Comunidad Andina sobre libre competencia, derecho que se halla regulado por normas comunitarias.
- El proceso se halla viciado de nulidad insanable por haberse violado las garantías del debido proceso reconocidas en la Constitución, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el Código de Procedimiento Civil, en virtud de la falta de aplicación de normas procesales, violación que fue determinante en el fallo, y colocó en indefensión a Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation. En la sentencia no se ha aplicado la norma procesal contenida en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada el 20 de octubre de 2008, en armonía con el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución de 1998, vigente al tiempo que se trabó la *litis*; debido a que la sentencia carece de motivación pues “*no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda*”. Alega que durante el proceso se dejaron de aplicar las disposiciones constantes en los artículos 76 numeral 7 literales a), b), c), h), j), k) y l) de la Constitución que son de obligatorio cumplimiento en todo proceso y el

artículo 168 numeral 6 que ordena el uso del sistema oral y la obligatoriedad de los principios de contradicción y dispositivo. Manifiesta que se dejó de aplicar los artículos 346 numeral 2, 411 del Código de Procedimiento Civil así como la Disposición Transitoria Quinta de la Ley de Propiedad Intelectual y en consecuencia el artículo 76 numeral 7 literal k) de la Constitución, al no haberse declarado la nulidad del proceso por falta de competencia.

- Indica que en la sentencia y en el procedimiento, se ha aplicado indebidamente el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, así también se dejó de aplicar el artículo 428 de la Constitución. Existe violación del artículo 226 de la Carta Magna. Se aplicó indebidamente el inciso primero del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a que los jueces ordenaron una prueba pericial de oficio. Acusa de falta de aplicación del artículo 428 de la Constitución, que obliga a los jueces a suspender el procedimiento y consultar a la Corte Constitucional cuando se invoca inconstitucionalidad de una norma legal, lo que a su criterio conduce a la indebida aplicación del artículo 262 inciso primero del Código de Procedimiento Civil.
- En la sentencia no se valora la prueba actuada y no se aplican los preceptos jurídicos sobre la prueba, lo cual condujo a la no aplicación de normas de derecho. En la sentencia falsamente se afirma que Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation renunció a la prueba. Por lo tanto, la sentencia impugnada debe ser casada en virtud de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.
- El Tribunal *Ad quem* aplicó indebidamente leyes y jurisprudencia extranjeras; e interpretó erradamente otras normas de derechos, por lo cual, es procedente la casación de acuerdo con la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. La sentencia aplica de manera indebida leyes extranjeras, las cuales sólo caben cuando las partes han decidido someterse a estas o cuando existen elementos de conexión que obliguen a su aplicación, de acuerdo a las circunstancias, situación que no existe en este caso.
- La sentencia impugnada no cumple con los requisitos previstos en la ley, por ello,

debe ser casada en virtud de que se cumplen con los presupuestos previstos en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

- La sentencia no se encuentra conforme lo establecen los artículos 273, 274, 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil, puesto que la sentencia: a) Resuelve sobre la solicitud de ampliación de un decreto, al que califica de auto, el cual no contiene los puntos sobre los cuales decide; b) No contiene la enunciación de todos los aspectos sobre los cuales se trabó la *litis*, y sobre los cuales se debió resolver; c) En la sentencia se no decide ninguna de las alegaciones del recurso de apelación; d) El Tribunal *Ad quem* en la sentencia no se pronuncia respecto a la falta de competencia del juzgado de primera instancia ni sobre su propia competencia; e) En la sentencia no se explican los fundamentos jurídicos para sostener que la planta industrial que fue de propiedad de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation era la única alternativa posible para la actora, tampoco indica la prueba que la sustente; f) En la sentencia no existe la prueba que determine que Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation tenía posición de dominio en el mercado; g) En la sentencia no se identifica prueba alguna que acredite la calidad de única a la planta industrial de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation; h) En la sentencia se omite toda consideración sobre el hecho de que la actora violó los derechos de patente de la compañía Merck, tampoco se analiza los efectos de este hecho en la negociación.
- En la sentencia se omitió resolver todos los puntos sobre los cuales se trabó la *litis* y se dejó de pronunciar sobre los puntos a los que se contrajo el recurso de apelación interpuesto por Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation. Además, el Tribunal *Ad quem* en la sentencia resolvió sobre asuntos que no fueron materia del litigio. Por ello, es procedente que la sentencia sea casada en virtud de cumplirse con los requisitos de la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. En la sentencia se resuelve sobre lo que no fue materia del litigio y se omite resolver en ella todos los puntos de la *litis*, se declara que Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation, tenía una posición de dominio en el mercado y que abusó de ella, siendo que la demanda no se sustentó en ello.

QUINTO: EXAMEN DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS OBJECIONES PRESENTADAS.

5.1. PRIMERA OBJECIÓN:

La compañía demandada Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation acorde al artículo 6.4 de la Ley de Casación, como fundamento de su recurso, invoca la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual procede por: “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”; la que tiene lugar cuando la sentencia ha sido dictada sobre un proceso viciado de nulidad insanable o que ha provocado indefensión, conocida en doctrina como de error “*in procedendo*” y que es la única que permite analizar y apreciar si se ha producido alguna violación procesal que pudiere haber influido en la decisión de la causa. La nulidad es, en este hipotético, una sanción extremadamente grave que la ley ha reservado para aquellos casos en que no existe posibilidad alguna de sostener un proceso, por faltar en él, la observancia de los presupuestos necesarios para dotarlo de validez y eficacia; de ahí que la misma ley, doctrina y jurisprudencia determinan que para acceder a la nulidad procesal se debe observar ciertos principios esenciales como especificidad, trascendencia, convalidación, protección y conservación; es decir, que la causa de nulidad esté manifiestamente establecida como tal en la norma jurídica y que dicho motivo hubiese influido o podido influir en la decisión de la controversia de modo trascendente como cuando se ha afectado el derecho a la defensa de una de las partes. Conforme el principio de especificidad existe nulidad procesal únicamente por las causales señaladas en la ley, y que: “Según la doctrina, acogida por nuestra jurisprudencia, para la nulidad procesal deben cumplirse las siguientes exigencias: a) Vicio formal que quite eficacia al acto impugnado; b) Interés jurídico e inculpabilidad; c) Falta de convalidación, cuyos referentes pueden examinarse a la luz de los cinco principios cardinales: de especificidad, de convalidación, de trascendencia, de protección y de conservación (...) Sin embargo, como ya anotamos, para que la omisión de esta notificación sea considerada como una causa de nulidad procesal deben certificarse el cumplimiento de los

principios que rigen a las nulidades y determinar si procede o no el declararla, para lo cual hacemos las siguientes consideraciones: a) En cuanto a la primera exigencia referente a la especificidad, es decir, que la causa de nulidad está prevista en la ley, nuestro sistema legal establece los motivos para declarar la nulidad en el artículo 355 (346) del Código de Procedimiento Civil, que concierne a la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, y en el artículo 1067 (1014) *ibidem* que se refiere a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que está juzgando...”⁴ Es así que el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil determina que son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 1) Jurisdicción de quien conoce el juicio; 2) Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila; 3) Legitimidad de personería; 4) Citación de la demanda al demandado o quien legalmente lo represente; 5) Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término; 6) Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y, 7) Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe. Sobre las solemnidades que alega la empresa accionada han sido omitidas en la presente causa, es necesario señalar que: “Las nulidades procesales son taxativas y de interpretación estricta y restrictiva, y fuera de las solemnidades sustanciales, comunes a todos los juicios e instancias, determinadas expresamente en el Art. 355 (346) del Código de Procedimiento Civil, cuya omisión de cualquiera de ellas, cuando influye o pueda influir en la decisión de la causa, ocasiona la nulidad del proceso, no existen otras que lo invaliden, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia a partir de la sentencia publicada en la Gaceta Judicial Serie X No. 15, pág. 4139”⁵.

5.2. Al alegarse violación de normas constitucionales y al ser la Constitución de la República del Ecuador la norma suprema, en tanto que, el recurso de casación es el revitalizador de la norma jurídica y garante de la legalidad, con el fin de salvaguardar los derechos constitucionales consagrados en la Carta Magna y la validez sustancial de las normas, es necesario examinar en forma prioritaria estas defensas.

MERCK señala que el proceso se halla viciado de nulidad insubsanable por haberse violado las garantías del debido proceso reconocidas por la Constitución, el Código

⁴ Resolución No. 472-2000, juicio No. 263-97, Cumbicus vs. Salazar, R.O. 282 de 12 de febrero de 2001.

⁵ Fallo de casación 104-96, publicada en el Registro Oficial 72, 26-V-97.

Orgánico de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Civil, violaciones que han sido determinantes en el fallo, y colocaron en indefensión a Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation (en adelante MSD). La sentencia carece de la motivación exigida y definida por el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, puesto que no contiene una relación de los hechos, tal como consta probado en el proceso.

El artículo 76.7.l) de la Constitución del Ecuador determina:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

“La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión”⁶.

La motivación, sin duda, brinda a los justiciados, seguridad respecto a las decisiones que han sido sometidas a un proceso, es una actividad de autocontrol garantizando los derechos de los ciudadanos. La motivación supone el razonamiento lógico entre los presupuestos fácticos y normativos. Eugenio Florián, citado por Fernando de la Rúa, señala que la sentencia “no ha de ser un acto de fe, sino un acto de convicción razonada”⁷. Para Chioventa la sentencia “Es el pronunciamiento sobre la demanda de fondo y más exactamente, la resolución del juez que afirma existente o inexistente la voluntad concreta de ley deducida en el pleito”⁸. Fernando Díaz Cantón, señala que la motivación es: “la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica”⁹. La motivación

⁶ De la Rúa Fernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, Pág. 146.

⁷ De la Rúa Fernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, Pág. 146.

⁸ Chioventa José, *Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas Editor, 1990, Pág. 299.

⁹ Maier Julio, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1996, Pág. 59.

es un presupuesto de control casacional, además de ser una garantía del debido proceso consagrada en la Constitución. La motivación debe justificar y rendir cuenta de los razonamientos a la solución que se ha tomado, es por eso que la referencia a fallos anteriores no es suficiente para justificar una decisión, la cuestión de la motivación y la sentencia en el derecho se presenta como una garantía constitucional. Por lo tanto, la falta de motivación en una sentencia causará **la nulidad del fallo**. La nulidad del fallo, no es lo mismo que la nulidad del proceso, pues en el caso de anular un fallo por falta de motivación, lo que en realidad se está anulando es el acto procesal pero no todo el proceso o parte del proceso, por lo tanto, no es procedente lo alegado.

5.3. Sobre la falta de competencia en el proceso.

La empresa demandada alega falta de competencia ya que de acuerdo a lo que establece el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, reconoce la competencia¹⁰ a dicho Tribunal, para que realice la interpretación prejudicial de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina,¹¹ pues considera que era indispensable la interpretación del alcance de las normas que sobre la materia se encontraban vigentes a la fecha que se citó a la demandada, esto es aquellas de la Decisión 285.

La Decisión 285 son las “*Normas para Prevenir o Corregir las Distorsiones en la Competencia Generadas por Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia*”. El artículo 1 de la referida Decisión determina que: “Las normas previstas en la presente Decisión tienen por objeto prevenir o corregir distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas restrictivas de la libre competencia.” A continuación el artículo 2 faculta a los países miembros o las empresas que tengan interés legítimo, el solicitar a la Junta la autorización

¹⁰ El artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, determina que: “Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.”

¹¹ La solicitud de interpretación obligatoria sólo puede exigirse a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo por cuanto dentro de estos procesos sólo existe el recurso extraordinario de casación. “En consecuencia, debiendo considerarse únicamente los recursos ordinarios es innegable que las sentencias dictadas por los tribunales de los Contencioso Administrativo, no se pueden deducir recursos ordinarios sino tan solo el extraordinario de casación, por lo que en consecuencia en base de este dictamen emitido por la autoridad comunitaria, es obligación de los tribunales de lo Contencioso Administrativo el solicitar el dictamen del Tribunal Andino de Justicia, suspendiendo la causa hasta tanto no emita tal resolución al mismo” Expediente 315, Registro Oficial 22, de 14 de febrero del 2003; Expediente 256, Registro Oficial 469, 7 de diciembre de 2001; Expediente 311, Registro Oficial 22, 14 de febrero del 2003.

o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia. El inciso tercero del prenombrado artículo señala que: “Quedan excluidas de la presente Decisión las prácticas que lleven a cabo una o más empresas situadas en un solo País Miembro pero que no tengan efectos en la Subregión. **En estos casos será de aplicación la legislación nacional respectiva.**”(La negrilla no es del texto).

En el caso que nos ocupa, la empresa Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (en adelante NIFA), demandó el 20 de noviembre de 2003 a la compañía MERCK SHARP DOHME (INTER AMERICAN) CORPORATION de acuerdo a las normas contenidas en la legislación ecuatoriana, el pago de daños y perjuicios. Al respecto, tanto NIFA como MERCK, son empresas constituidas legalmente en el Ecuador, *situadas en un solo país miembro*, tomando en cuenta que la empresa demandada tiene nacionalidad estadounidense y se encuentra asentada en varios países del mundo, incluidos los de la Comunidad Andina, no es menos cierto que este conflicto suscitado entre estas empresas no tiene efecto alguno en la Subregión, por lo tanto, de acuerdo a la Decisión 285, este conflicto debe ser tratado aplicando la legislación nacional respectiva,¹² *como así se lo ha hecho subordinándolo a la legislación nacional ecuatoriana*, de ahí que la norma es clara y precisa, por consiguiente, no se requiere interpretación alguna. El artículo 18 del Código Civil determina los métodos de interpretación de la ley pero estos métodos se aplican cuando la ley es oscura, y no es lo que sucede en el caso presente. Por lo tanto, se rechaza el cargo formulado.

5.4. Sobre la Interpretación Prejudicial del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

¹² “PRIMERO.- En el artículo 1 de la Decisión 285 se establece que su objeto específico es el de prevenir o corregir distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas restrictivas de la libertad de competir, lo cual define un ámbito conceptual y doctrinario que dice relación con la idea de una regulación llamada a preservar una economía comunitaria o subregional inspirada en los principios de la libertad de empresa y de la libre iniciativa privada; al paso que en el inciso cuarto de su artículo 2 se excluyen de su esfera regulatoria las prácticas restrictivas de la libre competencia que lleven a cabo una o más empresas situadas en un solo País Miembro pero que no tengan efectos en la subregión. La norma comunitaria, en consecuencia, se abstiene de colocar bajo su jurisdicción una conducta, que aunque pudiera considerarse restrictiva de la libre competencia y realizada por una empresa situada en uno de los Países Miembros, no trasciende en sus efectos nocivos a otro u otros de ellos, catalogándola como subordinada a la legislación nacional respectiva” PROCESO 87-IP-2002, Resolución del Tribunal Andino.

Respecto de la interpretación prejudicial del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y violación del artículo 32, nuestra legislación ha previsto instancias judiciales¹³, con ello, recursos que garanticen el derecho de recurrir de los justiciables como el de apelación, el de casación y el de hecho¹⁴, dichos recursos han sido ejercitados por la compañía recurrente al impugnar la sentencia de primer nivel mediante el recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha¹⁵, y el propio recurso extraordinario de casación materia del presente estudio y resolución, considerando además el hecho de que lo establecido en el artículo 33 del referido tratado, es potestativo, esto es que podía como no efectuarlo el juzgador, se trata más bien de una facultad discrecional del juez. Mal se pudo, entonces, impulsar una interpretación prejudicial.

En el presente conflicto, el juez competente en razón de la materia es el juez civil, por lo tanto, al ser aplicable la legislación ecuatoriana en el presente caso, no existe violación de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pues no era requisito la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como queda expuesto.

En tal virtud, este Tribunal de Casación concluye que no se han quebrantado los principios de especificidad y trascendencia antes señalados, por ende, no se han infringido los referidos artículos, tampoco existe violación de los artículos 352 y 1014 del Código de Procedimiento Civil. De ahí que no existe nulidad insanable, pues, como queda detallado, la causal segunda prescribe que podrá proponerse este recurso cuando se apoye en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable, entonces, no es suficiente, y por sí solas no instituyen causal de casación la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, preciso es que se vicie de nulidad insanable al proceso, caso contrario, no habría causal para formular recurso de casación. La nulidad insanable, según Luis Cueva Carrión, “es aquella que vicia el proceso de nulidad que no se la puede remediar; que causa imposibilidad de convalidar el proceso y cuya única forma de

¹³ Art. 76. 7. m) C. R. E. Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

¹⁴ Art. 320 C. P. C. La ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso.

¹⁵ Art. 326 C. P. C. Se puede apelar de las sentencias, de los autos y de los decretos que tienen fuerza de auto.

solucionar la injusticia cometida es solamente a través del recurso de casación”, señala además este autor que “para que la nulidad insanable tenga operatividad en nuestro sistema procesal es necesario ubicarla dentro del mismo y nos parece que guarda muy estrecha relación con la nulidad por omisión de solemnidades sustanciales y por violación de trámite; por lo tanto, siempre que la Ley de Casación use la expresión “nulidad insanable” debemos entender que se refiere a estas dos clases de nulidades; de no ser así, el legislador hubiera definido este nuevo tipo de nulidad y lo hubiera caracterizado en alguna forma. Como no lo ha hecho, debemos asimilarlo, tanto por sus características como por sus efectos, a las ya mencionadas clases de nulidades muy conocidas en nuestro derecho procesal.”¹⁶ Tampoco se ha provocado indefensión a la empresa accionada, no se le ha negado o limitado sus medios procesales de defensa, quien ha actuado y los ha ejercitado ampliamente, pues, no concurre ni existe en este proceso la causal segunda por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas procesales que hubieren provocado indefensión. “La indefensión es la ausencia de defensa, es la situación del que está indefenso. Es la situación en que se deja a los justiciables cuando se niega o limita sus medios procesales de defensa. Es la imposibilidad de impetrar protección judicial. La indefensión es un estado de desventaja jurídica en que se ubica a las partes que intervienen en el proceso con ocasión de la injusticia cometida por el juez dentro del juicio (...). También constituye indefensión la falta de citación al demandado porque se le impide conocer la demanda propuesta contra él, y, en consecuencia, no puede ejercer su derecho de defensa. Con la indefensión se impide a la parte procesal ejercer el derecho a la defensa en forma oportuna y plena. La Ley de Casación también condiciona a la indefensión para que pueda constituir causal de casación porque exige que la indefensión hubiere “influido en la decisión de la causa”. La otra condición de que “la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente” no le corresponde a la indefensión por la alusión expresa que la Ley hace a la nulidad; además, se puede convalidar de alguna manera la nulidad, pero no la indefensión.”¹⁷ Por estos razonamientos se desecha el cargo formulado.

SOBRE LA CONSULTA A LA CORTE CONSTITUCIONAL.

En relación a la alegación de la falta de aplicación del artículo 428 de la Constitución, en cuanto a que los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha debían consultar a la Corte Constitucional, la constitucionalidad del artículo 262 inciso primero del Código de Procedimiento Civil que prevé:

¹⁶ Cueva Carrión Luis, *La Casación en materia civil*, segunda edición, Ediciones Cueva Carrión, Ecuador 2011. Pág. 273.

¹⁷ Cueva Carrión Luis, *La Casación en materia civil*, segunda edición ampliada y actualizada, Ediciones Cueva Carrión, 2011. Ecuador. Págs. 276, 277.

“Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.”

La atribución constitucional para efectuar la consulta y por ende que se suspenda o no la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional de creer ineludible, incumbe exclusivamente al juez o jueza que considere la existencia de una norma jurídica contraria a la Constitución. El hecho de pedir una de las partes consultar la constitucionalidad de una norma, no obliga al juez a hacerlo, esto ocurre solamente cuando el juez considere que hay una norma contraria a la Constitución, entendido que el control constitucional tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas constitucionales, como señala Johana Romero Larco respecto al control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad, “En definitiva, este tipo de control constituye aquella posibilidad de verificar en un caso en concreto, es decir, en su aplicación la compatibilidad de la norma infraconstitucional con la Constitución, de ahí que el examen de constitucionalidad no se da en abstracto, sino que se origina en la aplicación propia de la norma positiva dentro de un proceso judicial.”¹⁸, ello no consideraron aplicable los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por lo que deviene en inaceptable la acusación.

5. 5. La compañía accionada señala: “La sentencia considera que el texto de la demanda describe la verdad de lo acontecido (...) Sin ver siquiera lo más elemental del proceso, como son los balances de la actora desde 1996 al 2008”. A continuación, la demandada manifiesta que se ha creado una quimérica empresa, y detalla que no existe motivación respecto a las conclusiones a las que ha llegado el Tribunal *Ad quem*, sobre el lucro cesante, en base a los balances presentados en la etapa de prueba. Sin embargo, no explica en este caso en

¹⁸ Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, *Cuadernos de Trabajo*, Tomo 3, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito Ecuador 2012, pág. 187.

qué forma se ha dejado en indefensión a la empresa, o cómo esta conclusión ha afectado la validez del proceso.

Señala también MERCK que la sentencia debía estar sustentada en los méritos del proceso conforme lo establece el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, “los méritos del proceso debían constar en la sentencia con el análisis de toda la prueba en conjunto, realizado sobre la base de la valoración de toda la prueba”. Volviendo confusa la causal (segunda) invocada por la compañía demandada, por cuanto se refiere expresamente a un tema de valoración de la prueba, menciona además que: “debieron comenzar por la visión de la situación económica de la actora en los años anteriores a los hechos, debieron continuar con una revisión de todos y cada uno de los pasos conducidos durante las negociaciones (...) debieron profundizarse en la violación de los derechos de propiedad intelectual (...) debieron arribar a la última negociación, (...) debieron considerar todas y cada una de las declaraciones testimoniales (...) y debieron concluir (...)” . Es decir, se señala el cómo se debió valorar la prueba, no obstante, apoyarse en la causal segunda. La infracción de la valoración de la prueba procede acusarla con cargo a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto, y no como se formula en el presente caso.

En el numeral 5.3 del recurso de MERCK, esta se refiere al informe de un perito “descalificado”, a quien no se le permitió que MSD lo interrogara y que la única aseveración con algún sustento es el informe de Carlos Montañez. Se fija una indemnización sin que se explique el fundamento. En todo caso, refiriéndose a temas sobre valoración de la prueba, sin que además especifique la forma en que se ha violado su derecho a la defensa y a su vez explique la trascendencia de la supuesta violación, lo que vuelve inadmisibles las acusaciones.

Se debe tomar en cuenta que para la procedencia de la causal segunda, la nulidad debe estar expresamente contemplada en la ley. “No hay nulidad sin ley. El principio que varios autores llaman, más comúnmente, de especificidad, puede enunciarse diciendo que *no hay nulidad sin texto legal expreso*. A lo que podríamos agregar, que siendo el principio la validez y

la excepción la nulidad, dichos textos legales deben ser de interpretación estricta.”¹⁹ Alsina señala que: “Donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad.”²⁰ “A las nulidades procesales se les define como la sanción que ocasiona la ineficacia del acto a consecuencia de yerros en que se incurre en el proceso. Se las designa también como fallas *in procedendo o vicios de actividad* cuando el juez o las partes, por acción u omisión, infringen las normas contempladas en el código de procedimiento civil a las cuales debe someterse inexcusablemente, pues ellas les indican lo que deben, pueden y no pueden realizar.”²¹

En el numeral 5.3 del referido recurso, finalmente, se señala que en la parte resolutive se fija una determinada indemnización sin la motivación adecuada, una vez realizada la tasación de los informes periciales que a cuenta de la empresa demandada debían ser valorados por los jueces, es decir, vuelve a referirse a la valoración de la prueba que no es admisible por esta causal. En el numeral 5.6 señala la compañía MERCK, que la falta de motivación es una arbitrariedad judicial y por ende una violación a los derechos del debido proceso. “La carencia de motivación en la sentencia, por la ausencia entre otros aspectos de valoración de la prueba, falta de análisis de la contestación a la demanda y las excepciones propuestas por MSD, silencio (sic) sobre los puntos a los que se contrajo el recurso de apelación...” A continuación, la empresa demandada realiza un análisis sobre las conclusiones a las cuales han llegado los juzgadores respecto a las indemnizaciones, considerando a la sentencia arbitraria, en que se le ha privado del derecho a la defensa de acuerdo a lo que establece el artículo 76 literales c) y h) de la Constitución, así como el principio de contradicción consagrado en el artículo 168.6 del referido cuerpo legal.

Es necesario señalar que el fin de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación es el de salvaguardar el derecho a la defensa, garantizado a través de la ley, es justamente por eso que las nulidades procesales están gobernadas bajo los principios de especificidad y transcendencia, pues considerar *que cualquier acto procesal es nulo* sería crear inseguridad jurídica, en que la declaración de nulidad de un proceso se dictare de manera antojadiza. Entonces “No hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio (...) Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que

¹⁹ Véscovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, Pág. 264.

²⁰ Cfr con Alsina, Hugo, *Tratado*, Tomo I, Pág. 627

²¹ Canosa, Fernando, *Las Nulidades Procesales en el Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, Pág. 23.

no provocan perjuicio alguno. El proceso sería, como se dijo de sus primeros tiempos, *una misa jurídica*, ajena a sus actuales necesidades.”²²

En la presente *litis*, si bien las violaciones al debido proceso derivarían necesariamente en nulidades procesales, en especial si se ha violado el derecho a la defensa, en el caso que nos ocupa, no se evidencia violación al debido proceso sobre todo cuando las alegaciones en las que se sustenta la compañía casacionista se refieren a que las violaciones al debido proceso se han producido por la falta de valoración de pruebas. La violación a temas relacionados con la valoración de la prueba como queda dicho debe ser tratado bajo otra causal (causal tercera), en que se determinará si efectivamente ha existido violación a la valoración de las pruebas, o por ejemplo sobre la validez de un informe pericial. Si no existiera en nuestra legislación ecuatoriana un remedio procesal para temas de valoración de la prueba, entonces necesariamente se volvería procedente este tipo de alegaciones, sin embargo este no es el caso, en defensa del ordenamiento jurídico es necesario que los casacionistas propongan sus alegaciones de acuerdo a cada causal, el remedio procesal ha sido dado, contrario sería si no fuera de esta manera,²³

en especial porque nos encontramos en un Estado Constitucional de Derechos. Se recalca que si existe violación al derecho a la defensa, existirá nulidad de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, y cuando no exista remedio procesal alguno que salvaguarde este derecho, mientras exista el remedio procesal para temas de valoración de la prueba, la causal segunda no es procedente para realizar este tipo de

²² 25 Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2004, p 318 -319.

²³ “TERCERO: Respecto del cargo de que la resolución impugnada se halla incurra en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por transgresión de lo que dispone el artículo 280 (a- 276) del Código de Procedimiento Civil, se anota: la norma legal antes indicada dice: ‘En la sentencia y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia por la mera referencia a un fallo anterior’. Cuando la sentencia o el auto definitivo incumple con lo preceptuado en esta norma legal, incurre en el vicio tipificado en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación...por lo tanto, de existir este vicio, no cabe atacarlo invocando la causal segunda tanto más cuando que este vicio *in procedendo* no provocaría la anulación del fallo y el reenvío para que se sustancie nuevamente el proceso con arreglo a derecho desde el punto en que se produjo la nulidad, que es el efecto propio de la casación del fallo por la causal segunda, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del artículo 14 reformado de la Ley de Casación, sino que se casaría el fallo impugnado y directamente se entraría a expedir el que en su lugar correspondiere y con el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto, al tenor de lo dispone el inciso primero del antes citado artículo 14 de la Ley de la materia.” Resolución No. 229-2001, Juicio No. 168-2000, publicado en el R.O. No.379 de 30 de julio de 2001 y Gaceta Judicial, Serie XVII, No. 6.

alegaciones.

5.6. Respecto a la alegación sobre el pedido de ampliación de la providencia de 26 de agosto de 2011, de la revisión del proceso consta que se ha corrido traslado a la parte contraria con la referida solicitud y que si bien ésta no se ha resuelto mediante un decreto, sino que en la misma sentencia se ha negado lo solicitado, no ha influido en la decisión de la causa, así como tampoco el hecho de haberse realizado o no la audiencia en estrados conculcó el derecho a la defensa, pues en el proceso, incluida la segunda instancia, se han producido pruebas tanto de la parte demandada y como de la parte accionante. A lo largo del proceso, MERCK ha ejercido su derecho a la defensa conforme lo establece la Constitución de la República del Ecuador, ya que el 11 de agosto de 2011, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, a las 09h45, dispuso que pasen los autos a la Sala para dictar resolución, fecha a partir de la cual la empresa demandada pudo solicitar audiencia en estrados o presentar el alegato escrito, sin que esto haya ocurrido, por lo tanto, este Tribunal de Casación concluye que no existe violación al derecho a la defensa. También se debe tomar en cuenta que el artículo 1016 del Código de Procedimiento Civil establece que: “(...)pedidos autos para sentencia, o concluido el término probatorio en lo principal, cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar que se le permita alegar, verbalmente, en estrados.” De la lectura del referido artículo claramente se determina que no es una norma imperativa sino que más bien es una norma permisiva, por lo tanto, facultativa, al ser discrecional no cabe la declaratoria de nulidad del proceso por la falta de audiencia en estrados. De lo que se concluye que no existe falta de aplicación de los artículos 76.7.j) y 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador.

Reitérase, no son válidas bajo la causal segunda las alegaciones sobre la forma en que se han producido las pruebas en el proceso. No explica la compañía accionada cómo el Tribunal *Ad quem* ha impedido que MERCK interrogara a los peritos Carlos Guerra, Cristian Cabrera, e Iván Ponce. El Código de Procedimiento Civil establece cuales son los caminos para impugnar los informes periciales, la forma en que estos deben solicitarse, producirse y realizarse, así como los medios de impugnación. Y como bien señala la compañía recurrente, la Constitución garantiza el derecho a la defensa mediante el

principio de contradicción, el cual debe ser ejercido en cada una de las etapas procesales correspondientes, ese derecho lo ha ejercido la compañía emplazada en la presente causa.

5.7. Argumenta también la accionada que en la sentencia no se ha aplicado el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, al tomar en cuenta el testimonio de Anne Usher, al respecto, como se ha explicado en líneas precedentes los temas de valoración de la prueba no pueden ser tratados como violaciones al debido proceso para nulitar el mismo, en especial cuando existen los medios procesales para hacerlo²⁴, bajo la excusa de que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derechos. El respeto a la Constitución es primordial en un Estado de derecho, siendo éste el marco jurídico de toda la legislación ecuatoriana, que se amolda y que debe ir en concordancia con la misma, sin embargo, de acuerdo con la misma Constitución, existen diferentes caminos que garantizan los derechos por ella establecidos por los cuales se debe transitar siempre que existan las debidas garantías, de lo contrario, volveríamos innecesarios todos los procesos, lo que tampoco es constitucional al encontrarnos justamente en un Estado de Derecho. Por lo tanto, los argumentos como los referidos, o por ejemplo, cuando se señala que en el informe de Carlos Guerra existía error esencial (véase numeral 6.2 del recurso presentado por MERCK) o que se dejó de valorar la prueba presentada, la validez de una prueba testimonial (véase numeral 6.3. del recurso presentado por MERCK), carecen de sustento para nulitar un proceso. Una prueba mal actuada, arbitrariamente valorada o ilegalmente obtenida no nulita al proceso, el proceso es nulo en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales establecidas en el código procesal civil. La falta de motivación, nulita la sentencia como acto procesal, son dos clases distintas de nulidades que ha previsto el legislador en nuestro sistema jurídico, la nulidad del proceso en sí y la nulidad del fallo como acto procesal. Por lo tanto, estos argumentos no son válidos bajo el amparo de la causal segunda. Dejando en claro que no se deja de desconocer que si se comprueba indefensión o que exista violación al debido proceso este puede ser nulo pero siempre bajo los principios de especificidad, trascendencia, vigencia de los derechos constitucionales y cuando no exista otro remedio procesal que puede hacer

²⁴ Cuando existen violaciones a la valoración de la prueba la ley ha establecido como remedio procesal la impugnación a través del recurso extraordinario de casación (causal tercera) a fin de corregir este tipo de situaciones en los procesos, con este tipo de recursos se está garantizando el debido proceso y por lo tanto la vigencia plena de los derechos constitucionales de los justiciables.

efectivos estos derechos.

5.8. Respecto al numeral 6.4. del recurso de MERCK, sobre la falta de competencia de los jueces que resolvieron este proceso en razón de la materia, se debe tomar en cuenta que la competencia es el límite en concreto, dentro del cual, el juez o tribunal puede conocer de una demanda y administrar justicia en los casos determinados por la ley. El artículo 1 segundo inciso del código procesal civil, señala que la competencia es la medida dentro de la cual, la referida potestad (la jurisdicción) está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, en razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados. Por tanto, la competencia es la medida de la jurisdicción. La jurisdicción es una facultad como también un deber. El juez tiene el deber de dirimir conflictos. “La jurisdicción como derecho y como deber del Estado. Como una emanación de su soberanía, el Estado ejerce la función de administrar justicia, a través de los funcionarios del órgano judicial, para lograr así que las normas jurídicas que conforman su organización misma y regulan las situaciones de los asociados, de las entidades públicas en que aquél se descompone y de él mismo, adquieren vía y realidad para cada uno y en los casos concretos, gracias a lo cual es posible mantener la armonía y la paz sociales”²⁵

La competencia se encuentra otorgada a los jueces en razón del territorio, la materia, los grados y las personas. En el caso en concreto, la accionada MERCK señala que este proceso debió ser conocido por los Tribunales Contencioso Administrativo, por cuanto el tema a tratar es un asunto exclusivamente de competencia desleal, argumento con el cual no concuerda este Tribunal de Casación como se desarrollará en líneas posteriores, partiendo además que la demanda ha sido presentada “por concepto de daños y perjuicios por la comisión de un ilícito de carácter civil, y con el objetivo que se le repare el daño civil que las prácticas anticompetitivas de MERCK le ocasionaron”, en base a los artículos 244 numerales 1 y 3 de la Constitución Política del Estado de 1998, 2214 y 2229 del Código Civil, la compañía accionante no ha fundamentado su acción en las normas de las Decisiones de la Comunidad Andina referentes a la libre competencia, y que al respecto, la compañía actora refiere que no eran aplicables las normas supranacionales de la Comunidad Andina. Los daños y perjuicios se encuentran regulados en la legislación

²⁵ Echandía Devis Hernando, *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I, Editorial ABC, Bogotá – Colombia, 1979, Pág. 189.

ecuatoriana por el Código Sustantivo Civil, el procedimiento para reclamarlos ha sido tratado por el Código de Procedimiento Civil, el trámite es el ordinario (Arts. 59, 395 y sigts C. P. C.) o el verbal sumario (828 y sigts C. P. C.), dependiendo la posición del derecho a ser declarado o resarcido (liquidación de daños y perjuicios), por consiguiente, el juez competente para conocer este tipo de procesos es el juez civil. En consecuencia, no existe falta de aplicación de los artículos 346.2 del Código de Procedimiento Civil; 76.7.k) de la Constitución; 11 del Código de Procedimiento Civil; 284 y 294 de la Ley de Propiedad Intelectual; Disposición Transitoria de la Ley de Propiedad Intelectual; 217.6 del Código Orgánico de la Función Judicial como se alega.

5.9. Considera la empresa accionada que en la sentencia que se impugna, existe aplicación indebida del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece: “Si la jueza o juez no encontrara suficiente claridad en el informe del perito o peritos, podrá de oficio nombrar otro u otros que practiquen nueva operación. Podrá, asimismo, pedir a los peritos anteriores los datos que estime necesarios. No es obligación de la jueza o juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos.” El artículo 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador en relación con los artículos 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, consagran el principio dispositivo, por lo tanto, los jueces no tienen poder para ordenar de oficio prueba alguna, argumenta MERCK.

Argumento con el que no concuerda este Tribunal de Casación, por cuanto el juez debe buscar la verdad procesal a fin de dar a cada uno lo que le corresponde, como dice Taruffo: *La verdad es condición de la justicia*, cuando el juez no tiene claro un asunto respecto al cual va a resolver, está facultado a solicitar pruebas de oficio, brinda así a las partes una mejor y correcta administración de justicia, la ley no debe ser aplicada de una manera inanimada, sin alma, como decía Montesquieu, el juez debe pasar de espectador al juez protagonista con ejercicio del poder que otorga la Constitución, más aun en un estado constitucional de derechos que cambia radicalmente la administración de justicia.

La prueba de oficio se encuentra acogida en varias legislaciones del mundo²⁶, siendo una

²⁶ En Francia el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil; Regla 614 del Llamado e Interrogación de testigos de la Corte, Estados Unidos; en España el artículo 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil en Colombia.

herramienta del juez que le permite buscar la verdad judicial²⁷, lo que garantiza, sin duda alguna, la tutela efectiva de derechos. De este análisis se concluye que el sistema ecuatoriano de justicia tiene un sistema mixto (dispositivo e inquisitivo) al permitir al juez civil, bajo ciertas circunstancias y límites, pueda ordenar pruebas de oficio, convirtiéndole al juez en el director de la causa, como dicen los doctrinarios, el juez ha dejado de ser boca de la ley hoy es el cerebro e intérprete de la Constitución por cuanto puede intervenir en el proceso, sin que esto signifique de modo alguno que se esté violando cierto o algún derecho constitucional, al contrario se resguarda mejor estos derechos y garantías, estas posiciones han sido discutidas en diferentes ámbitos, pero siempre ante las Cortes ha prevalecido la importancia de la prueba de oficio, inclusive señalando que es un deber.²⁸

La Corte Constitucional colombiana al referirse a la constitucionalidad de las pruebas de oficio señaló lo siguiente: “El artículo 180 del Código de Procedimiento Civil de manera alguna cercena la posibilidad que tienen las partes para ejercer su derecho a controvertir las pruebas decretadas de oficio, en cualquier instancia, todo lo contrario, una interpretación conforme de dicha disposición con el artículo 29 Superior conduce a afirmar que el demandante plantea un falso problema de constitucionalidad, por cuanto, toda prueba de oficio es susceptible de ser controvertida por las partes en el proceso. Además, tampoco es admisible el argumento según el cual las pruebas de oficio, en cualquier instancia que sean decretadas y practicadas, son simplemente un instrumento encaminado a subsanar la negligencia de una de las partes en el proceso, por el contrario, el recurso a ellas se explica por el deber que tiene todo juez en un

²⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia “la actividad del juez trasciende el tema propuesto por las propias partes dentro del marco de la dispositividad, porque precisamente se trata de desplegar una labor típicamente inquisitiva, que como ya se anotó, se orienta y explica por el descubrimiento de la llamada verdad verdadera, que puede estar más allá de lo que fue el planteamiento fáctico de las partes (Expediente No. 5980).

²⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia; (Expediente No. 7127). “La facultad-deber de disponer pruebas de oficio por parte de los juzgadores de instancia se explica, sobre todo, por razón del interés común que representa el proceso como instrumento concebido para dispensar justicia, dentro del cual el objetivo fundamental está marcado por el establecimiento de la realidad acerca de los supuestos de hecho predicables del derecho sometido a juicio. Por ello es que repetidamente esta Corporación ha resaltado la importancia y alcances de la atribución de decretar oficiosamente pruebas, para indicar sobre el particular, entre otras cosas, que (...) a los órganos jurisdiccionales en el orden civil no les está permitido (...) desentenderse de la investigación oficiosa con el fin de llegar a la verdad material frente a los intereses en pugna, asumiendo cómodas actitudes omisivas, por lo general puestas al servicio de una desapacible neutralidad funcional que el estatuto procesal en vigencia repudia siempre que por fuerza de las circunstancias que rodean el caso, llegare a hacerse patente que decretando pruebas de oficio puede el juez, mediante la práctica de las respectivas diligencias y aun a pesar de que hacerlo implique suplir vacíos atribuibles al descuido de las partes, lograr que en definitiva resplandezca la verdad y por lo mismo, impere en la sentencia un inequívoco designio de justicia.”

Estado Social de Derecho, de buscar la verdad.” C-159-2007.

Por los motivos expuestos, se rechaza el cargo formulado, por cuanto se ha determinado que no existe indebida aplicación del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, así como tampoco existe violación de los artículos 19, 27 del Código Orgánico de la Función Judicial; 168.6, 428 de la Constitución de la República del Ecuador.

SEXTO: SEGUNDA OBJECCIÓN.-

6.1. Continuando con el orden lógico de análisis de las causales, corresponde estudiar la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación que procede: “Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles”. Se incurre en la causal quinta cuando la sentencia que se impugna existe falta de motivación. La motivación de las sentencias es una garantía constitucional conforme así lo determina el artículo 76. 7. 1) de la Constitución de la República del Ecuador. La motivación “Constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión”²⁹ “El vocablo sentencia sirve para denotar, a un mismo tiempo, un acto jurídico procesal y el documento que en él se consigna. Como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida.”³⁰

La motivación justifica la decisión que ha tomado el juzgador, es decir, la racionalidad de la decisión tomada. La sentencia debe ser lógica, coherente, congruente, respetando las máximas de experiencia del juzgador, ante todo, no debe ser arbitraria, como señala Eugenio Florián, citado por Fernando de la Rúa, la sentencia “no ha de ser un acto de fe, sino un acto de convicción razonada”³¹. Para Chiovenda la sentencia “Es el pronunciamiento sobre la demanda de fondo y más exactamente, la resolución del juez que afirma existente o inexistente la voluntad concreta de ley deducida en el pleito”.³² Fernando Díaz Cantón, señala que la motivación es: “la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de

²⁹ De la Rúa, Fernando: *Teoría General del Proceso*, Depalma, Buenos Aires Argentina, 1991, Pág. 146

³⁰ Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 2004, Pág. 227

³¹ De la Rúa Fernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, Pág. 146.

³² Chiovenda José, *Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas Editor, 1990, Pág. 299.

determinada conclusión jurídica.”³³

6.2. La empresa demandada argumenta que de acuerdo al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, el juez debe incluir en la sentencia la valoración de toda la prueba aportada. Sin embargo este tipo de alegaciones son impertinentes por la causal quinta, no porque no puedan ser procedentes por esta causal sino por cuanto la accionada MERCK ha invocado también la causal tercera y bajo ésta se debe realizar el análisis pertinente, pues resulta inoficioso que la falta de valoración de la prueba se alegue por casi todas las causales de casación en una especie de carambola. Recalcamos nuevamente que sin duda alguna puede existir falta de motivación por temas de valoración de la prueba o porque no se valoró toda la prueba como se alega, sin embargo, si la compañía casacionista ha invocado concretamente la causal tercera, que es la causal natural sobre temas de valoración de la prueba, bajo esta causal será analizado si la prueba ha sido ilegal, arbitraria, impertinente, si su valoración ha sido en contra de la sana crítica o ha sido absurda esta valoración, etc. Una vez realizada esta aclaración, este Tribunal de Casación en cambio sí encuentra que existe violación al artículo 275 del Código de Procedimiento Civil.

El razonamiento judicial debe ser lógico, en que el juez elige entre los diferentes caminos jurídicos que puede escoger, por ejemplo, aceptar o rechazar la demanda, aceptar la reconvencción, etc., de acuerdo a la convicción que tiene respecto a los hechos que a él han sido presentados, ofreciendo razones que justifiquen la decisión que ha tomado. Por lo tanto deberá el juez considerar los hechos del conflicto, la ley aplicable, subsumir los hechos a las normas, el razonamiento de la aplicación de las leyes en su decisión, la justificación. Entonces la motivación es determinante en la solución que da al caso debidamente argumentado, razonado lógicamente. Gracias a la obligación de motivar las decisiones, se permite el control de la actividad jurisdiccional, se elimina la arbitrariedad, vincula al juez con la ley, y efectiviza los derechos.

En una sentencia puede existir falta de motivación o una motivación defectuosa. La falta de motivación se produce cuando no existe justificación o razonamiento en la decisión a la

³³ Maier Julio, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1996, Pág. 59.

que ha llegado el juez. La motivación defectuosa se produce cuando la motivación es aparente, es decir, se viola las reglas de la experiencia. La motivación es insuficiente cuando se vulneran los principios lógicos “ningún hecho puede ser verdadero o existente, y, ninguna enunciación verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”. La motivación es defectuosa en sentido estricto cuando se viola tanto los principios lógicos como las reglas de la experiencia.

Por lo tanto, una sentencia debe ser clara, precisa, concreta, razonando, fundamentando y justificando cada afirmación, la cual pueda ser verificada, basada en la lógica, en la experiencia, en la ley y en las pruebas que obren en el proceso. En el caso que nos ocupa, se evidencia que existen frases oscuras, indeterminadas, confusión en conceptos y aplicación de normas respecto a temas como la libre competencia y cuasi delito conjugando estas dos instituciones jurídicas, en igual sentido, conceptos como posición de dominio, competencia desleal, lo que torna evidente que existe una motivación defectuosa, volviendo procedente esta causal, para resguardar el derecho a tener resoluciones motivadas, los jueces estamos obligados a respetar y garantizar el mismo, por lo tanto ha lugar la acusación alegada.

Por las motivaciones expuestas y dado el carácter excepcional de la demanda de casación, este Tribunal está limitado por ella, acorde el principio dispositivo está facultado analizar las causales presentadas por la accionada recurrente dentro de los aspectos planteados por la misma, al ser viable la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, afecta la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no es necesario considerar otras causales de casación, pues se trata de un recurso doble de la actora NIFA S. A. y la demandada MERCK, se quiebra la sentencia en pro de la accionada MERCK por lo que no hay lugar a estudiar la de la recurrente accionante PROPHAR S. A.³⁴

³⁴ “Si el recurso es doble, cuando prospera totalmente el del recurrente demandado no hay lugar a estudiar el del recurrente demandante, pues la sentencia se quiebra en pro del reo, lo que equivale a si las pretensiones que el tribunal reconoció no pueden tener éxito, mucho menos lo tendrán aquellas que denegó” (Hernando Morales M, Técnica de Casación Civil, Primera Edición, Ediciones LERNER, pág. 276).

En tal virtud, de conformidad con lo dispuesto por el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación expide la siguiente sentencia de mérito:

De la demanda

Miguel Eduardo García Costa comparece a fojas 4 y señala que la Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (en adelante NIFA S.A.) es una compañía farmacéutica ecuatoriana que ha venido produciendo y comercializando para el mercado nacional medicinas a lo largo de los últimos veintiocho años. En estos últimos años, su actividad principal ha estado centrada en la producción del analgésico más popular en el Ecuador, Finalín, producto que actualmente tiene una alta participación en el mercado de analgésicos OTC que se comercializan en nuestro país. Durante el año 2002 la participación de Finalín alcanzó el 33% de las ventas en el mercado de analgésicos OTC. Desde aproximadamente tres años, NIFA S.A., ha venido desarrollando un programa de crecimiento y diversificación de su producción, lo que le ha llevado a incursionar en los mercados de productos farmacéuticos genéricos, es decir, fármacos que no se encuentran protegidos por ninguna patente, sea porque nunca se la obtuvo en el país o porque ésta ha caducado, razón por la cual, se encuentran en dominio público, lo que equivale a decir que se lo puede producir libremente, sin autorización de ninguna persona y sin que deba pagar regalías a ningún laboratorio nacional o extranjero. El departamento de investigación y desarrollo de Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A., en el que prestan sus servicios varios profesionales ecuatorianos de alta calificación, ha venido trabajando durante los últimos años en el desarrollo de varias familias de productos farmacéuticos; el avance de dichas investigaciones ha permitido a su representada obtener los registros sanitarios de varios productos genéricos necesarios para poder comercializarlos, al tiempo que continúa realizando las investigaciones necesarias para hacerlo, en el más corto plazo obtener los correspondientes registros sanitarios necesarios para la comercialización de varios productos farmacéuticos que actualmente se encuentran en fase de desarrollo. El objetivo de estos programas de investigación y desarrollo no ha sido sino iniciar la producción y posterior comercialización de todos estos productos, a fin de entrar a competir en los mercados de productos genéricos. De lo dicho se desprende que su representada tiene la

capacidad técnica para producir todos los productos genéricos que ha venido desarrollando durante los últimos años, pero lamentablemente hasta la fecha no posee la infraestructura industrial para producirlos en los volúmenes que exige la demanda. Como se puede apreciar, el programa de ampliación y diversificación de su producción en el que se ha encontrado su representada le ha impuesto la necesidad de contar con una nueva planta de producción que tenga una mayor capacidad productiva de la que actualmente posee, toda vez que la capacidad instalada de la planta de producción no satisface las nuevas necesidades de producción. Durante el año 2001 se iniciaron los contactos con *Good Manufacturing Practices S.A.*, compañía que el 1 de junio de 2001 envió ya su oferta definitiva para realizar las ampliaciones necesarias a la planta y las demás obras de ingeniería que se requerían ejecutar a fin de adaptarla a las nuevas necesidades de producción; de la misma manera se negoció con el arquitecto Hugo Erazo para que dicho profesional elaborara los planos arquitectónicos y realizara la construcción de las obras en la nueva planta. Todo esto, sin embargo, no llegó a concretarse en buena medida como consecuencia de los actos de engaño que sufrieron por parte de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation (en adelante MERCK) y que le han ocasionado a su representada perjuicios económicos de carácter millonario.

En el mes de febrero de 2002, ejecutivos de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation hicieron conocer en forma verbal a la ingeniera Ana Barahona, Subgerente General de Nueva Industria Farmacéutica Asociada, la decisión que había tomado aquella empresa de vender su planta industrial ubicada en el Valle de los Chillos, en la vía que conduce hacia la población del Tingo, planta industrial que posee las dimensiones y características técnicas que requería su representada para continuar con su programa de expansión. Con el objetivo de iniciar las negociaciones tendientes a la adquisición de dicha planta industrial, la ingeniera Ana Barahona envió una comunicación de fecha 25 de febrero de año 2002 a los personeros de MERCK a fin de que ésta les remitiera la información económica y las condiciones de negociación.

Mediante comunicación de 9 de abril de 2002, suscrita por la señora Ernesta Bello Tuñas y el señor Luis Eduardo Ortiz, se dio respuesta a la antes aludida comunicación suscrita por la ingeniera Ana Barahona, informando la valoración que Merck Sharp Dohme (Inter

American) Corporation había realizado de su planta. A los pocos días, el señor Otto Luis Nassar M. envió una comunicación dirigida a la ingeniera Ana Barahona mediante un correo electrónico fechado al 24 de abril del 2002 en la cual se le informaba a su representada la predisposición de dicha compañía para negociar la planta industrial ubicada en el Valle de los Chillos.

Como la oferta de negociación de la planta industrial de aquella compañía parecía seria y había indicios de que se podría llegar a un acuerdo en el menor tiempo posible, su representada suspendió los trabajos de planificación tendientes a la ampliación de su planta industrial o a la construcción de una nueva. En aquel momento creían en la buena fe de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation, por lo que pensaron que en poco tiempo y de forma transparente se llegaría a un acuerdo satisfactorio para las dos partes a fin de realizar la compraventa aludida.

Entre los días 6 y 7 de mayo de 2002, los directivos de la Nueva Industria Farmacéutica S.A., se reunieron con personeros de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation con el objeto de revisar las condiciones de negociación de la antes nombrada planta. En dichas reuniones se acordó que esta compañía proporcionaría a su representada información relativa a los productos que elaboraban en la planta y de los equipos con que ésta contaba, así como los planos de las instalaciones, toda vez que era necesario conocer más en profundidad la capacidad operativa de la misma, esta información fue remitida el 10 de mayo de 2002 por la señora Ernesta Bello. El día lunes 13 de mayo de 2002, el señor Jacob Harel envió un correo en el que comunicaba la predisposición de la compañía a la que representaba para continuar entregándoles la información que requerían sobre la planta industrial que se estaba negociando.

En vista de que su representada había accedido a información que Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation consideraba confidencial, el 14 de mayo de 2002 suscribieron un acuerdo de confidencialidad en virtud del cual las partes se obligaron a guardar la reserva debida de la información a la que se había tenido acceso y de la que en el futuro se proporcionaría y a respetar los derechos de propiedad intelectual sobre los productos farmacéuticos que se manufacturaban en la planta industrial.

El 31 de mayo de 2002, el señor Otto Luis Nassar M., personero de Staubach Sac., compañía que se encontraba proporcionando servicios de asesoría financiera a Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation le solicitó le enviara de manera confidencial la apreciación que su representada tenía sobre la planta que estaba negociando.

Mediante comunicación que suscribió el 28 de junio del 2002 dirigida a la señora Ernesta Bello Tuñas, Gerente de la planta de propiedad de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation, su representada hizo una primera oferta sobre el precio a pagarse por dicha planta. El 17 de julio del 2002, envió un correo electrónico a la referida señora, Ernesta Bello, comunicándole que su representada había decidido mejorar la oferta previamente presentada. El 8 de agosto de 2002, se dirigió mediante un correo electrónico al señor Edgardo Jaén, personero de Staubach Sac., quien se encontraba actuando de intermediario en la negociación, y le hizo conocer un incremento al valor que su representada estaba dispuesta a pagar por la planta de propiedad de la compañía oferente. A fin de no prolongar indefinidamente las negociaciones que ya se habían extendido por más de 6 meses, le informó al señor Jaén que su oferta mejorada únicamente tendría vigencia hasta el 15 de agosto de 2002. Inmediatamente, el señor Jaén le hizo conocer la recepción de dicha comunicación. El 13 de agosto del 2002 el señor Jaén le solicitó que se prorrogara el plazo de vigencia de su oferta toda vez que le había sido imposible contactarse con el señor Jacob Harel y con la doctora Doris Pienknagura, a lo que respondió en forma afirmativa y le solicitó le indicara hasta qué fecha requería que mantuviera vigente su oferta.

El señor Edgardo Jaén mediante comunicación suscrita el 26 de agosto de 2002, le hizo conocer que Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation requería acceder a los detalles de la oferta de compra que había realizado su representada hasta una fecha tope que era el 30 de agosto de dicho año. Al día siguiente, martes 27 de agosto, envió las condiciones de la oferta de compra al señor Edgardo Jaén, el mismo día, dicho señor le informó la recepción de la comunicación. El propio señor Edgardo Jaén le envió una comunicación de fecha 10 de septiembre de 2002, en la que le proponía como fecha tentativa para reunirse y concretar los términos de la negociación el día viernes 20 de septiembre de dicho año, a lo que respondió que estaba de acuerdo en la fecha y que se

fijara lugar y hora, al tiempo que le informaba que por razones de trabajo se ausentaría del Ecuador entre el 5 y 18 de octubre. El 17 de septiembre, dicho señor le informó que la reunión sería en el Swisshotel, Salón Daule a las 9h30. En dicha reunión su representada hizo una oferta de adquisición de la planta por la suma de 1'400.000,00 dólares, oferta que fue confirmada mediante comunicación de 23 de septiembre de 2002, que dirigió a la doctora Doris Pienknagura. Dicha señora en el mismo día le informó que su oferta sería transmitida a la casa matriz de la compañía demandada.

El señor Edgardo Jaén el 25 de septiembre de 2002, le solicitó que hasta el lunes 30 de septiembre le remitiera información financiera de su representada en caso de que se requiriera financiamiento externo, igualmente le exhortó a que le presentara su mejor y final propuesta. Al día siguiente respondió a esta comunicación que la mejor y final propuesta para la adquisición de la planta de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation ascendía a la suma de 1'500.000,00 dólares. El 3 de octubre de 2002, el señor Jaén le hizo conocer que la compañía demandada requería discutir los términos de la oferta a fin de llegar a un acuerdo definitivo, al tiempo que le hacía conocer que tenía fuentes de financiamiento con una tasa de interés del 3.86%. Al día siguiente remitió al señor Edgardo Jaén un resumen del plan de negocios de su representada y le informó que la documentación completa se la enviaría a más tardar hasta el día 7 de octubre por DHL. En los días siguientes se mantuvieron reuniones con el objeto de afinar los detalles finales de la negociación. El 30 de octubre de 2002, la doctora María Amparo Romero remitió al doctor Estuardo Heredia Yerovi, la escritura de compra-venta y una copia de la carta del impuesto predial 2002 de la propiedad de la compañía demandada con el objeto de elaborar el proyecto de minuta de compra-venta de dicho predio.

El 7 de noviembre de 2002, el señor Edgardo Jaén le envió el listado de los equipos que se encontraban en la planta de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation y que se incluían en la negociación. Las negociaciones continuaron por lo que el día jueves de 14 de noviembre se reunieron con la señora Doris Pienknagura. El viernes 15 de noviembre de 2002 el señor Edgardo Jaén le solicitó una reunión en la ciudad de Panamá para el día miércoles 20 de noviembre, la misma que había sido convocada por el señor Jacob Harel a fin de tratar los avances en la prospección de financiamiento para la adquisición de la

planta, los aspectos de la estructuración de los contratos y escrituras de compra y los equipos que no se incluirían en la venta; en dicha reunión participaron el señor Jacob Harel y el señor Luis Ortiz por Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation, el compareciente a nombre de Nueva Industria Farmacéutica S.A. Nifa S.A. y el señor Edgardo Jaén. En ella se discutieron varios aspectos relativos a las condiciones finales de adquisición de la planta de propiedad de la compañía oferente. Las condiciones negociadas en la reunión de Panamá fueron aceptadas por su representada, lo cual aparece de la comunicación que dirigió al señor Edgardo Jaén el día martes 26 de noviembre de 2002. Quedó pendiente determinar los equipos y bienes que serían retirados por la compañía vendedora. A fin de definir los listados de equipos, el día miércoles 11 de diciembre de 2002 envió una comunicación al señor Edgardo Jaén a través de la cual remitía los listados de equipos y le informaba que estaba tramitando un préstamo puente en el Ecuador a fin de poder pagar el valor de la planta hasta que fuera aprobado el préstamo en el exterior que lo estaba tramitando el propio señor Jaén.

De manera inesperada, el 16 de diciembre del 2002, la doctora Doris Pienknagura envió una carta en la que le solicitaba le informe sobre la utilización proporcionada por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, suponían que se encontraba en el dominio público. En razón de que su representada había recibido una información errada procedió a obtener el correspondiente registro sanitario. Apenas supo que su patente se encontraba vigente desistió de utilizar dicho medicamento, toda vez que siempre han sido respetuosos de la ley, por lo que al día siguiente de haber recibido dicha comunicación, esto es el 17 de diciembre, informaron a Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation el compromiso de su representada para no comercializar el medicamento genérico mientras estuviera vigente su patente. Luego de esta comunicación se le hizo saber que las negociaciones finales tendientes a la venta de la planta de propiedad de dicha compañía las continuarían en el mes de enero de 2003. El 9 de enero de 2003 Doris Pienknagura le envió una carta a la que le adjuntaba la descripción de las funciones de cada uno de los trabajadores de la planta y sus salarios, que en virtud de las negociaciones y los acuerdos a los que se había llegado en la ciudad de Panamá, serían cubiertos por su representada hasta el mes de marzo de 2003.

El 10 de enero, cuando prácticamente se había llegado a un acuerdo sobre todos los puntos de discusión en el proceso de negociación de la planta en mención, la doctora Doris Pienknagura le hizo saber la pretensión de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation de que su representada se abstuviera de producir varios medicamentos genéricos que no se encontraban patentados en el Ecuador, cuando dicha pretensión nunca había sido parte de la negociación. Esta pretensión nuevamente fue mencionada el día martes 14 de enero por el señor Jacob Harel. Ese mismo día a las 10h00, dicha reunión dio inicio a las 11h00 y en ella el señor Harel, en forma unilateral y arbitraria pretendió imponer a su representada la obligación de no fabricar varios productos farmacéuticos por un plazo de cinco años, en razón de que dichos productos eran producidos y comercializados por Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation y dicha compañía no deseaba que se le hiciera competencia. La pretensión de dicha compañía les desconcertó por lo que solicitaron que se les diera hasta las 15h00 de aquel día a fin de darles una respuesta. Los técnicos de Nueva Industria Farmacéutica S.A. procedieron a revisar la lista que se les había entregado y verificaron que varios de los productos de dicha lista se encontraban dentro de la clasificación de genéricos hecha por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador, otros tantos correspondían a productos que eran fabricados por Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation y por otros laboratorios y el tercer grupo correspondía a fármacos que únicamente eran producidos por dicha compañía. A fin de concretar la adquisición de la planta industrial, su representada estuvo dispuesta a no producir durante dos años aquellos productos que no se encontraban dentro de la lista de genéricos, pero que no se podía aceptar la pretensión de no fabricar los productos clasificados como genéricos, toda vez que ello hubiera puesto a su representada en una situación de grave desventaja en frente de sus competidores. Jacob Harel no aceptó razones y pretendió que se aceptaran tales condiciones o que su representada no les vendería la planta industrial de su propiedad. Las pretensiones de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation simplemente resultaban inaceptables para cualquier compañía farmacéutica, toda vez que le hubiera colocado en una clara situación de desventaja frente a sus competidores, por lo que no las podían aceptar. Había transcurrido cerca de un año en el que se estuvieron realizando las negociaciones para la adquisición de la planta industrial de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation, cuando el 29 de

enero de 2003 el señor Jacob Harel le informó que las conversaciones entre su representada y Nueva Industria Farmacéutica S.A, habían terminado, sin que importara el gravísimo daño que se les había ocasionado.

Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation conocía perfectamente que su representada se encontraba desarrollando un programa de medicamentos genéricos, toda vez que había estado tramitando los registros sanitarios necesarios para su comercialización, lo cual, era de dominio público. Como en el medio farmacéutico se conocía que la capacidad de producción de Nueva Industria Farmacéutica S.A., era limitada ya que su planta es de pequeñas dimensiones y que no sería suficiente para cubrir las necesidades de producción de todos los medicamentos genéricos de los que se había obtenido el correspondiente registro sanitario, era muy fácil suponer que requería ampliarla o adquirir una nueva planta. Pero también resultaba muy predecible que en el momento que iniciara la producción de dichos productos sería un competidor a ser tenido en cuenta, ya que se conocía que pese a sus pequeñas dimensiones se trata de una compañía eficiente que cuenta con personal altamente calificado en todas las áreas de producción y comercialización, por lo que Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation ingenió una estrategia para demorar su entrada en los mercados de productos genéricos. Claramente podemos apreciar que dicha estrategia partía de la oferta de venta de la planta industrial, oferta que daría inicio a un largo proceso de negociación, mismo que debería ser largo y complicado, tal como de hecho aconteció. Solamente en el momento en que dichas negociaciones, que se habían prolongado a lo largo de los meses sin que hubiera razón para ello, estuvieran por finalizar se trataría de imponer el compromiso de no producir aquellos medicamentos que la referida compañía producía y que no contaban con una patente vigente, a fin de evitar la competencia en los diferentes mercados en los que tales productos se encontraban compitiendo. Las negociaciones para la adquisición de la planta industrial de propiedad de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation se prolongaron durante un lapso cercano a un año, lapso durante el cual su representada creyó en forma errada que se trataba de una oferta seria, hecha por una compañía respetable que concluiría en la celebración del contrato de compraventa de la planta industrial y que, consiguientemente, su representada podría adquirir la necesaria

capacidad productiva para poder llevar adelante su programa de expansión. El engaño al que en forma dolosa Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation llevó a su representada tuvo como consecuencia que ésta retardara la ampliación de su planta industrial o de construcción o adquisición de una nueva por más de un año, lo que le ha ocasionado un enorme perjuicio económico, en vista de que no se ha podido lanzar al mercado todos los productos farmacéuticos que su departamento de investigación y desarrollo tiene listos para la producción y en los casos que se ha podido iniciar la producción, debido a la gran aceptación que tienen sus productos entre los consumidores y usuarios, no se ha alcanzado a satisfacer la demanda. El hecho de no contar con la nueva planta industrial, ha impedido a Nueva Industria Farmacéutica S.A. entrar a competir en los mercados con varios de sus productos farmacéuticos genéricos, de la misma manera, aquellos productos que han podido entrar a competir en los mercados, lo han hecho en pequeñas cantidades, ya que carecen de la adecuada capacidad productiva. De haber contado con la nueva planta industrial, presuponen, sobre la base de los estudios de mercado que han realizado, que su participación en los respectivos mercados hubiera sido alta, por lo que, como consecuencia del error al que les llevó el engaño perpetrado por Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation, su representada ha sufrido gravísimos perjuicios económicos, ya que su programa de crecimiento se ha visto frenado por al menos dos años, en razón de que recién en el mes de marzo de año 2003 han retomado los diversos proyectos para construir la nueva planta industrial.

Para tener en cuenta el real daño causado a su representada por Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation, es necesario conocer que en Ecuador durante el año 2002 se negociaron productos farmacéuticos por valores cercanos a los quinientos millones de dólares y se estima que en el ejercicio económico del año 2003 los montos negociados superarán los quinientos millones de dólares. Si bien los medicamentos genéricos representan una pequeña parte de los diferentes mercados de productos farmacéuticos, hay que tener en cuenta que en los últimos años, las ventas de estos productos se han incrementado en porcentajes cercanos al 300%. Durante el año de 1998 el total de las ventas de productos farmacéuticos ha pasado del 2,76%, en el año 1998 al 5,12% que se encuentra proyectado para el año 2003, porcentaje que se incrementará durante el año

2004.

Sobre la base de lo expuesto, consideran que los perjuicios económicos que su representada ha sufrido, ascienden a la suma de doscientos millones de dólares (USD \$ 200.000.000, 00), toda vez que su representada ha retrasado más de dos años el contar con su nueva planta industrial, daños que deberían ser resarcidos por Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation, en razón de que su actuación fraudulenta les ha ocasionado de manera ilícita un grave daño concurrencial.

Con las antecedentes expuestos, amparado en lo que disponen los artículos 18, 23.16 y 18, 244.1 y 3, 272, 273 de la Constitución Política de la República del Ecuador; 18, 29, 2241, 2256, 2260 del Código Civil; 63, 404 y siguientes del Código de Procedimiento Civil demandan a Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation el pago de doscientos millones de dólares americanos por concepto de daños y perjuicios ocasionados a su representada por los actos de engaño que le llevaron a que sufriera un grave daño concurrencial, más los correspondientes intereses de mora, así como las costas judiciales en las que se incluirán los honorarios de su abogado defensor.

Una vez citada la empresa demandada, comparece al proceso y presenta su contestación según consta a fojas 45 – 61, en los siguientes términos:

De la contestación a la demanda

MERCK señala que desde inicios de 2002 comenzó con procedimientos tendientes a vender su planta industrial ubicada en la parroquia Alangasí, cantón Quito, propuesta de venta que comprendía tanto el inmueble con sus edificaciones e instalaciones industriales, así como la línea de producción de ciertos productos farmacéuticos. Para concretar este fin y cumplir con la meta trazada, contrató a la firma de corredores en bienes raíces *Staubach Tie Leung*, con domicilio en Panamá, para que fuera la intermediaria en el proceso de negociación.

Manifiesta que siempre se hizo conocer a los interesados que sólo existiría acuerdo definitivo cuando, de conformidad con la ley ecuatoriana, se procediera a suscribir el contrato de compra-venta respectivo, o, eventualmente, se firmara, asimismo de

conformidad con el derecho ecuatoriano, la promesa de compra venta, sin que se genere ninguna obligación durante las negociaciones, aún más si se considera que en los ocho meses que transcurrieron entre la firma del acuerdo confidencial mencionado en la demanda y la fecha en que las negociaciones terminaron, fue Miguel García quien se retiró de la negociación con diversas objeciones. En una de las varias negociaciones se dejó muy en claro que para que se llegue a concretar el negocio, se esperaban algunos factores como conseguir un préstamo, o reuniones de la Junta General, o se analizaban los impactos tributarios, lo que conllevó a manifestar al Gerente General por varias ocasiones que le convenía más construir su propia instalación y que la planta industrial que fue propiedad de su mandante, no cumplía las características que se requería. Señala que aproximadamente en noviembre de 2002 por canales distintos de quienes intervenían en las negociaciones, las compañías titulares de una patente sobre el producto “*Refecoxib*”, esto es Merck & Co. Inc. y Merck Frost Canadá Inc. tuvieron la información de que la Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A NIFA S.A., había obtenido el registro sanitario, es decir la autorización legal para producir y vender tal producto en el mercado ecuatoriano. Los abogados de estas dos compañías mediante escrito dirigido al representante legal de la actora solicitaron se respetara los derechos sobre la patente absteniéndose de producir y vender el producto en mención de lo cual jamás recibieron respuesta alguna, lo que provocó que su representada se preocupara por conocer las eventuales intenciones de la actora de manufacturar en la planta que se negociaba, especialmente aquellas copias de productos de Merck Sharp & Dohme o productos genéricos en el Ecuador, por no estar protegidos por una patente en este país. Siendo tal preocupación de modo legítima, impedía vender la planta a quienes aparentemente podrían atentar contra derechos de propiedad intelectual de cualquiera de las compañías de Merck, a partir del 10 de enero de 2003 se sugirió a la actora que se introdujeran nuevas estipulaciones en los proyectos de contrato que se discutían entre las partes, en las cuales la actora se comprometía por cinco años a no producir ni comercializar productos farmacéuticos que atentaren contra los legítimos derechos de la compañía Merck, condiciones por las cuales la actora decidió, abruptamente, dar por terminadas las negociaciones, motivo por el cual no se terminaron las negociaciones, no existiendo engaño ni fraude por parte de su representada ni de ninguna de las personas que

intervinieron en las negociaciones.

Manifiesta que la actora también en cualquier momento pudo dar por terminadas las negociaciones sin alegar motivo alguno, por lo expuesto no existió dolo, ni daño alguno por lo que se exceptiona de la siguiente manera: 1) Niega que sean ciertos algunos de los fundamentos de hecho de la demanda, especialmente la afirmación de que se haya dado término a las negociaciones que se encontraban en trámite. 2) Niega que se haya actuado con dolo, fraude o engaño. 3) Niega que los hechos, inclusive aquellos falsamente incluidos en la demanda, tengan consecuencias jurídicas atribuidas por la actora. 4) Niega, que haya existido un delito, esto es, que se haya realizado un hecho ilícito con la intención de causar daño. 5) Niega que sean aplicables a la situación las normas de los artículos 2241 y siguientes del Código Civil. 6) Niega que se haya causado daño alguno a la actora. 7) Niega expresamente, que la actora haya sufrido un perjuicio entre 200 y 300 millones de dólares. 8) Niega que sea posible que la actora haya previsto obtener beneficios entre 200 y 300 millones de dólares como consecuencia directa de la adquisición del inmueble que fue propiedad de la demandada. 9) Niega que la actora haya sufrido pérdidas entre 200 y 300 millones de dólares como consecuencia de la fallida negociación. 10) Niega que le sean aplicables a la situación las demás normas de derecho mencionadas por la actora en la demanda. 11) Niega en consecuencia, que exista obligación de pagar cantidad alguna a favor de la actora por supuesta indemnización de daños y perjuicios pues la actora carece de todo derecho.

Se convocó a las partes procesales a la Junta de Conciliación sin que lleguen a un acuerdo que solucione esta causa. Concedida la fase probatoria en la que las partes han actuado las que obran en autos y concluido el procedimiento, la Jueza Segunda de lo Civil de Pichincha dicta sentencia el 17 de diciembre de 2007, acepta la demanda y condena a MERCK al pago de doscientos millones de dólares de los Estados Unidos de América. La Corte Provincial de Justicia de Pichincha a través de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, confirma la sentencia dictada en primera instancia en cuanto al fondo del asunto, pero la reforma en relación a la indemnización que deberá pagar MERCK a NIFA, en la cantidad de ciento cincuenta millones de dólares de los Estados Unidos de América.

SÉPTIMO: Validez procesal, jurisdicción y competencia.

El trámite ordinario dado a la causa es el previsto por la ley, se ha respetado las garantías del debido proceso, sin omisión de solemnidad sustancial que influya en la decisión, por lo que se declara la validez procesal; y conforme lo expuesto en el considerando primero de esta resolución, este Tribunal de la Sala Civil y Mercantil tiene jurisdicción y competencia para conocer el presente recurso de casación.

OCTAVO: Problema Jurídico.

8.1. Como se señaló en el considerando precedente, en la sentencia dictada por el Tribunal *Ad quem* se evidencia una confusión en el razonamiento jurídico, respecto a temas como la libre competencia y cuasidelito, conjugando estas dos instituciones jurídicas, así también conceptos como posición de dominio y competencia desleal. Para dilucidar este tema es necesario realizar aproximaciones a estos conceptos.

El Derecho de la competencia: Nace en los Estados Unidos de América para luego extenderse en todo el mundo, en contraposición al abuso de posición de dominio, denominado también “*derecho antitrust*”. El derecho de la competencia es aquel encargado de regular las relaciones comerciales a través de ciertas restricciones legales con el fin de promover la competencia entre empresas. La libre competencia, en cambio, es “un proceso dinámico de permanente repetición, de avance y recuperación, a través del cual las empresas innovadoras obtienen ventajas temporales en el mercado, ventajas que tienden a desaparecer gradualmente debido a la competencia imitadora”³⁵

En la presente *litis*, NIFA S. A. hoy PROPHAR S. A., alega haber sufrido un daño grave como consecuencia de las prácticas contrarias a la libre competencia ejercida por la actuación ilegal de la compañía accionada Merck, por lo que reclama la indemnización de los daños y perjuicios por los daños sufridos por dichos actos ejecutados por la compañía demandada que le ocasionó un grave detrimento económico.

³⁵ Peter Oesterdiekhoff, *Políticas de la competencia*, En la compilación “*Economía social de mercado*”, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, 1998, Pág. 15.

Al respecto, la introducción del tema de competencia en el Ecuador aparece en 1998 a través de la Constitución Política, anteriormente no se encontraba contemplado en nuestra legislación, por ello su falta de desarrollo en la doctrina y jurisprudencia.

“Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:
3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.”

Las Decisiones No. 608 y 616 de la Comunidad Andina sobre estos temas, son las que mayor relevancia han tenido en nuestra legislación hasta el 13 de octubre de 2011, que entró en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

La competencia desleal, en cambio, son aquellas prácticas anticompetitivas, de dudosa honestidad. Entre estas prácticas tenemos el denominado *dumping*, confusión, la dependencia económica, difusión de información falsa, desviación de clientela, concentraciones monopólicas, prácticas restrictivas, acuerdos horizontales, en realidad, las prácticas deshonestas pueden ser de gran variedad, tanto como la imaginación así lo permita. Por lo que la defensa en contra de estas prácticas es una herramienta de apoyo para los empresarios y consumidores.

El abuso de posición dominante es aquella explotación abusiva por parte de una o más empresas. La prohibición “*es el abuso de esa posición de dominio*”³⁶, “el criterio subjetivo del abuso, según el cual era necesario que la empresa con posición dominante desplegara todo su poder económico para considerar que lleva a cabo un abuso”³⁷. “IRIS SUGAR, 7-X-1999, que recuerda que el abuso de posición dominante, se refiere a las actividades llevadas a cabo por una empresa con posición de dominio, con las que influye en la estructura del mercado en el que la competencia se encuentra debilitada, obstaculizando el mantenimiento en el mismo de la competencia aún existente o impidiendo que tal competencia se desarrolle, y todo ello recurriendo a métodos distintos de los que rigen una concurrencia normal basada en las prestaciones de los agentes económicos”³⁸

³⁶ Alberto Bercovitz, Rodríguez Cano, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi, Segunda Edición España, 2001, Págs. 313 y 314

³⁷ Julio Pascual Y Vicente, *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa*, Civitas Ediciones, Primera Edición Madrid España 2002, Pág. 43.

³⁸ Obra citada, Pág. 44

En nuestro país, al tiempo de la presentación de la demanda por NIFA S. A., hoy PROPHAR S. A., la competencia desleal se encontraba regulada por la Ley de Propiedad Intelectual, en el Libro IV³⁹, y así también, en la Decisión 486 de la Comunidad Andina, no obstante esta normativa no era suficiente para controlar, sancionar, evitar prácticas desleales y en si las distorsiones del mercado. Sin embargo las Decisiones de la Comunidad Andina en general no otorgaron el control necesario, ni en nuestro país existía una normativa legal referente al tema, o sanciones, dejando muchas conductas de competencia en la impunidad. Las Decisiones 608 y 616 no podían ser aplicadas por cuanto no existían autoridades administrativas ni judiciales competentes para conocer estos temas, ni tampoco los procedimientos; era necesaria una ley interna que regule estos temas por lo que más tarde fue expedida la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y entró en vigencia el 13 de octubre de 2011, como queda anotado.

Los cuasidelitos.- El delito y el cuasidelito son fuentes de las obligaciones, por lo tanto, quien hace daño por efecto del hecho ilícito tiene la obligación de indemnizar a la víctima⁴⁰. En el caso en resolución, el problema surge debido a la cancelación de la venta de un bien inmueble de propiedad de MERCK, edificación que se la utilizaba como planta industrial para la industria farmacéutica y con la “nueva propietaria” tendría el mismo destino, después de varios meses de negociación con NIFA, destacando que jamás se produjo un contrato entre las partes, pues se encontraban en un estado previo a la firma del contrato, lo que en la doctrina se conoce como tratos preliminares, y que según la accionante NIFA por las prácticas anticompetitivas de la compañía MERCK para no celebrar el contrato, le ocasionó como consecuencia daños y perjuicios.

Los tratos preliminares, según Stiglitz, son aquellos “...diálogos preliminares que, en el *iter* negocial, se ubican en una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato.”⁴¹ “Su contenido varía según la función económico-social del contrato, que tal vez se celebre. Si presenta un relevante interés económico para las partes, es más probable que las negociaciones se extiendan

³⁹ Artículos 284-287

⁴⁰ Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Código Civil.

⁴¹ Stiglitz, *Responsabilidad precontractual*, en Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, Pág. 34.

en el tiempo y sean intensas. Si no es así, como por ejemplo, la prestación de servicios profesionales, generalmente suelen ser breves y en ocasiones, innecesarias”⁴²

En los tratos preliminares lo que debe prevalecer es la buena fe, si existe mala fe, si se viola el deber de buena fe, con los consiguientes deberes de conducta que de ella se derivan, quien ha actuado, por ejemplo, sin intenciones de llegar a un acuerdo y esto ha causado perjuicios, está obligado a indemnizar. Los tratos preliminares cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad de los contrayentes sea efectivizada a través de un contrato, y la voluntad de estos sea interpretada en forma correcta si es que se suscitare algún problema. “Así, los tratos preliminares cumplirán la función de permitir indagar por la real voluntad de los contratantes, frente a cualquier discrepancia que pudiere surgir durante la ejecución del contrato que se llegare a perfeccionar”⁴³

Se debe recalcar que las partes **no** están obligadas por estos tratos preliminares a celebrar un contrato pero **sí** a actuar de buena fe, la responsabilidad nace cuando se ha actuado de mala fe y se ha perjudicado a la otra parte por la no celebración del contrato, cuando la no celebración de un contrato resulta arbitraria, sin causa o fundamento justo, “(...) las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, cuando han llegado a tal punto que permitan prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (...), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño – o sea, el llamado interés contractual negativo”⁴⁴.

Entonces, la buena fe es esencial en los tratos preliminares, partiendo del principio de no dañar al otro (*alterum non laedere*)⁴⁵, se debe mantener la coherencia en las actuaciones y mientras se mantenga en la etapa previa los tratos o negociaciones, han de prevalecer los principios de buena fe y lealtad negocial. “En la etapa de tratos preliminares, en la tradición europea continental se asume como un imperativo de conducta el adecuarse a los parámetros fijados por la buena fe, la cual se entiende de forma general como el deber de la lealtad y

⁴² Obra citada, Pág. 15.

⁴³ Jorge Oviedo Albán, *La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación*, Temis, Bogotá-Colombia, Pág. 88

⁴⁴ Messineo Francesco, *Doctrina general del contrato*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires – Argentina, Pág. 309

⁴⁵ Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Código Civil ecuatoriano.

corrección”⁴⁶ “El reconocimiento del principio de buena fe y lealtad negocial, no expresamente como un principio de interpretación del texto de los principios sino como un estándar de comportamiento obligatorio para las partes contratantes, es una de la mayores y más acertadas innovaciones que presentan los principios respecto de otros textos de derecho uniforme, en particular respecto de la convención de Viena”⁴⁷.

La doctrina ha sostenido que existe la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva precontractual que a continuación, explicamos:

Buena Fe Subjetiva

La buena fe subjetiva es considerada como un “*estado de ignorancia y error*”.⁴⁸ La buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error⁴⁹. La buena fe subjetiva se refiere a la corrección del sujeto dentro de la relación jurídica.

Buena Fe Objetiva

La buena fe objetiva ha sido entendida como un “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo”⁵⁰

La buena fe objetiva se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, rectitud, lealtad y sobre todo en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado⁵¹.

La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad y responsabilidad, ella es una guía, una pauta que conduce a un destino objetivo la conducta de las partes, procediendo con un deber de lealtad y cabalidad. En síntesis, la buena fe subjetiva y objetiva se plantea claramente cuando se señala que la buena fe objetiva “no

⁴⁶ Jorge Oviedo Albán, *La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación*, Temis, Bogotá-Colombia, Pág. 89.

⁴⁷ Perales María del Pilar, *El derecho uniforme del comercio internacional*, en la Revista de Derecho Mercantil, No. 223 de 1997, Pág. 222

⁴⁸ R. Sacco. “Cosa’è la buona fede oggettiva?”, en *Il principio de buona fede*, Milán, Giuffrè, 1987, 45.

⁴⁹ R. Cristofari. “Diligenza e buona fede soggettiva: il problema del collegamento tra i due fenomeni”, en revista virtual *Persona e danno*, publicado el 7 de febrero de 2009.

[www.personaedanno.it/cms/data/articoli/013567.aspx27] (consultado el 3 de julio de 2014).

⁵⁰ R. Cardilli. *Bona fides tra storia e sistema*, Turín, Giappichelli, 2004, 100. El resaltado es añadido.

⁵¹ Martins Costa. “A boa-fé no direito privado”, cit., 410-412.

supone la creencia o ignorancia que justifique un error – buena fe en sentido subjetivo- sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia”⁵². O como señala Ricardo Osvaldo Larroza, que la buena fe ha sido entendida en un aspecto objetivo y en uno subjetivo. De acuerdo con el primero, es una guía que conduce la conducta de las partes, con un contenido positivo que les impone deberes de conducta, o como se indicó, implica un deber de obrar leal y correctamente.⁵³

Los conceptos de buena fe subjetiva y de buena fe objetiva en el Código Civil Ecuatoriano, se encuentran en el artículo 721 del Código Civil que establece: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio. Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.”

Los principios de UNIDROIT señalan el deber de actuar de buena fe: “Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional” (artículo 17). En la jurisprudencia internacional “se reconoce el deber de la buena fe en los tratos negociales (...) la jurisprudencia arbitral suele reconocer las siguientes obligaciones a observar durante la etapa precontractual derivadas del principio de que las partes deben comportarse de acuerdo con la *buena fe* en las negociaciones: 1. *Obligación de información recíproca*; 2. *Obligación de no romper las negociaciones sin causa justa*. Retener unas negociaciones artificialmente, de modo que estas se rompen posteriormente sin una causa justificada, y cuando la otra parte tenía fundada confianza en que el contrato se celebraría, es infringir la *buena fe precontractual*”.⁵⁴

⁵² Martínez-Calcerrada. “La buena fe y el abuso del derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, 1979, 436.

⁵³ Stiglitz Rubén “*La Buena Fe Contractual*” en contratos, teoría general, t. II RUBEN S. STIGLITZ (Director) Depalma, Buenos Aires, 1993. Págs. 251 y 254.

⁵⁴ Jorge Oviedo Albán, *La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación*, Temis, Bogotá-Colombia, Pág. 93

La buena fe no es el fin sino el medio para la protección de valores e intereses sociales⁵⁵, por lo tanto, es una fuente de creación de ciertos deberes de conducta, como por ejemplo el deber de información. “Las partes que no son todavía deudor y acreedor, pero que están en camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actividad que se exige aquí podría calificarse de lealtad en las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo absteniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta”⁵⁶. Como bien lo expresa Monsalve Caballero, es una necesidad el establecimiento de reglas: “debido a que gracias a ellas, se pueden garantizar y materializar los derechos y libertades de las partes. Así, la deontología del contrato busca establecer unas reglas justas para favorecer un resultado justo”⁵⁷.

Como lo hemos señalado, de la buena fe nacen obligaciones. “De tal forma, hoy la literatura jurídica germánica, habla que todo se resume al significado de una ecuación: “Relación precontractual = relación de confianza”⁵⁸.

El deber de información es una obligación de la buena fe. En Roma se tenía la costumbre de que cada una de las partes, antes de celebrar un contrato debía adquirir los conocimientos necesarios para negociar. Este escenario se mantuvo durante el derecho clásico y moderno⁵⁹, sin embargo, la protección a los tratos preliminares surge con la doctrina italiana y alemana, que procura la creación de marcos legales que protejan los tratos precontractuales en los que debe prevalecer la buena fe. Surge el deber de información en los tratos preliminares, y en concreto la obligación de informar.

El deber de informar es la obligación más exigible y la más tutelada en las relaciones comerciales, como por ejemplo, ocurre en el caso de defensa al consumidor. “Informar es enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber se acota a la que sea relevante y suficiente con miras a la toma de

⁵⁵ Vladimir Monsalve Caballero, *Responsabilidad Precontractual*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá- Colombia, Pág. 118.

⁵⁶ Obra citada, Pág. 120. Véase pie de página 244.

⁵⁷ Obra citada, Pág. 131

⁵⁸ Obra citada, Pág. 135.

⁵⁹ Gómez Calle, E. *Los deberes precontractuales de información.* Madrid. Editorial la Ley, 1994, p. 12

una decisión. La importancia de la cuestión, radica para cuando la falta de información determinó el consentimiento, entendiéndose ello en el sentido que, lo que ha sido revelado ejerció una influencia tal sobre el contratante que, de haber conocido la información que no le fue comunicada (reticencia) o falseada, no hubiera concluido el contrato o lo habría hecho bajo otras condiciones, más favorables.”⁶⁰

Corripio Gil- Delgado señala que: “En esta materia propiamente las exigencias de la buena fe y de la tutela de la confianza depositada en la otra parte, son las que nos permite seguir un comportamiento positivo durante la realización de los tratos. Y ello porque la libertad de cada uno encuentra el freno de la confianza y la buena fe de la parte que está enfrente.”⁶¹

Vladimir Monsalve Caballero, considera : “(...) que si una de las partes dentro de las negociaciones ocultó información, o entregó información errónea y la otra decide apartarse de las negociaciones en ese momento se habla de una ruptura justa y tendría todo el derecho de solicitar una reparación del daño siempre que no se haya cumplido a cabalidad esta obligación. La vulneración de este deber puede provocar, si se concluye el contrato, el ejercicio de una acción de anulación del mismo por dolo omisivo.”⁶²

Pues si desde el principio de las negociaciones las partes establecen claramente los parámetros bajo los cuales se va a celebrar un contrato, se evidenciará la buena fe y esto brindará seguridad a los posibles contratantes en la toma de decisiones. “La información es conocimiento, la desinformación es ignorancia. La información construye la seguridad y otorga confianza; la desinformación mantiene en la incertidumbre, el desconocimiento, y construye la desconfianza, el temor.”⁶³ El deber de información precautela las expectativas razonables. Incluso en “algunos contratos se puede derivar que las partes están obligadas a brindarse cierta información, incluso desde la etapa precontractual, y el no hacerlo traerá consecuencias negativas como eventuales nulidades del acuerdo contractual.”⁶⁴ La falta de información puede

⁶⁰ Ernesto Rengifo, *Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación*, en el Ensayo de posesión como miembro correspondiente del Dr. Ernesto Rengifo, Bogotá-Colombia, 27 de octubre del 2004.

⁶¹ Corripio Gil- Delgado, M.R. “*Los contratos informáticos, el deber de información precontractual*.” Madrid. Universidad Pontificia de Comillas, 1999, pág. 142.

⁶² Monsalve Vladimir, “*La Buena Fe como Fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: Una Doctrina Europea en Construcción*”. Revista de Derecho N. 30. Barranquilla, 2008, Pág. 51.

⁶³ Mosset, J. y Piedecabras, M, *Responsabilidad Precontractual*, Edit. Rubinzal-Culzoni, Primera Edición, Pág. 59.

⁶⁴ Jorge Oviedo Albán, *La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación*, Temis, Bogotá-Colombia, Pág. 93.

constituirse como dolo.⁶⁵

El deber de secreto y confidencialidad

Cuando se realizan negociaciones entre empresas, en muchas ocasiones se debe transmitir gran cantidad de información a fin de concretar el negocio que se está tratando, esta información debe ser protegida aún cuando el contrato no sea perfeccionado porque la desviación de esta información, sin duda alguna, podría causar daño. “Al tenor de este deber, si en el curso de los tratos preliminares uno de los sujetos implicados llega a conocer datos o noticias que, de ser divulgadas, perjudicarían a la otra parte, está obligado a guardar la debida reserva; si no lo hace y causa con ello un daño a al otro sujeto implicado en la negociación, está obligado a resarcirlo.”⁶⁶ Así, el deber de secreto, confidencialidad o reserva en sentido estricto es la obligación de no utilizar la información fuera de la esfera en la que fue confiada, consiste en que las partes tienen el deber de no hacerlo en beneficio propio o en perjuicio de quien lo facilitó se llegue o no a perfeccionar el contrato.

El deber de custodia y cuidado

Este deber se refiere a no dañar lo confiado en las negociaciones, es decir, se debe conservar, resguardar y mantener en el estado del bien o la información. Por tanto, la información o el bien en el estado confiado, se han de mantener íntegros. A decir de Cuadrado Pérez citado por Jorge Oviedo Albán, en su obra *Tratados Preliminares y Responsabilidad Precontractual*, Universidad, Bogotá Colombia, enero – junio 2008. Pág. 99: “El deber de protección puede entenderse como asumir la custodia o conservación y custodia de los bienes objeto de la negociación e incluso de las personas vinculadas en la misma, protegiéndolos de los daños patrimoniales o personales que se ocasionen como consecuencia de las negociaciones.”⁶⁷

El deber de no levantar falsas expectativas

Este deber se refiere cuando una de las partes negocia sin las intenciones de contratar, logrando que la otra parte descarte otras oportunidades, es lo que se ha denominado en la

⁶⁵ Véase el artículo 3.8 de los Principios Unidroit

⁶⁶ Pablo Valés Duque, *La responsabilidad precontractual*, Editorial Reus, Madrid-España, 2012, Pág. 152

⁶⁷ Cuadrado Pérez, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Studia Albornotiana, dirigidos por Evelio Verdura y Tuller, LLXXXIV, Publicaciones el Real Colegio de España, Bolonia, 2003. Pág. 46.

doctrina el costo de oportunidad. Se crea confianza sobre hechos o circunstancias que no van a suceder.

Se deja claro que las partes tienen libertad para contratar, sin embargo, no pueden abandonar las negociaciones sin causa justa, “cuando una de las partes inicia o prosigue las tratativas con la intención de no concluir el contrato. Según el mismo autor, habría culpa cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del contrato, y avanzar en las tratativas, sin verificar la real posibilidad o sin haber suficiente determinación en la perfección del contrato”⁶⁸. En conclusión, en la etapa prenegocial, las partes no están obligadas a contratar, no obstante, deben proceder de acuerdo al principio de la buena fe, y ello, reiterase, conlleva el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa, lo que además se tomará en cuenta cuando la responsabilidad derive de su inobservancia con las correspondientes repercusiones e indemnización de perjuicios.

8.2. De la primera instancia

En la primera instancia, mediante decreto de 15 de junio de 2004, las 08h15, se abre la causa a prueba y en ella las partes han practicado las que obran en autos.

Prueba de la parte actora

- Solicita se reproduzca todo cuanto de autos le fuera favorable.
- Solicita se recepte la declaración testimonial de la señora Anne Usher.
- Incorpora al proceso el listado y las copias certificadas de los registros sanitarios del que es titular.
- Incorpora al proceso el DATAQUEST farma del 2000 al 2003, así como publicaciones que contienen información oficial de la mayoría de las compañías farmacéuticas que comercializan productos en el Ecuador.
- Incorpora al proceso el cuadro básico de medicamentos genéricos, publicado por la Dirección Nacional Médico Social del Instituto de Seguridad Social.

⁶⁸ Jorge Oviedo, obra citada, Pág. 101

- Solicita inspección judicial contable y a la planta de NIFA S.A.
- Incorpora al proceso copias certificadas del certificado de buenas prácticas de manufacturas otorgada por el Ministerio de Salud Pública.
- Incorpora al proceso la segunda copia certificada del examen a los estados financieros auditados e informes de los auditores independientes de NIFA S.A.
- Agrega copia certificada del impuesto a la renta del ejercicio correspondiente al año 2003.
- Incorpora al proceso informe de registro y actualización de compañías de fecha 22 de junio de 2004.
- Solicita inspección a la contabilidad de MERCK.
- Impugna la prueba presentada y tacha a los testigos.
- Incorpora al proceso el original de MSD WORD, Third Quarter 2003, en que se encuentra la publicación titulada *“Latín American Strategy Moves Forward”*.
- Incorpora revista Vistazo No. 882, en la que consta un artículo titulado “Entre el remedio y la enfermedad”.
- Incorpora al proceso la Sección A del Diario El Comercio, edición No. 36209, de 17 de abril de 2004, en la que se relata la campaña de desinformación iniciada por MERCK, en contra de las compañías que producen genéricos.
- Incorpora al proceso el ejemplar de la edición del diario La Hora, de 18 de abril de 2004, donde consta el artículo titulado “Laboratorios denuncian golpe a la salud y al comercio”, en donde se relata la campaña contra las compañías que producen genéricos por parte de las transnacionales.
- Incorpora al proceso boletín de prensa, que sintetiza el taller titulado “Taller para Periodistas ¿ES UNA COPIA IGUAL A UN ORIGINAL?”, realizado el 14 de abril de 2004.

- Incorpora al proceso el No. 74 de la Guía Farmacéutica publicada por Edifarm y Cía., donde consta un reportaje titulado “El acceso a los medicamento en debate”.
- Incorpora al proceso copia certificada del artículo titulado “Otra vez los genéricos”, del doctor Plutarco Naranjo, publicado por el Diario el Universo, el 10 de enero de 1999.
- Incorpora al proceso, copia certificada de la publicación de MERCK, que hace propaganda de su medicamento Fosamax, titulado “Medicamento original, genérico y copia: Un compendio”.
- Incorpora original de carta suscrita por la ingeniera Ana Barahona, Subgerente General de NIFA S.A., de fecha 25 de febrero de 2002, mediante la cual se contestó la oferta verbal de MERCK, para iniciar negociaciones.
- Incorpora original del fax de fecha 9 de abril de 2002, suscrito por Luis Eduardo Ortiz y Ernesta Bello, personeros de MERCK, mediante la cual informaban el valor de la planta industrial y que Staubach sería la compañía que serviría de enlace con los posibles compradores.
- Incorpora al proceso el original de fax de 24 de abril de 2002, suscrito por Otto Nassar, personero de Staubach, en el que invitaba a NIFA S.A. a comunicarse para continuar las negociaciones para la adquisición de la planta industrial de propiedad de MERCK.
- Fax, suscrito por Otto Nassar, de 31 de mayo de 2002, mediante el cual se informa que Edgardo Jaén se incorpora al equipo negociador de Staubach.
- Se incorpora original de carta suscrita por María Romero, mediante la cual se envió fotocopia de la carta de pago del impuesto predial y de la escritura de adquisición del terreno propiedad de MERCK.
- Se incorpora original de carta suscrita por Miguel García de 3 de enero de 2003, en la que NIFA se compromete con MERCK a no manufacturar ningún genérico ROFECOXIB, mientras se encuentre protegido por la correspondiente patente.

- Se incorpora al proceso, original de fax suscrito por el señor Harel de 25 de enero de 2003, en el que se manifiesta que MERCK no tiene ninguna obligación hacia NIFA.
- Original de carta suscrita por Jacob Harel, de 29 de enero de 2003, mediante la cual se indica que las negociaciones para la venta de la planta habían finalizado.
- Original de fax suscrito por Miguel García, de 31 de enero de 2003, dirigido a Jacob Harel, mediante el cual se deja en claro que NIFA no puede ser obligada a que se abstenga de manufacturar productos genéricos.
- Original de fax suscrito por Miguel García de 10 de febrero de 2003, dirigido a Raymond Gilmartin, mediante el cual se explica la posición de NIFA y los graves daños ocasionados, por cuanto se dejó de lado el proyecto de ampliación de la planta de NIFA.
- Original de fax suscrito por Miguel García de 14 de febrero de 2003, dirigida a Raymond Gilmartin, mediante el cual se solicita se responda la correspondencia previamente enviada mediante fax de 10 de febrero de 2003.
- Incorpora en 561 fojas la transcripción del CD que contiene soporte informático de las comunicaciones cursadas entre los diferentes personeros de Staubach Spanish Américas & Caribbean Holdings Inc, de Merck Sharp & Domhe y de la Industria Farmacéutica S.A., relativas a la negociación para la adquisición de la planta industrial.
- Incorpora al proceso en 135 fojas y CD que contiene el soporte informático de las comunicaciones cursadas entre Staubach Spanish Américas & Caribbean Holdings Inc, de Merck Sharp & Domhe y de la Industria Farmacéutica S.A., relativas a la negociación para la adquisición de la planta industrial.
- Incorpora al proceso en 5 fojas útiles y CD que contiene el soporte informático de las estadísticas preparadas por IMS, relativas al mercado farmacéutico de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú,

Uruguay y Venezuela, que desglosa el mercado total de productos y el mercado de productos genéricos.

- Se incorpora al proceso copias certificadas del proyecto de compra de las instalaciones y que sirvió de base para que NIFA pudiera tener el financiamiento para la adquisición de la planta.
- Incorpora al proceso copias certificadas del contrato de crédito No. CIFM001198002CLPA, celebrado entre el Consorcio Financiero San Nicolás S.A. y NIFA S.A.
- Incorpora al proceso copia certificada de la oferta No. 1662/E, realizada por G.M.P., Good Manufacturing Practices S.A., que contiene el anteproyecto para la realización de una planta de betalactámicos según normas G.M.P., de 1 de junio de 2001.
- Incorpora copia certificada de la oferta orientativa M16100 de 2 de enero de 2004, presentada a NIFA S.A. por Marcofarm Sterile Doping para la adquisición de maquinarias, equipos para la NIFA S.A.
- Incorpora al proceso copia certificada de la oferta presentada a NIFA S.A, por Saymel Maquinarias e Insumos Industriales, mediante oficio UIO-184/04 de 11 de marzo de 2004, mediante la cual se cotiza maquinarias y equipos para NIFA S.A.
- Incorpora al proceso original de carta suscrita por Ernesta Bello, de 10 de mayo de 2002 y sus anexos, mediante la cual MERCK remitió a NIFA, información sobre productos y equipos que se encontraban en la planta y los planos de ésta.
- Incorpora al proceso los planos del proyecto de ampliación de la planta industrial de NIFA.
- Incorpora al proceso copias certificadas de unas hojas del libro titulado: “Fundamentos de Farmacología Médica” del doctor Edgar Samaniego y copias certificadas del libro del doctor Edgar Samaniego, titulado el “*Discurso Médico*”.

- Adjunta fotocopias de la escritura pública de la constitución de la empresa Staubach Spanish Américas and Caribbean Holdings Inc., sociedad anónima panameña con domicilio en la ciudad de Panamá, independiente de Staubach Tie Leung, compañía domiciliada en la ciudad de Dallas; fotocopias de la escritura pública de constitución de Staubach Corporate Property Services (Panamá) S.A. y de la escritura aclaratoria del nombre de la sociedad, sociedad anónima de nacionalidad panameña, cuyo domicilio se encontraba en la ciudad de Panamá; del registro comercial tipo A de Staubch Corporate Property Service; del contrato de trabajo de Edgardo Jaén; del memorando que Havey Rason envió a Edgardo Jaén a la finalización del año 2012; de la carta de renuncia a sus funciones que presentara, Edgardo Jaén, quien laboró para Staubach Corporate entre el 1 de noviembre de 2001 y 31 de enero de 2003 y de la liquidación que se realizó por la finalización de la relación laboral.

Prueba de la parte demandada

- La parte demandada solicita que se reproduzca todo cuanto de autos fuera favorable, se agrega un convenio de confidencialidad celebrado el 4 de mayo de 2012, entre MERCK y NIFA S.A., en el cual se advierte que no se podrá divulgar la información que las partes se proporcionen, como planes estratégicos y comerciales, las cifras del desempeño financiero, las proyecciones financieras. “Cualquiera (sic) tal información divulgada por el Comprador a MSD o por MSD al comprador, según sea el caso”. En la cláusula sexta se señala que: “Nada del o contenido en este Convenio, o en cualquier discusión llevada a cabo o las revelaciones hechas de conformidad con el presente, será interpretado como un compromiso por parte del Comprador, por un lado, o de MSD, por el otro, para comprometerse entre sí en cualquier relación comercial, contrato o trato futuro”.
- De este convenio claramente se evidencia que MERCK y NIFA se encontraban

realizando negociaciones, en que incluso se comprometía información confidencial, tal convenio, por cierto, ni la cláusula en mención de manera alguna libera a las partes negociantes abandonar la lealtad y la buena fe con que debían actuar, y menos aún a desviar la reserva sobre la información hecha conocer.

- Se agrega correo electrónico de fecha 3 de octubre del 2002, remitido al señor Miguel García, en el cual consta que NIFA S.A. ha realizado su oferta por la cantidad de 1.5 millones de dólares, y que MERCK busca llegar a un acuerdo definitivo.
- Se agrega sumario de reunión entre MERCK y NIFA, llevada a cabo en Panamá, el 20 de noviembre de 2002, en que se señala que las partes celebrarán solamente un contrato en el que se listarán los valores del terreno, edificios, el equipo, y se indica que hasta que NIFA disponga de los fondos la planta permanecerá en poder de MERCK, por el periodo marzo del 2003, es decir se realizan tratos previos entre las partes, sin embargo de esto, MERCK vuelve a señalar que esta carta no es obligatoria para las partes en nada de lo antedicho, hasta que se firme una carta de intención o un contrato.
- Agrega correo electrónico de fecha 26 de noviembre de 2002, remitido por Miguel García al señor Jaén, en que se indica: “Por medio de la presente me permito comunicar mi aceptación a la conversado (sic) en Panamá con el Sr. J. Harel, Sr. Ortiz y E. Jaen”.
- Agrega comunicación dirigida al señor García por Jacob Harel de fecha 29 de enero del 2003, en que se indica que se da por confirmada la terminación de las discusiones en relación con la venta de la planta de fabricación en Quito.
- Agrega comunicación de 25 de febrero de 2003 dirigida a Miguel García en el que se señala que no existe obligaciones entre las partes con respecto de la venta de la planta a menos o hasta que se llegue a un acuerdo definitivo entre las partes.
- Incorpora memo de 14 de mayo de 2002 y correos electrónicos del mismo mes y año, en que consta que la señora Anne Usher fue retirada de la cuenta de MERCK

y remplazada por el señor Edgardo Jaén.

- Incorpora al proceso correo electrónico de 29 de junio de 2004, donde consta que la señora Anne Usher no puede utilizar de Staubach y no tiene facultad alguna para firmar o declarar que mantiene relación alguna con Staubach.
- Incorpora al proceso original de la carta de 29 de junio de 2004.

Otras pruebas

- Se ha realizado una inspección judicial, el día 24 de agosto de 2004, con el fin de verificar las dimensiones y la capacidad de producción de la planta de NIFA, así como el proceso de investigación y desarrollo de los diferentes productos farmacéuticos y el número de productos farmacéuticos que se encontraban previos a la producción.
- La Superintendencia de Compañías, ha remitido los balances de NIFA desde 1975 al 2003.
- El 6 de septiembre de 2004, en las instalaciones de MERCK se realizó una inspección judicial.
- El Servicio de Rentas Internas, remite las declaraciones del impuesto a la renta de los ejercicios fiscales año 2003 y 2004 de NIFA.
- A fojas 4042 a 4050 consta el peritaje realizado por Mónica Haro de verificación del proceso de investigación y desarrollo de los productos farmacéuticos de laboratorios NIFA.
- El 25 de octubre de 2004 se agrega al proceso, peritaje contable realizado por Omar Herrera.
- Consta peritaje del ingeniero Ángel Calapi de la planta industrial de NIFA.
- Obra informe pericial realizado por Luis Tapia Arroyo, así como también su correspondiente aclaración.

- Consta del proceso informe de la traductora Ximena Aguinaga.
- El 12 de mayo de 2005, en las oficinas de NIFA, se realiza la inspección judicial de la contabilidad de la empresa.
- El 29 de agosto de 2005 comparece nuevamente Anee Usher Rason a fin de contestar las repreguntas realizadas por MERCK, diligencia en la cual se incorpora al proceso 34 fojas útiles referentes a la compañía Staubach.
- Consta en el proceso a fojas 5930 – 5947 el testimonio de Edgardo Jaén, el 18 de octubre de 2005.
- Figura a fojas 5950 el informe de Gustavo Rojas Aguirre, de la contabilidad de NIFA.
- Consta a fojas 6028 oficio de 5 de diciembre de 2005, suscrito por el ingeniero Juan Jaramillo, Gerente General de la Televisora Nacional Ecuavisa, en que se indica que no es posible la entrega del video solicitado de acuerdo a lo que establece el artículo 43 de la Ley de Radiodifusión.
- Obra a fojas 6030 oficio del doctor Víctor Cevallos, Secretario General de la Superintendencia de Compañías, mediante el cual remite los estados financieros de los ejercicios económicos de los años 2000, 2001, 2002 y 2003 de la empresa MERCK.
- Consta a fojas 6037 oficio suscrito por Andrés Fabián Villavicencio, Delegado Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, mediante el cual adjunta copias certificadas de las declaraciones del impuesto a la renta de MERCK de los años 2000-2003.

8.3. De la segunda instancia

El 4 de febrero de 2009, se llevó a cabo la Junta de Conciliación, sin que tampoco las partes lleguen a acuerdo alguno. Por lo tanto mediante decreto de 22 de mayo

de 2009 se abre la causa a prueba, por el término de diez días.

De la prueba de la parte actora

- Incorpora al proceso las 33 resoluciones de fijación de precios por autoridad competente.
- Agrega copias certificadas de las guías técnicas de buenas prácticas de manufactura.
- Agrega copias del Registro Oficial No. 486 de 19 de julio de 1994, en el que se publicó el Reglamento de Buenas Prácticas de Manufactura para la Industria Farmacéutica expedido por el Ministerio de Salud.
- Añade el Dataquest farma desde el año 2004 al 2008.
- Agrega copias certificadas de la publicación sobre el Mercado Farmacéutico del Ecuador, realizada por IMS Health A.G. –CHAM- Suiza por el año 2001-2008.
- Adiciona el original del estudio realizado por IMS Health Ecuador que en formato electrónico acompaña, conjuntamente con un resumen impreso con los resultados de dicho estudio, carta original mediante la cual dicho estudio fue entregado a NIFA y el original de la orden de compra, a través de la cual se contrató la realización del mismo.
- Agrega la nómina de accionistas de NIFA que se ha conferido por la Superintendencia de Compañías el 21 de mayo de 2009.
- Añade el certificado de cumplimiento de obligaciones y existencia legal y la nómina de socios de Garcos Cía. Ltda., conferidos por la Superintendencia de Compañías el 1 de julio de 2009 y el 21 de mayo de 2009, respectivamente.
- Agrega nómina de socios de MEDTEX Cía. Ltda., conferida por la Superintendencia de Compañías, 27 de mayo de 2009.

- Adiciona el certificado de normas particulares del predio de propiedad de Medtex Cía. Ltda., donde funciona la planta de NIFA S.A., otorgado por el Ilustre Municipio de Rumiñahui.
- Incorpora copia certificada de la primera copia de la escritura de compraventa del lote de terreno donde funciona la fábrica de NIFA S.A.
- Anexa la impresión de correos electrónicos enviados a Anne Usher por Miguel García, por Anne Usher a Gerry Younce y Jill Gambino y la contestación de este último a Anne Usher.
- Añade al proceso las impresiones de 66 correos electrónicos cursados entre participantes del Proyecto Beagle, mediante los cuales se convocan a 66 teleconferencias para tratar asuntos relacionados con dicho proyecto.
- Agrega copias certificadas en 227 fojas, varios registros sanitarios obtenidos por NIFA S.A.
- Incorpora copias de los recortes de prensa del diario “El Comercio” de la ciudad de Quito del 18 y 20 de marzo de 2003, y del diario “El Universo” de 31 de marzo de 2003 de los cuales aparece que MERCK fue demandada por espionaje industrial.
- Añade al proceso copia certificada de la cuarta copia de la escritura de compraventa del terreno que fuere de propiedad de NIFA a favor de Venus S.A.
- Agrega al proceso listado del personal activo de NIFA y de Garcos, del cual se desprende que las dos compañías en el año 2002, tenían un total de 126 empleados y funcionarios.
- Incorpora al proceso el acta de constatación notarial de la página web www.merck.com/newsroom/fact_sheet/index_print.html
- Anexa al proceso el acta de constatación notarial de la página web

www.medicentro.com.co/OBSERVAMED/Rofecoxib-lista.htm

- Incorpora al proceso acta de constatación notarial de la página web www.msd-brazil.com/msdbrazil/corporate/about/br_no_brasil
- Incorpora al proceso acta de constatación notarial de la página web www.msd.com.mex/msdmexico/corporate/about/mx_actualidad
- Agrega al proceso acta de constatación notarial de la página web www.merck.com/about/diversity/employee_diversity/index.html

De la prueba de la parte demandada

- Agrega al proceso certificado de gravámenes del predio donde funciona la planta industrial de NIFA.
- Añade reportes de la compañía IMS, correspondientes al período 1997-2008.
- Adiciona reporte de la compañía DATAQUEST periodo 1997-2008.
- Agrega copias certificadas de los balances de la compañía NIFA, otorgados por la compañía Indicador Premium, 1996-2006.
- Anexa original de movimiento migratorio de Miguel García.
- Agrega comunicación enviada por Alejandro Ponce Martínez de 2 de diciembre de 2002.
- Incorpora correos electrónicos con su respectiva traducción y soporte informático:
 - De 1 de octubre de 2001, remitido por Frank Painter, en el cual MERCK definió la estrategia de venta de la planta industrial.
 - De 8 de febrero de 2011, remitido por Fanny Corral, funcionaria de

MERCK con el que adjunta la comunicación de Doris Pienknagura, Directora de Operaciones Andinas/ Chile, anunciando el cierre de las operaciones de fabricación y empacamiento en el Ecuador para fines del año 2000.

- De 13 de febrero de 2002, enviado por Jacob Harel a Richard Trent y otros en el cual se hace un resumen de la teleconferencia llevada a cabo en la fecha referida, indicando que el anuncio del cierre de la planta industrial ya se había realizado a los empleados locales, funcionarios gubernamentales, comunidad médica y medios de comunicación social.
- De 26 de febrero de 2002, en el cual Doris Pienknagura, indica que se ha distribuido invitaciones para la compra de la planta industrial.
- De 26 de febrero de 2002, en el cual se acompaña el Memo de Jacob Harel, por el que se anunciaba que la planta industrial de MERCK se cerraría hasta finales de 2002.
- De 13 de marzo de 2002, enviado por María Barriga a Jacob Harel y Patrick Bore al cual adjunta el informe de las visitas efectuadas por Ecuquímica, Nifa y Chalver, a la planta de MERCK.
- De 2 de mayo de 2002 y que fue remitido por Edgardo Jaén del grupo de trabajo, para informales del material de comercialización que fue producido por Staubach Tie Leung para la promoción de la planta industrial de MERCK.
- De 13 de mayo de 2002, enviado por Patrick Bore a Jacob Harel en el que se acompaña el formato de convenio de confidencialidad a ser utilizado por MERCK, en el proyecto “Balzac”.
- De 14 de mayo de 2002, remitido por Jill Gambino en el que anexa un resumen de la reunión mantenida con un funcionario de MERCK de un día anterior.

- De 14 de mayo de 2002, remitido por María Lorena Barriga a Doris Pienknagura, Jacob Harel y otros, en el que adjunta el informe de la segunda visita, efectuada por NIFA.
- De 20 y 23 de mayo de 2002, por medio de los cuales el grupo de trabajo cruzó información sobre los productos y equipos ofrecidos en venta.
- De 30 de mayo de 2002, remitido por Edgardo Jaén a Gerry Younce y otros, mediante el cual se establece que MERCK buscaba posibles compradores en Colombia.
- De 3 y 12 de junio de 2002, así como el remitido el 30 de mayo de 2002, por Ernesta Bello, en el que comunica al grupo de trabajo, que no se realizará la compra de la planta.
- De 1 de julio de 2002, remitido por Fanny Corral, en el que adjunta la versión en inglés de la carta remitida por Miguel García.
- De 17 de julio de 2002, en el cual el equipo de trabajo de MERCK analizó la modificación de la oferta original de Miguel García a la suma de USD 950.000,00 como precio de compra de la planta de MERCK.
- De 2 de agosto de 2002, enviado por María Barriga a Jacob Harel y otros, en el cual se asocia el informe de la visita efectuada por la compañía CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACÉUTICA S.A. a la planta de MERCK.
- De 8 de agosto de 2002, entre Edgardo Harel y grupo de trabajo, en el que se adjunta la comunicación de Miguel García de esta fecha, en que indica cuales serían las remodelaciones que debía recibir la planta a ser adquirida y oferta la cantidad de USD 1.150.000,00.
- De 27 y 28 de agosto de 2002, enviado por Miguel García a

Edgardo Jaén, en el que se aumenta la oferta a USD 1.200.000,00.

- De 5 de septiembre de 2002, mediante el cual María Barriga, funcionaria de MERCK, informa al grupo de trabajo que el día anterior “CIFSA”, visitó la planta industrial y que estaba programando otra visita para el siguiente día.
- De 5 y 11 de septiembre de 2002, en los que Ernesta Bello, remite al grupo de trabajo el resumen de la visita efectuada el 9 de septiembre de 2002 por la compañía CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACÉUTICA S.A.
- De 12 de septiembre de 2002, en el que se relata que el señor Hans Steiner, manifestó que las instalaciones de MERCK no cumplían con los requerimientos de Ecuaquímica y que el precio tope que la compañía estaría en capacidad de pagar por el terreno y los edificios por USD 900.000,00.
- De 19 de septiembre de 2002, enviado por María Barriga a Jacob Harel y otros, informándoles sobre la visita efectuado por AVON.
- De 23 de septiembre de 2002, remitido por Miguel García a Doris Pienknagura, indicándole que ratificaba la oferta de compra de las instalaciones de MERCK, por el valor de USD 1.400.000,00, así como el correo electrónico remitido en esa misma fecha por Doris Pienknagura al grupo de trabajo informándoles que el día viernes se había reunido con las partes interesadas en compra la planta: CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACÉUTICA S.A. y NIFA.
- De 23 de septiembre de 2002, enviado por Edgardo Jaén para informar al grupo de trabajo sobre las reuniones mantenidas con CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACÉUTICA S.A. y NIFA.
- De 26 de septiembre de 2002, remitido por Edgardo Jaén, en el que adjunta la oferta final de Miguel García de USD 1.500.000,00.

- De 3 de octubre de 2002, remitido por Edgardo Jaén a Miguel García, informándole que acusa recibo de su oferta.
- De 28 de octubre de 2002, mediante el cual Geral Younce indica a Anne Usher que no puede contactarse con el cliente. (MERCK).
- De 5 de noviembre de 2002, enviado por Edgardo Jaén a Richard Trent, en el que relata los esfuerzos de Staubach para ayudar a Miguel García a conseguir financiamiento para la adquisición de la planta industrial.
- De 26 de noviembre de 2002, mediante el cual Héctor Tejada informa a Jacob Harel que MERCK se había enterado que NIFA había recibido aprobación para las copias de Vioxx.
- De 26 de noviembre de 2002, mediante el cual Miguel García manifestó su aceptación de lo conversado en Panamá.
- De 10 de enero de 2003, dirigido por Doris Pienknagura a Miguel García, a través del cual se le expresó a García la gran preocupación que significa para MSD la copia de los productos de MERCK por parte de NIFA y le pide programar una reunión para hablar directamente con él.
- De 17 de enero de 2003, por parte de Jacob Harel a Edgardo Jaén, en el que indica que está planeando ir a Quito para finalizar el trato con el señor García; así como la respuesta de Edgardo Jaén constante en el correo electrónico de esa misma fecha, en el que indica que ha mantenido una conversación telefónica con el ejecutivo de CIF, que estaba encargado del trámite de solicitud de NIFA, el mismo que había confirmado la existencia de un contrato entre NIFA y CIF.
- De 22 de julio de 2003, mediante el cual Doris Pienknagura notifica

que al día siguiente se produciría la venta de las instalaciones de MERCK a ECUAQUIMICA.

- Fax remitido a Edgardo Jaén por el señor Hans Steinter, Gerente de Ecuaquímica, de 13 de agosto de 2002, mediante el cual manifestó que Ecuaquímica no tenía interés alguno en adquirir la maquinaria, que MERCK ofrecía en venta, ni comprar patentes o marcas.
- Se agrega al proceso con su respectiva traducción lo siguiente:
 - Memorando de 11 de diciembre de 2001, de Jacob Harel.
 - Memorando de 15 de enero de 2002 enviado por Jacob Harel, mediante el cual comunicó al grupo de trabajo que el anuncio sobre el cierre de las instalaciones se había pospuesto para la semana del 4 de febrero, por motivos políticos y económicos.
 - Memorando de 22 de mayo de 2002, de Gerald Younce para Jacob Harel y otros mediante el cual se indica que se suministró al grupo de mercadeo de DTZ en Europa y Asia los detalles con respecto a la instrucción de vender la planta de MERCK.
 - Documento denominado “Minuta-Teleconferencia” de 2 de julio de 2002, asunto: propuesta de NIFA sobre la planta de MERCK Los Chillos.
 - Memorando de 22 de enero de 2003, elaborado por Jacob Harel, en el cual se dejó constancia que la terminación de la negociación de la venta de la planta industrial de MERCK, se debió a que NIFA por intermedio de Miguel García lo decidió así unilateralmente.
- Copia certificada del título del registro de la patente denominada COMPOSICIONES PARA UN TRATAMIENTO DE UNA SOLA VEZ AL DÍA DE ENFERMEDADES EN LAS QUE INTERVIENE LA CICLO OXIGENASA-2.

- Copia certificada del título de registro de la patente denominada PIRIDINAS SUSTITUIDAS COMO INHIBIDORES SELECTIVOS DE CICLO OXIGENSA -2.
- Copia certificada del contrato de venta de la planta industrial suscrito entre MERCK e Inmobiliaria HELVETIA C.A.
- Publicación efectuada en el diario El Comercio, el 12 de febrero de 2009, Pág. 20, titulada “Darwin ideó su teoría en el BEAGLE”, y la publicación que con su debida traducción fue preparada por el National Geographic.
- Dos copias certificadas del uso de suelo de mediano impacto industrial de la ciudad de Quito, correspondiente al año 2003, así como la certificación otorgada por la Dirección Metropolitana de Planificación Territorial y Servicios Públicos de Quito.
- Copia certificada del plano del uso del suelo del cantón Rumiñahui, publicado en el Registro Oficial de 15 de mayo de 2003 y que tiene una vigencia de 20 años.
- Copias certificadas de publicaciones de prensa que dan cuenta que 13 naves industriales estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003.
- Copias certificadas de publicaciones de prensa que dan cuenta que 33 terrenos estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003.
- Copia certificadas de publicaciones de prensa en la que constan que 27 bodegas estuvieron disponibles para la venta en los 2002 y 2003.
- Copias certificadas de anuncios de prensa que dan cuenta que 150 galpones estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003.
- Copias certificadas de un anuncio de prensa en la que consta que una nave industrial estuvo disponible para arriendo en el año 2003.

- Copia certificada de la solicitud de registro de la marca FEXIL-ROCO de 31 de enero de 2002 y el título de registro otorgado bajo el número 24380 de 11 de agosto de 2003 a favor de Miguel García.
- Demanda de providencias preventivas presentadas el 25 de octubre de 2002, por Merck & Co. Inc. Y Merck Frosst Canadá Inc., en contra de las compañías Pharmabrand S.A. y Farmacid S.A., destinada a evitar el ingreso a los circuitos comerciales del producto denominado COXIB 25, por reproducir el producto BIOXX, cubierto por la patente otorgada a las compañías MERCK.
- Demanda presentada por la compañía Merck & Co. Inc. Y Merck Frosst Canadá de 27 de agosto de 2003, en contra de las compañías Pharmabrand S.A. y Farmacid S.A., para exigir la declaratoria de que los actos llevados a cabo por la demanda fueron violatorios de los derechos de propiedad intelectual que las compañías Merck tienen sobre el invento denominado COMPOSICIONES PARA UN TRATAMIENTO DE UNA SOLA VEZ AL DÍA ENFERMEDADES EN LA QUE INTERVIENE LA CILCIO OXGENANSA-2.
- Comunicación dirigida por Alejandro Ponce al gerente general de RICHARD O' CUSTER S.A., el 29 de julio del 2003, mediante el cual se solicitó a dicha compañía que se abstuviera de comercializar el producto RAMBAXY Rofibax (ROFECOBIX) 25 mg y 50 mg por constituir una violación a los derechos que las compañías Merck & Co. Inc. y Merck Frosst Canadá tienen sobre la patente COMPOSICIONES PARA UN TRATAMIENTO DE UNA SOLA VEZ AL DÍA ENFERMEDADES EN LA QUE INTERVIENE LA CILCIO OXGENANSA-2.
- Demanda de providencias preventivas, interpuesta por Merck & Co. Inc. Y Merck Frosst Canadá, el 19 de noviembre de 2002, en contra de la compañía GRUFARQUIMICAS S.A. con el fin de evitar el ingreso a los circuitos comerciales y la comercialización del producto ROFECOXIB MK

de 12,5 mg, tabletas y general toda actividad ilícita que atente contra los derechos de propiedad intelectual de las actoras, sobre la patente de Vioxx.

- Certificados de gravámenes en el que consta la transferencia de dominio de la planta industrial que fuera de propiedad de Nestlé Ecuador S.A. a favor de la compañía inmobiliaria Diamante Inmodiamante S.A., perfeccionada mediante escritura pública de 14 de octubre de 2005, inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Quito, el 13 de diciembre de 2005.
- Copias certificadas del proyecto de Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia signada con el número 22-641 y la copia certificada del veto total del entonces Vicepresidente de la República en ejercicio de la Presidencia, Ing. Pedro Pinto.
- Diligencia notarial de constatación de la página web: www.chemindustry.com/chemicals/598501.html, efectuada por el Notario Cuadragésimo del cantón Quito.
- Copia certificada de la publicación de la solicitud de registro de la patente denominada COMPOSICIONES PARA UN TRATAMIENTO DE UNA SOLA VEZ DE ENFERMEDADES EN LAS QUE INTERVIENE LA CICLO OXIGENAZA-2.
- Se incorpora copias certificadas de las estadísticas de inflación del año 2000 a 2008, según información estadística mensual de la Dirección General de Estudios del Banco Central del Ecuador.
- Agrega copias certificadas de los índices de precios del productor desde el año 2000 a 2008, según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.
- Agrega copias certificadas de los índices correspondientes al año 2007, elaborados por la Dirección de Estudios Económicos Societarios de la Superintendencia de Compañías, con respecto a las industrias manufactureras.

- Agrega protocolización del acta de la diligencia notarial de constatación de direcciones electrónicas realizadas por el doctor Oswaldo Mejía, Notario Cuadragésimo del cantón Quito, de 2 de junio de 2009.
- Agrega copias certificadas de los reportes de la compañía IMS con respecto a las ventas del mercado farmacéutico ecuatoriano en los segmentos terapéuticos.
- Agrega copias certificadas de la información otorgada por la empresas de manifiestos, en los cuales constan las importaciones nacionalizadas efectuadas por NIFA S.A., en los años 2000 a 2008, las mismas que acompaña con archivo magnético.
- Agrega la opinión suscrita por el economista Walter Spurrier en el que analiza el supuesto Plan de Negocios, jamás entregado a MERCK, ni conocido por éste.
- Agrega al proceso opinión de Rolf Stern, experto internacional en análisis de daños y perjuicios.
- Agrega opinión del doctor Luis José Diez Canseco, experto internacional en materia de derecho de la competencia y autor de varias leyes sobre la materia.
- Agrega copias certificadas del informe de regularización de construcciones otorgado por el Municipio del cantón Rumiñahui, junto con las copias certificadas de los planos aprobados.
- Agrega copia certificada de la escritura pública de la compraventa otorgada el 22 de mayo de 2003 por NIFA a favor de la compañía Venus S.A., ante el Notario Vigésimo Noveno del cantón Quito, doctor Rodrigo Salgado Valdez, inscrita en el Registro de la Propiedad el 2 de junio de 2003.
- Agrega informe de regulación metropolitana relativa al predio que actualmente pertenece a la compañía Venus S.A.

- Agrega fotografías tomadas a la planta de propiedad de Venus S.A.
- Agrega 18 copias certificadas de 18 casos tramitados ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

Otras pruebas

- El 26 de mayo de 2009, se ha receptado el testimonio de Norman Espinel Vargas, quien da fe de que entre los años 2002 y 2003, existieron en venta varias plantas industriales.
- El 28 de mayo de 2009, se ha receptado el testimonio de Nelson Bonilla, trabajador de MERCK, quien da testimonio de la comercialización del medicamento VIOXX
- El 2 de junio de 2009, comparece Blanca Solís, trabajadora de MERCK, quien es química farmacéutica, quien da testimonio de la comercialización del medicamento VIOXX.
- El 4 de junio d 2009, comparece Débora Doris Berta Beitch Nimelman, conocida como Dorios Pienknagura, quien fue miembro del equipo de negociación para la venta de la planta y quien testificó acerca de las negociaciones realizadas entre NIFA y además sobre los aspectos comerciales del medicamento ROFECOXIB.
- Consta oficio remitido por el Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios y Medicamentos de Uso Humano, en el que se adjuntan 14 notificaciones de precios por los cuales se fijaron los precios a NIFA S.A.
- Oficio de la Superintendencia de Compañías mediante el cual se adjunta los estados financieros de MERCK de los años 2007 y 2008.
- Oficio de la Superintendencia de Compañías de 15 de julio de 2009, mediante el cual se remite información de NIFA S.A. y de MEDTEX

Cia. Ltda.

- Oficio del Servicio de Rentas Internas, mediante el cual se adjunta declaraciones del impuesto a la renta de NIFA S.A. desde el 2000 hasta el 2009.
- Oficio del Ministerio de Salud, de 13 de agosto de 2009, mediante el cual anexa los archivos de importaciones de Rofecoxib.
- Oficio del Ministerio de Salud Pública, mediante el cual anexa la primera autorización previa para la importación de Rofecoxib por parte de NIFA S.A.
- Oficio del Ministerio de Salud Pública, mediante el cual se anexa la primera autorización previa para la importación de Rofecoxib por parte de NIFA S.A.
- El 10 de septiembre de 2009, se realizó una inspección judicial a la planta industrial de NIFA. S.A.
- Oficio de Korn Ferry International, de 25 de septiembre de 2009, suscrito por Andrés Gaviria.
- Oficio de Adeco de 2 de octubre de 2009, suscrito por José Toral.
- Oficio de Manpower, de 30 de septiembre de 2009, en el que se señala que Manpower no ha brindado servicio alguno a MERCK, durante los años 2001 – 2003.
- Oficio de Deloitte & Touche Ecuador Cía. Ltda., mediante el cual señala que no posee la información solicitada.
- Se ha incorporado al proceso copias certificadas del juicio de daños y perjuicios No. 477-2009, que por quebrantamiento de leyes expresas sigue Merck en contra de Victoria Chang-Huang de Rodríguez, Jueza Suplente Segunda de lo Civil de Pichincha y en contra del abogado

Ricardo López Arauz.

- Se incorpora el testimonio de María Lacerca, rendido ante al Consulado del Ecuador en Washington.
- Se incorpora al proceso informe de la perito traductora Olga González.
- Oficio del Juzgado Duocédimo de lo Civil de Pichincha, en el que remite copias certificadas del juicio 742-2005-RE, iniciado por Industrial Farmacéutica de Investigación contra NIFA S.A.
- Informe del perito Manuel Silva.
- Testimonio de Luis Ortiz, empleado de MERCK, de 23 de noviembre de 2009, rendido ante el Consulado de Ecuador en México.
- Oficio del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez, en el cual se indica que NIFA adjuntó muestras del producto a ls solicitudes de registro de FEXIL y/o ROFECOXIB.
- Se agrega análisis de derecho de la competencia desleal y libre competencia en el juicio No. 421-2008-LV, elaborado por Ignacio De León, el 12 de febrero de 2010.
- Declaración de Ernesta Bello, recibida en el Consulado de Ecuador en Washington, trabajadora de Merck, quien era Directora de la fábrica de MERCK en el Valle de los Chillos.
- Oficio del Servicio de Rentas Internas de 26 de febrero de 2010, mediante el cual se señala que no es factible atender la petición solicitada por Merck en la etapa de prueba.
- Oficio del Banco Central del Ecuador, de 3 de marzo de 2010, en que indica que no es factible atender la petición solicitada por Merck en la etapa correspondiente.

- Oficio del Ministerio de Relaciones Laborales, de 16 de diciembre de 2010.
- Oficio del Ministerio de Industrias y Productividad, de 20 de diciembre de 2010.
- Oficio del Banco de Loja de fecha 21 de diciembre de 2010.
- Oficio de la Superintendencia de Bancos y Seguros, 30 de diciembre de 2010.
- Oficio del Ministerio de Industrias y Productividad, de 30 de diciembre de 2010.
- Oficio del Citybank, de 4 de enero de 2011.
- Oficio del Banco del Pichincha, de 28 de diciembre de 2010.
- Oficio del Banco Cofiec, de 10 de enero de 2011.
- Oficio del Banco de Loja, de 4 de marzo de 2011.
- Oficio de la Dirección Provincial de Pichincha, de 10 de marzo de 2011.
- Oficio del Banco Internacional, de 21 de abril de 2011.
- Se agrega informe de la doctora Martha Lincango realizado en la planta de NIFA.
- Peritaje informático de Jorge Calderón.
- Testimonio de Richard John Trent, miembro del equipo al que se le pidió vender la planta, rendido en el Consulado Ecuatoriano en New Jersey, el día 16 de abril de 2010.
- Testimonio de Jacob Harel, rendido en el Consulado Ecuatoriano en

New Jersey, el 16 de abril de 2010.

- Testimonio de Rolf Stern, el día 29 de octubre de 2010.
- Testimonio de David Sperber Vilhem.
- Informe pericial del doctor José García Cevallos, de 4 de febrero de 2011.
- Informe pericial de Cristian Cabrera.
- Informe pericial de Carlos Guerra Román.

NOVENO.- VALORACIÓN PROBATORIA

Este Tribunal de Casación ha examinado y estudiado cada una de las pruebas aportadas por las partes en el proceso, de las cuales se desprende:

9.1. Que las publicaciones en periódicos y revistas, constituyen referencias u opiniones respecto a ciertas circunstancias, sujetas a la subjetividad del editor, por lo tanto, en nada aportan al proceso y, conforme lo prescrito por el artículo 117 del Código Procesal Civil no son tomadas en cuenta por este Tribunal.⁶⁹ Las publicaciones en medios periodísticos sólo son un registro mediático sobre ciertos acontecimientos pero no son prueba suficiente, así, tampoco pueden determinar responsabilidad, pues las únicas pruebas que pueden aportar al proceso para establecerla, son aquellas aportadas, producidas en el

⁶⁹ . Original de MSD WORD, Third Quarter 2003, en que se encuentra la publicación titulada “*Latin American Strategy Moves Forward*”; revista Vistazo No. 882, en la que consta un artículo titulado “Entre el remedio y la enfermedad”; Diario El Comercio, edición No. 36209, de 17 de abril de 2004; ejemplar de la edición del diario La Hora, de 18 de abril de 2004, donde consta el artículo titulado “Laboratorios denuncian golpe a la salud y al comercio”, en donde se relata la campaña contra las compañías que producen genéricos por parte de las transnacionales; boletín de prensa, que sintetiza el taller titulado “Taller para Periodistas ¿ES UNA COPIA IGUAL A UN ORIGINAL?”, realizado el 14 de abril de 2004; Guía Farmacéutica publicada por Edifarm y Cia., donde consta un reporta titulado “El acceso a los medicamentos en debate”; artículo titulado “Otra vez los genéricos”, del doctor Plutarco Naranjo, publicado por el Diario el Universo, el 10 de enero de 1999; copia certificada de la publicación de MERCK, que hace propaganda de su medicamento Fosamax, titulado “Medicamento original, genérico y copia: Un compendio”; recortes de prensa del diario “El Comercio” de la ciudad de Quito del 18 y 20 de marzo de 2003, y del diario “El Universo” de 31 de marzo de 2003 de los cuales aparece que MERCK fue demandada por espionaje industrial; publicación efectuada en el diario El Comercio, el 12 de febrero de 2009, Pág. 20, titulada “Darwin ideó su teoría en el BEAGLE”, y la publicación que con su debida traducción fue preparada por el National Geographic.

mismo⁷⁰ y su eficacia dependerá de la relación directa con otras pruebas, como enseña Taruffo “Se puede decir que un hecho es verdadero sólo cuando se prueba sobre la base de los medios de prueba, y se prueba sólo cuando su verdad se funda en ellos.”⁷¹ Tampoco se toma en consideración, por tanto no se acepta las pruebas testimoniales de los empleados de MERCK, las relaciones laborales mantenidas con ésta restan credibilidad, por ello el artículo 208 del Código Procesal Civil determina que para ser testigo idóneo se necesita de conocimiento e imparcialidad, es verdad que el juez puede fundar su fallo en la declaración de testigos que no reúnan las condiciones determinadas en este artículo, sin embargo, este Tribunal, considera que las declaraciones de empleados dependientes de MERCK que además llevaron a cabo las negociaciones, no pueden ser imparciales, primero por su condición de depender laboralmente de la empresa para la cual aportan la prueba y luego porque defenderán su propio trabajo como es lógico⁷². En este sentido, para la apreciación de la prueba testimonial el artículo 207 del referido cuerpo legal prescribe que: “Las juezas y jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurren.”

9.2. Lo que sí constituye prueba es la carta suscrita por la ingeniera Ana Barahona, Subgerente General de NIFA. S.A., de fecha 25 de febrero de 2002, mediante la cual se evidencia formalmente el inicio de negociaciones entre MERCK y NIFA, es decir, una serie de tratos previos, concebidas como las iniciales aproximaciones de un eventual interesado en celebrar un contrato quedando preparado el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligados, como lo concibe Stiglitz citado por Jorge Oviedo Albán como aquellos “... diálogos preliminares que, en el inter comercial, se ubican en una etapa de perfeccionamiento del contrato”⁷³, hecho que jamás ha sido negado por

⁷⁰ Art. 117 C. P. C. “Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio”.

⁷¹ Michele Taruffo, Teoría de la Prueba, Ara Ediciones, Lima Perú, 2012. Pág. 36.

⁷² Código de Procedimiento Civil: Art. 216.- Por falta de imparcialidad no son testigos idóneos: 1. Los ascendientes por sus descendientes, ni éstos por aquéllos; 2. Los parientes por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; 3. Los compadres entre sí, los padrinos por el ahijado o viceversa; 4. Los cónyuges o convivientes en unión de hecho entre sí; 5. El interesado en la causa o en otra semejante; 6. El dependiente por la persona de quien dependa o le alimente;

⁷³ STIGLITZ, Tratos Preliminares y Responsabilidad precontractual, Revistas, Bogotá Colombia No 115: 83-116, enero-junio de 2008, pág. 87

ninguna de las partes, lo que lo convierte en un hecho cierto al ser un elemento de prueba positivo. No cabe duda que entre la compañía actora y la compañía demandada se realizaron varias negociaciones, buscando el camino para llegar a la culminación de un contrato entre las partes, en este caso la venta de la planta industrial de propiedad de MERCK, que por lo menos así NIFA hoy PROPHAR S. A. lo esperaba.⁷⁴

9.3 Claramente se puede evidenciar de la prueba aportada en el proceso, que NIFA hoy PROPHAR S. A. tenía una alta expectativa, respecto a la compra de la planta industrial ofrecida por MERCK, esta perspectiva o confianza no estaba supeditada a la compra de otros bienes inmuebles, resulta irrelevante⁷⁵ que hayan existido varios inmuebles en venta a la misma época en que MERCK y NIFA negociaban la posible compra venta de la planta de propiedad de MERCK, ya que el interés y las negociaciones estaban encaminadas hacia un solo objetivo, al punto que NIFA S.A. hoy PROPHAR S. A. a través del señor

⁷⁴ Fax de fecha 9 de abril de 2004, suscrito por Luis Eduardo Ortiz y Ernesta Bello, personeros de MERCK, mediante la cual informaban el valor de la planta industrial y que Staubach sería la compañía que serviría de enlace con los posibles compradores; fax de 24 de abril de 2002, suscrito por Otto Nassar, personero de Staubach, en el que invitaba a NIFA S.A. a comunicarse para continuar las negociaciones para la adquisición de la planta industrial de propiedad de MERCK; Fax, suscrito por Otto Nassar, de 31 de mayo de 2002, mediante el cual se informa que Edgardo Jaén se incorpora al equipo negociador de Staubach; carta suscrita por María Romero, mediante la cual se envió fotocopia de la carta de pago del impuesto predial y de la escritura de adquisición del terreno propiedad de MERCK; carta suscrita por Miguel García de 3 de enero de 2003, en que NIFA se compromete con MERCK a no manufacturar ningún genérico ROFECOXIB, mientras se encuentre protegido por la correspondiente patente.

⁷⁵ Informe del perito Manuel Silva; testimonio de Norman Espinel Vargas, quien da fe de que entre los años 2002 y 2003, existieron en venta varias plantas industriales. Copias certificadas de publicaciones de prensa que dan cuenta que 13 naves industriales estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copias certificadas de publicaciones de prensa que dan cuenta que 33 terrenos estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copia certificadas de publicaciones de prensa en la que constan que 27 bodegas estuvieron disponibles para la venta en los 2002 y 2003. Copias certificadas de anuncios de prensa que dan cuenta que 150 galpones estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copias certificadas de un anuncio de prensa en la que consta que una nave industrial estuvo disponible para arriendo en el año 2003.

García realizó varias ofertas⁷⁶, aumentando su valor y buscando crédito incluso fuera del país, con el único fin de obtener la planta industrial que se encontraba en venta de propiedad de MERCK, dejando así de lado la posibilidad de adquirir otros bienes inmuebles o de realizar⁷⁷ la ampliación planificada de la planta donde la compañía actora realizaba sus actividades⁷⁸.

Recordemos lo que se señaló en el último párrafo del considerando precedente; en los tratos preliminares existe el deber de no levantar falsas expectativas. Este deber se refiere a cuando una de las partes negocia sin las intenciones de contratar en contrario a los principios de buena fe y lealtad negocial. Logrando que la otra parte descarte otras oportunidades, es lo que se ha denominado en la doctrina *el costo de oportunidad*.

“En los tratos preliminares (como toda relación jurídica), se requiere de una conexión de situaciones en las que se desenvuelven los sujetos portadores de sus respectivos intereses, y a los que el ordenamiento jurídico impone deberes correlativos. Diríamos entonces que la relación jurídica precontractual se halla integrada por un elemento objetivo y otro subjetivo. El elemento subjetivo lo constituyen el conjunto de actos, conservaciones, contactos etcétera, que forman la etapa *in contrahendo*. Y el objetivo viene siendo la buena fe *in contrahendo*, aquella que exige que las partes actúen de conformidad a la buena fe. Toda esta actividad o proceso que no es

⁷⁶ Consta en el proceso correo electrónico de 17 de julio de 2002, MERCK analizó la modificación de la oferta original de Miguel García a la suma de USD 950.0000,00 como precio de compra de la planta de MERCK; correo electrónico de 2 de agosto de 2002, enviado por María Barriga a Jacob Harel y otros, en el cual se adjunta el informe de la visita efectuada por la compañía CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACÉUTICA S.A. a la planta de MERCK; correo electrónico de 8 de agosto de 2002, entre Edgardo Harel y grupo de trabajo, en el que se adjunta la comunicación de Miguel García de esta fecha, en que indica cuales serían las remodelaciones que debía recibir la planta a ser adquirida y oferta la cantidad de USD 1. 150.000,00; mail de 27 y 28 de agosto de 2002, enviado por Miguel García a Edgardo Jaén, en el que se aumenta la oferta a USD 1.200.000,00; correo electrónico de 23 de septiembre de 2002, remitido por Miguel García a Doris Pienknagura, indicándole que ratificaba la oferta de compra de las instalaciones de MERCK, por el valor de USD 1.400.000,00, así como el correo electrónico remitido en esa misma fecha por Doris Pienknagura al grupo de trabajo informándoles que el día viernes se había reunido con las partes interesadas en compra la planta: CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACÉUTICA S.A. y NIFA; correo electrónico de 26 de septiembre de 2002, remitido por Edgardo Jaén, en el que adjunta la oferta final de Miguel García de USD 1.500.000,00.).

⁷⁷ Consta de la prueba presentada por la misma demandada que NIFA pudo haber adquirido diferentes inmuebles conforme consta en el informe del perito Manuel Silva; testimonio de Norman Espinel Vargas, quien da fe de que entre los años 2002 y 2003, existieron en venta varias plantas industriales. Copias certificadas de publicaciones de prensa que dan cuenta que 13 naves industriales estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copias certificadas de publicaciones de prensa que dan cuenta que 33 terrenos estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copias certificadas de publicaciones de prensa en las que constan que 27 bodegas estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copias certificadas de anuncios de prensa que dan cuenta que 150 galpones estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copias certificadas de un anuncio de prensa en las que consta que una nave industrial estuvo disponible para arriendo en el año 2003.

⁷⁸ Consta en el proceso, planos del proyecto de ampliación de la planta industrial de NIFA.

puramente fáctico, forma lo que en la técnica germánica se denomina como *contacto social*, el cual se instaura entre las partes durante la preparación del contenido eventual del negocio.”⁷⁹ Figura en el proceso esta relación jurídica, lo que también se desprende de todos los correos electrónicos agregados a los autos tanto por la parte actora como por la parte demandada, y las correspondientes reuniones llevadas a cabo entre las partes.

En conclusión, de las pruebas aportadas en este proceso⁸⁰, claramente se establece que existieron tratos previos para la venta de la planta industrial de la compañía MERCK (febrero de 2002 – enero de 2003), esto se debe a que siempre para la celebración de un contrato le precederá una serie de intercambios. Los contratos tienen tres etapas que son el de generación, la perfección y la consumación. La fase de generación, es la fase de los tratos previos, en esta etapa se produce la oferta y la aceptación. En el denominado *iter* informativo es donde las partes se proyectan y presentan las propuestas. Díez Picazo señala que: “Es una fase donde se elaboran en torno a la determinación del contenido de un posible contrato, estando conformada por los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato.”⁸¹

Los tratos preliminares son: “Las propuestas, contactos, negociaciones, puntos de vista comunicados, etc., que integran el sustrato de la fase preliminar con las miras puestas en un contrato diseñado por las partes”⁸² como bien señala Alfonso Pérez “en el evento el cual las negociaciones han llegado a un punto en el cual nacen expectativas recíprocas en las partes, las cuales tienen su fundamento en la confianza determinada por la buena fe in contrahendo, que en todo momento debe inspirar estos tratados preparatorios en relación al futuro negocio”⁸³. De las pruebas expuestas y analizadas se demuestra que ha existido entre las partes un procedimiento formativo⁸⁴.

Conforme se ha verificado en la presente *litis*, las relaciones entre la compañía actora y la

⁷⁹ Vladimir Monsalve, en la obra citada, Pág. 86.

⁸⁰ Véase considerando séptimo en lo que corresponde a las pruebas de la parte actora y demandada.

⁸¹ Díez Picazo, *Derecho Civil*, Tomo II, 1970, Pág. 271.

⁸² Cita realizada por Vladimir Monsalve, en la obra citada, Pág. 83

⁸³ Cita realizada por Vladimir Monsalve, en la obra citada, Pág. 85

⁸⁴ véase pruebas de accionante y accionada en considerando séptimo.

compañía demandada se dieron durante el curso de las dilatadas negociaciones⁸⁵ que tenían como objeto la compra de una planta industrial para que la compañía actora obtuviera las condiciones de infraestructura necesaria para un proyecto de ampliación de su producción. De las normas expresas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente aquéllas que tienen relación con el deber de buena fe de las partes, y de los desarrollos normativos internacionales que se han utilizado como referencia adicional, queda establecido que en las fases negociables o precontractuales, si bien las partes no tienen la obligación ineludible de llegar a una culminación, resaltado por varias ocasiones por parte de MERCK a NIFA⁸⁶, en las negociaciones, en la forma de celebración de un contrato, sí tienen obligaciones recíprocas en cuanto al contenido y veracidad de sus

⁸⁵ Original de carta suscrita por la ingeniera Ana Barahona, Subgerente General de NIFA S.A., de **fecha 25 de febrero de 2002**, mediante la cual se contestó la oferta verbal de MERCK, para iniciar negociaciones. Original del fax de fecha **2 de abril de 2002**, suscrito por Luis Eduardo Ortiz y Ernesta Bello, personeros de MERCK, mediante la cual informaban el valor de la planta industrial y que Staubach sería la compañía que serviría de enlace con los posibles compradores.

Fax **de 24 de abril de 2002**, suscrito por Otto Nassar, personero de Staubach, en el que invitaba a NIFA S.A. a comunicarse para continuar las negociaciones.

Fax, suscrito por Otto Nassar, de **31 de mayo de 2002**, mediante el cual se informa que Edgardo Jaén se incorpora al equipo negociador de Staubach.

Original de carta suscrita por Jacob Harel, de **29 de enero de 2003**, mediante el cual se indica que las negociaciones para la venta de la planta habían finalizado.

⁸⁶ Fax suscrito por el señor Harel de 25 de enero de 2003, en el que se manifiesta que MERCK no tiene ninguna obligación hacia NIFA.

Comunicación de **25 de febrero de 2003** dirigida a Miguel García en el que se señala que no existe obligaciones entre las partes con respecto de la venta de la planta a menos o hasta que se llegue a un acuerdo definitivo entre las partes.

propuestas y actuaciones.⁸⁷

De la revisión del largo proceso, se ha constatado que la compañía actora, realizó ofertas sucesivas⁸⁸ y tuvo interés real en sus acercamientos hacia la demandada en procura de culminar con la compra de la planta industrial⁸⁹ tantas veces referida. Si bien la compañía emplazada ha fundamentado parcialmente su defensa en que tenía la potestad de finalizar las negociaciones, este Tribunal de Casación ha de observar clara y señaladamente que,

⁸⁷ Se puede constatar de la prueba aportada por la misma demandada, que mientras NIFA le realizaba varias ofertas por la planta industrial, y que mientras más alta fue la oferta de NIFA, MERCK se encontraba aceptando otras ofertas y apertura total a posibles compradores, y a la vez afirmando que la negociación ya estaba casi lista. Consta en el proceso correo electrónico de 23 de septiembre de 2002, remitido por Miguel García a Doris Pienknagura, indicándole que ratificaba la oferta de compra de las instalaciones de MERCK, por el valor de USD 1.400.000,00, así como el correo electrónico remitido en esa misma fecha por Doris Pienknagura al grupo de trabajo informándoles que el día viernes se había reunido con las partes interesadas en comprar la planta: CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACÉUTICA S.A. y NIFA. Correo electrónico de 19 de septiembre de 2002, enviado por María Barriga a Jacob Harel y otros, informándoles sobre la visita efectuado por AVON. De 23 de septiembre de 2002, enviado por Edgardo Jaén para informar al grupo de trabajo sobre las reuniones mantenidas con CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACÉUTICA S.A. y NIFA. De 26 de septiembre de 2002, remitido por Edgardo Jaén, en el que adjunta la oferta final de Miguel García de USD 1.500.000,00. De 3 de octubre de 2002, remitido por Edgardo Jaén a Miguel García, informándole que acusa recibo de su oferta. **Esto en contraste con el siguiente correo electrónico** de 17 de enero de 2003, por parte de Jacob Harel a Edgardo Jaén, en el que indica que está planeando ir a Quito para finalizar el trato con el señor García; así como la respuesta de Edgardo Jaén constante en el correo electrónico de esa misma fecha, en el que indica que ha mantenido una conversación telefónica con el ejecutivo de CIF, que estaba encargado del trámite de solicitud de NIFA, el mismo que había confirmado la existencia de un contrato entre NIFA y CIF. Se agrega sumario de reunión entre MERCK y NIFA, llevada a cabo en Panamá, el 20 de noviembre de 2002, en se señala que las partes celebraran solamente un contrato en el que se listarán los valores del terreno, edificios, el equipo, y se indica que hasta que NIFA disponga de los fondos la planta permanecerá en poder de MERCK, por el periodo marzo del 2003. Agrega correo electrónico de fecha 26 de noviembre de 2002, remitido por Miguel García al señor Jaén, en que se indica: “Por medio de la presente me permito comunicar mi aceptación a la conversado (sic) en Panamá con el Sr. J. Harel, Sr. Ortiz y E. Jaen”. Y finalmente se da ruptura abrupta de las negociaciones, exigiendo nuevas condiciones, que de las pruebas aportadas al proceso no se desprende que hayan existido condicionantes sino sólo hasta el último momento.

⁸⁸ Correo electrónico de 17 de julio de 2002, en el cual el equipo de trabajo de MERCK analizó la modificación de la oferta original de Miguel García a la suma de USD 950.0000,00 como precio de compra de la planta de MERCK.

Correo electrónico de 8 de agosto de 2002, entre Edgardo Harel y grupo de trabajo, en el que se adjunta la comunicación de Miguel García de esta fecha, en que indica cuales serían las remodelaciones que debía recibir la planta a ser adquirida y oferta la cantidad de USD 1. 150.000,00.

Correo electrónico de 27 y 28 de agosto de 2002, enviado por Miguel García a Edgardo Jaén, en el que se aumenta la oferta a USD 1.200.000,00.

Correo electrónico de 23 de septiembre de 2002, remitido por Miguel García a Doris Pienknagura, indicándole que ratificaba la oferta de compra de las instalaciones de MERCK, por el valor de USD 1.400.000,00.

⁸⁹ Correo electrónico de fecha 26 de noviembre de 2002, remitido por Miguel García al señor Jaén, en que se indica: “Por medio de la presente me permito comunicar mi aceptación a la conversado (sic) en Panamá con el Sr. J. Harel, Sr. Ortiz y E. Jaen”.

Comunicación dirigida al señor García por Jacob Harel de fecha 29 de enero del 2003, en que se indica que se da por confirmada la terminación de las discusiones en relación con la venta de la planta de fabricación en Quito.

sin embargo, de la suscripción o no de un contrato que hubiere contenido eventualmente las determinaciones de las partes en cuanto a su oferta y aceptación, respectivamente y no obstante, no ser obligatorios los tratos preliminares, de manera alguna podía darlo por terminado sin justa causa, pues, como indica Messineo, citado por Jorge Oviedo Albán en la obra *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual*, Universidad, Bogotá, Colombia, No. 115: 83- 116, enero – junio de 2008. Pág. 87. “...las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (*culpa in contrahendo*, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño –o sea, el llamado interés contractual negativo,...”⁹⁰. De ahí que la accionada MERCK tenía un deber objetivo y era el de participar en la fase negocial de buena fe, actuar en contrario, como lo ha hecho, vulnera la obligación impuesta por la buena fe y produce un comportamiento antijurídico que la hace responsable de la obligación de indemnizar por el daño causado, teniendo siempre presente que **“la buena fe es todo en la etapa precontractual”**.

RESPECTO DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN.

En estas tratativas previas, o tendientes a la suscripción de un contrato, el intercambio de información es esencial por cuanto la decisión final depende de que el alcance de las propuestas sea verdadero y eso conlleva a su vez a que el consentimiento eventual de las partes expresado en un contrato, sea ajustado a una realidad no distorsionada por intenciones ocultas de cualquiera de las partes. Este deber de mantener una transparencia suficiente, no se contradice con los intereses legítimos de las partes y es integrante del concepto de buena fe, definido en nuestra legislación. La jurisprudencia colombiana al respecto ha señalado que “...dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta sustancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario

⁹⁰ MESSINEO Francesco, *Doctrina general del contrato*. T. I. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1952, pág. 309.

de artificios o vicios que lo afecten”.⁹¹ En igual sentido lo hace en la sentencia de 13 de diciembre de 2001 la Sala de Casación Civil. M. P. Manuel Ardila Vásquez.

La demandada MERCK ha incurrido entonces en una conducta que resulta *antijurídica*. Su comportamiento, sin importar que éste haya tenido lugar en una fase precontractual, no estaba libre de ceñirse a un estándar legal de la buena fe. Lo que se sanciona en el presente caso, es un daño ocasionado de manera consciente a la actora PROPHAR S.A. antes NIFA S. A., por cuanto la conducta de la accionada MERCK, durante el curso de las tratativas previas, no tenía como intención real y efectiva la voluntad de culminar un pacto o negocio jurídico, sino que su real intención fue develándose a través de la postergación y aparición de nuevos requisitos que se trató de incorporar e imponer, los que eran de imposible cumplimiento por la parte compradora, condiciones no discutidas y que tampoco la demandada MERCK aceptó tratarlas para acceder a la venta de la planta industrial.

No se sanciona *per se*, entonces la finalización de las negociaciones que correspondió a la compañía demandada, sino el hecho de que dichas negociaciones no tuvieron la transparencia suficiente, que no reflejaron información apropiada. Tuvieron las negociaciones durante todo su curso una apariencia de avance irreal propiciado por la accionada y por supuesto, ese comportamiento resulta punible *dentro del universo de cuasidelitos* (Artículo 2214 C. C.) que está plenamente definido en nuestra legislación civil por contravenir la obligación de conducirse con buena fe (Artículos 721 y 1562 C. C.).

Se deja claro que las partes tienen libertad para contratar, sin embargo y como se ha señalado en líneas anteriores, no se puede abandonar las negociaciones sin causa justa, “cuando una de las partes inicia o prosigue las tratativas con la intención de no concluir el contrato. Según el mismo autor, habría culpa cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del contrato, y avanzar en la tratativas, sin verificar la real posibilidad o sin haber suficiente determinación en la perfección el contrato.”⁹² En este caso y de las pruebas

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia de 4 de abril del 2001. M. P. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

⁹² Jorge Oviedo, obra citada, Pág. 101.

aportadas, no se encuentra que haya existido una causa justa para terminar las negociaciones en forma abrupta y en especial tomando en cuenta que NIFA S.A., hoy PROPHAR S. A., y MERCK, son empresas farmacéuticas, conocedoras de su propio mercado y, por lógica, de la otras empresas, por lo tanto, tenía conocimiento pleno de los productos que esta ofrecía, incluso la compañía accionante brindó información sobre sus productos, se ha violado entonces la obligación impuesta por la buena fe y ello ha sido inclusive materia de reclamo por parte de la compañía actora.

A la sazón y como elemento configurador del daño, se encuentra que en la relación precontractual hay una conducta antijurídica de la demandada MERCK, que obliga a este Tribunal de Casación a señalar la obligación de dicha compañía a resarcir un daño efectivamente ocasionado. Existiendo plena verificación de tal conducta, se ha comprobado asimismo que el daño ha sido cierto y apreciable. Por supuesto, la emisión de esta sentencia ha tenido como origen la verificación de haberse incurrido previamente en el vicio señalado en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación y por tanto es menester tener claridad absoluta sobre la conclusión a la que arriba el Tribunal de Casación.

Encontrándose evidencia del daño por la ruptura injustificada de las negociaciones con la prueba que obra de autos, existiendo normas que son suficientes para establecer la punibilidad del comportamiento de la demandada MERCK, encontrando la existencia de un nexo causal directo entre los actos de la compañía emplazada y el daño ocasionado, congruente con los requisitos que la doctrina exige para que el daño sea resarcible, dado que: “El perjuicio precontractual debe contener los requisitos que la doctrina exige a los daños en general para que sean resarcibles. Puede decirse, por consiguiente, que el daño debe ser cierto (o sea, debe haber certidumbre sobre su existencia misma), debe ser ocasionado por la parte negociante, o por sus auxiliares a título de culpa, dolo o simple mala fe, y el actuar ilícito debe haber violado un derecho subjetivo perteneciente al damnificado. Aparte de ello, debe encontrarse ligado por una relación de causalidad adecuada con el hecho que determinó la responsabilidad del agente.”⁹³, y en base a la amplia información aportada al proceso sobre los efectos de la conducta antijurídica que se ha descrito con absoluta claridad, se resuelve el problema

⁹³ Obra citada Monsalve Caballero, Pág. 3666+.

jurídico esbozado de manera motivada, y ajustada a los principios de reparación integral del daño que determinan los artículos 2214 y 2229 del Código Civil.

DÉCIMO: DE LAS INDEMNIZACIONES

10.1. Una vez establecida la existencia de responsabilidad civil en este proceso, es necesario cuantificar los daños que se ha causado. “Debido a la misma naturaleza que conlleva las negociaciones las partes pueden invertir horas de trabajo, hacer inversiones en locaciones, preparar proyectos, contactar peritos, en fin, toda una serie de actividades que *per se* generan valores económicos, que ante la frustración de la eventual celebración contractual origina el deber de resarcir.”⁹⁴

En este caso, se deberá revisar cuál es el daño emergente⁹⁵ y el lucro cesante, que NIFA S.A., hoy PROPHAR S.A., dejó de percibir por la frustración de la negociación, así como las expectativas generadas. “La exigencia de distribuir entre las partes el riesgo de los perjuicios, está satisfecha por la individualización de las circunstancias que han determinado la ruptura de las negociaciones: si en tal examen el motivo que ha inducido a una parte para apartarse de los tratos resultan justos, estos serán conformes al parámetro de la buena fe contractual, cada contratista soportará las consecuencias de un riesgo siempre inherente a los gastos realizados cuando el vínculo aún no se ha perfeccionado; en el caso contrario (y, si lo recuerdan, estando en presencia de una negociación justa en fase de una fundada confianza), el ejercicio del potestativo derecho para retirarse de la negociación, lo demuestra abusivo y determina por tanto un perjuicio que no debe ser distribuido el cual siempre será consiguiente a la interrupción de la relación contractual.”⁹⁶

Entonces el artículo 2214 del Código Civil determina que quien ha cometido un delito o

⁹⁴ Obra citada Monsalve Caballero, Pág. 366.

⁹⁵ “Comprende las pérdidas efectivamente sufridas que deben medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan y las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir (p. ej., la destrucción de un elemento de una colección repercute en la colección entera). En aquellos casos en que sea posible la reparación, si tras ella las cosas son susceptibles de cumplir su destino económico, habrá de considerarse como daño el valor de reparación” (Diez-Picazo Luis, *Derecho de Daños*, Editorial Civitas Ediciones S.L., Madrid, Pág. 322). “Detrimiento, menoscabo o destrucción material, de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine. *El daño emergente*, la pérdida sobrevenida al acreedor por culpa u obra del deudor, al no cumplir la obligación, se traduce en una disminución de su patrimonio; mientras que la categoría opuesta, *el lucro cesante* (v), se configura principalmente por la privación de aumento patrimonial, por la supresión de la ganancia esperable (v. Daños y perjuicios.)” Cabanellas Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Pág. 6.

⁹⁶ Obra citada Monsalve Caballero, Pág. 367.

cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a indemnizar. El artículo 2229 del referido cuerpo legal, señala que por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Y el artículo 1572 del citado código señala que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Recordemos que los principios en que se basa la responsabilidad en los tratos previos o preliminares *son la buena fe y la libertad de contratación pero además sujeto a no dañar a otro*. La ruptura abrupta de las relaciones, exigiendo condiciones que no fueron planteadas en un principio y entre farmacéuticas (es decir, con conocimiento del competidor, sus limitaciones y los mercados de ambas), e impuestas después de varios meses, en que NIFA S.A., hoy PROPHAR S. A., se esforzó por proponer una mejor oferta en todo este tiempo, creando una expectativa de negocios y de producción, se concluye como se ha señalado en el considerando anterior que no existió transparencia en las negociaciones respecto a la buena fe con la cual se debió actuar desde el principio, era necesario fijar las condiciones del contrato, etc., y peor si estas limitaban la producción de la empresa actora como consta de autos, quedando así determinada la responsabilidad por la conducta dañosa de MERCK por tanto la antijuricidad, este Tribunal de Casación en este caso dicta sentencia en base a la propia información aportada en el proceso, y de las pruebas actuadas que quedan señaladas en el considerando precedente.

El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil prevé que la prueba deberá ser apreciada en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en este sentido los peritajes en el proceso sirven a este Tribunal de referencia, y efectivamente son valorados de acuerdo a la sana crítica. Respecto a los informes periciales, en el inciso final del artículo 262 del citado Código establece que no es obligación de la jueza o del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos. En esta virtud al ser el peritaje del ingeniero Cabrera (Fs. 11.158-11.192) una prueba pedida, ordenada y practicada en este proceso, sin que se haya declarado la invalidez de esta prueba, se lo valora de acuerdo a

las reglas de la sana crítica⁹⁷ dentro de los parámetros de la racionalidad y los máximos de experiencia.

Por ejemplo, es irracional e ilógico, el monto señalado por el ingeniero Cabrera (fojas 11.158-11.192), en que se concluye que la pérdida para el pueblo ecuatoriano es de SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL DOSCIENTOS CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, rubro que, además, supuestamente perjudicaría al “pueblo ecuatoriano”, que no es parte en el proceso, se trata de un caso concreto de compra venta de una planta industrial entre dos compañías farmacéuticas NIFA S.A. (hoy PROPHAR S. A.) y MERCK SHARP & DOHME (INTER AMERICAN CORPORATION). Sin embargo lo que si resulta relevante de este informe son los siguientes rubros:

- 1) Los gastos en los que incurrió NIFA S.A. hoy PROPHAR S. A. a fin de obtener un crédito para la compra de la planta industrial MERCK, y que ha sido cuantificado en USD 48.000.00 (cuarenta y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América), este gasto es imputable al daño emergente. Este rubro se encuentra avalizado además con el contrato de préstamo celebrado en Chile por el Consorcio Internacional Financiero San Nicolás S.A. y NIFA S. A. hoy PROPHAR S. A. (fojas 5069-5072).

- 2) Más el gasto de USD 2000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América), por el pago del informe *Dun and Bradstreet*.

Respecto al daño emergente, resulta en demasía las proyecciones realizadas por el perito Cabrera hasta el año 2018, respecto de las pérdidas de NIFA S.A., hoy PROPHAR S. A. “El daño del interés negativo consiste en el perjuicio que el sujeto sufre por haber inútilmente

⁹⁷ “Las reglas de la sana crítica son reglas de lógica y de la experiencia humana suministradas por la psicología, la sociología, otras ciencias y la técnica, que son las que dan al juez conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir lo que es verdadero y lo que es falso. Este artículo no contiene, entonces, una regla sobre valoración de la prueba sino un método para que el juzgador valore la prueba. El juzgador de instancia para llegar al convencimiento sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes concernientes a la existencia de una cosa o a la realidad de un hecho, puede libremente acoger elementos de prueba aportados por el actor y, asimismo, desestimar elementos de prueba aportados por el demandado.” Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1244. (Quito, 31 de enero de 2001).

confiado en la conclusión en la validez del contrato (...) en cuyos casos será resarcible con base en las eventuales pérdidas de ocasiones dejadas de celebrar con personas serias y correctas, en los mismos términos y condiciones negociadas”⁹⁸.

- 3) Del cálculo y proyección de valores de venta, se señala que en el año 2003, los valores totales de productos actuales tuvo una venta de USD 4.133.833,24
- 4) Más los valores totales de productos nuevos por un total de USD 2.039.638,57.
- 5) Este Tribunal de Casación, considera que los rubros que deben ser tomados en cuenta son los que aquí enumera en esta resolución para determinar la indemnización de daños y perjuicios. Los numerales 1 y 2 que valoran el daño emergente que sufrió NIFA S.A. hoy PROPHAR S. A., por los gastos en los cuales incurrió por motivo de la negociación y que constan en el proceso a través de los informes periciales correspondientes (informe del perito Cabrera (fojas 11.158-11.192); respecto a los numerales 3 y 4 este Tribunal de Casación sólo toma en cuenta estos rubros, por cuanto considera exagerado y fuera de proporción (como lucro cesante) que se considere una proyección de producción y ventas desde el año 2003 hasta el año 2018, basta para establecer el lucro cesante, los valores que dejó de percibir PROPHAR S. A. (antes NIFA S.A.), por el año 2003 en que se dieron por terminadas las negociaciones, tiempo en el cual PROPHAR S. A. (antes NIFA S.A.), podía adquirir otra planta o ampliar la suya, pues la compañía accionante no ha dejado de existir o producir por esta negociación fallida, es natural que por la finalización de las negociaciones con MERCK, haya retrasado su crecimiento pero no lo paralizó, por lo tanto, debe existir la debida proporcionalidad que prevé la Constitución de la República⁹⁹ y criterios importantes como el de Ignacio Villaverde, que señala: “En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco”

⁹⁸ Obra citada Monsalve Caballero, Pág. 380

⁹⁹ Art. 76. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

¹⁰⁰, autor que además señala “A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o del medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función, sin que ese límite constituya un remedio de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el Poder Público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulnere en su aplicación su contenido esencial.”¹⁰¹ Para fijar el monto de la indemnización que debe pagar MERCK a PROHAR S.A., y que es el determinado en esta sentencia, se toma en cuenta además que NIFA S. A., hoy PROPHAR S. A., la última oferta que formalizó fue por el monto de un millón quinientos mil dólares, recordemos que la accionante NIFA S.A., hoy PROPHAR S. A., por intermedio del señor García realizó varias ofertas¹⁰², aumentando el valor de su oferta y demandando crédito incluso fuera del país, con la única finalidad de adquirir la planta industrial de propiedad de MERCK que se hallaba en venta, la que inclusive dejó de lado la

¹⁰⁰ Ignacio Villaverde y otros, *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Editado por Miguel Carbonell, Imprenta V&M Gráficas, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito- Ecuador, 2008, página 182.

¹⁰¹ Ob. Cit. Pág. 182

¹⁰² Obra en autos correo electrónico de 17 de julio de 2002, MERCK analizó la modificación de la oferta original de Miguel García a la suma de USD 950.0000,00 como precio de compra de la planta de MERCK; correo electrónico de 2 de agosto de 2002, enviado por María Barriga a Jacob Harel y otros, en el cual se adjunta el informe de la visita efectuada por la compañía CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACÉUTICA S.A. a la planta de MERCK; correo electrónico de 8 de agosto de 2002, entre Edgardo Harel y grupo de trabajo, en el que se adjunta la comunicación de Miguel García de esta fecha, en que indica cuales serían las remodelaciones que debía recibir la planta a ser adquirida y oferta la cantidad de USD 1. 150.000,00; mail de 27 y 28 de agosto de 2002, enviado por Miguel García a Edgardo Jaén, en el que se aumenta la oferta a USD 1.200.000,00; correo electrónico de 23 de septiembre de 2002, remitido por Miguel García a Doris Pienknagura, indicándole que ratificaba la oferta de compra de las instalaciones de MERCK, por el valor de USD 1.400.000,00, así como el correo electrónico remitido en esa misma fecha por Doris Pienknagura al grupo de trabajo informándoles que el día viernes se había reunido con las partes interesadas en comprar la planta: CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACÉUTICA S.A. y NIFA; correo electrónico de 26 de septiembre de 2002, remitido por Edgardo Jaén, en el que adjunta la oferta final de Miguel García de USD 1.500.000,00.).

posibilidad de conseguir otros bienes inmuebles apartando¹⁰³ de sus proyectos la ampliación planificada de la planta donde NIFA S. A., hoy PROPHAR S. A., efectuaba sus actividades según los planos del proyecto de ampliación de la planta industrial de NIFA que constan en autos, y, habiendo perdido por más de un año contar con una nueva planta industrial, por consiguiente se ha detenido su desarrollo en la producción, al no poder ofertar en el mercado todos sus productos farmacéuticos y la consiguiente pérdida de obtención de ganancias, probados como quedan todos y cada uno de los presupuestos que generan la responsabilidad precontractual, para reparar el daño en toda su integridad, como señala Vladimir Monsalve Caballero: “El daño resarcible en virtud de la responsabilidad precontractual debe haber sido originado por la situación de confianza y guardar con ella una estrecha relación, de tal forma que, el modo de reparación se fundamenta en un resarcimiento de perjuicios, basado en un concepto dinámico de extensión del perjuicio a reparar. Sus alcances siempre podrán variar dependiendo de las circunstancias de *facto* que se generen, prescindiendo entonces de alguna limitación (daño negativo o positivo). Basta con que estén probados todos y cada uno de los presupuestos que generan la responsabilidad precontractual, para entrar a reparar el daño en toda su integridad, con la debida prestación de constatar y probar los perjuicios causados.”¹⁰⁴, se lo hace por la cantidad de un millón quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD \$ 1.500.000,00), dado que: “El resarcimiento opera cuando el interés lesionado se reintegra mediante una subrogación pecuniaria, esto es con la obligación de entregar una suma determinada de dinero para que compense el interés lesionado. El hecho no se borra, ya estuvo ejecutado, se cumplió; con el resarcimiento, se entrega una retribución económica equivalente al daño producido. El resarcimiento entonces es de carácter pecuniario, como una situación equivalente al valor económico del bien comprometido

¹⁰³ Figura de la prueba exteriorizada por la misma accionada que NIFA S. A. pudo haber adquirido diferentes inmuebles conforme consta en el informe del perito Manuel Silva; testimonio de Norman Espinel Vargas, quien da fe de que entre los años 2002 y 2003, existieron en venta varias plantas industriales. Copias certificadas de publicaciones de prensa que dan cuenta que 13 naves industriales estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copias certificadas de publicaciones de prensa que dan cuenta que 33 terrenos estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copias certificadas de publicaciones de prensa en la que constan que 27 bodegas estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copias certificadas de anuncios de prensa que dan cuenta que 150 galpones estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003. Copias certificadas de un anuncio de prensa en la que consta que una nave industrial estuvo disponible para arriendo en el año 2003.

¹⁰⁴ Vladimir Monsalve Caballero, obra citada. Págs. 411 y 412.

con el daño. Una característica de esta forma de reparación radica en el hecho de que es una prestación equivalente, al valor del objeto lesionado.”¹⁰⁵

DÉCIMO PRIMERO.- DECISIÓN

Por las motivaciones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, CASA parcialmente la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2011, las 15h30, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Conforme el artículo 16 de la Ley de Casación se ha procedido a dictar sentencia de acuerdo a los méritos de los hechos conforme lo expuesto y se ordena que MERCK SHARP & DOHME (INTER AMERICAN CORPORATION) pague a PROPHAR S.A. (antes NIFA S.A.), las cantidades señaladas en los numerales 1, 2, 3,4 y 5 del considerando décimo de este fallo. Siendo la cantidad total 7.723.471.81 (SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTE Y TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UNO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON OCHENTA Y UN CENTAVOS). Sin costas. Acorde a lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de Casación, devuélvase la caución en la parte proporcional a MERCK SHARP & DOHME (INTER AMERICAN CORPORATION) el equivalente a la cantidad de once mil setecientos cincuenta dólares, y la diferencia de la caución a PROPHAR S. A.- Notifíquese y devuélvanse, para los fines de ley. ff). Dr. Wilson Andino Reinoso, **JUEZ NACIONAL**; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, **JUEZ NACIONAL**; Dr. Paúl Íñiguez Ríos, **JUEZ NACIONAL. (Voto Salvado). Certifico.** Dra. Lucía Toledo Puebla, SECRETARIA RELATORA.

¹⁰⁵ Rubén Morán Sarmiento, El daño, EDILEX S. A. Editores. Quito Ecuador, 2010. Pág. 279.

VOTO SALVADO:**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, a 10 de noviembre de 2014, Las 11h00.****ANTECEDENTES**

VISTOS: La Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del juicio ordinario propuesto por el ingeniero Miguel Eduardo García Costa, en calidad de Representante Legal de Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.), hoy PROPHAR S.A., en contra de MERCK SHARP & DOHME (Inter American) CORPORATION, en las personas de sus apoderados en la República del Ecuador, señores Patricio Belisario Chiriboga Torres y Luis Eduardo Ortiz Monasterio, en fecha 23 de septiembre de 2011, las 15h30, emite sentencia de apelación, confirmando la sentencia respecto al fondo del asunto en pleito; reformándose en cuanto al monto de la indemnización y fijándose en ciento cincuenta millones de dólares, considerando el tiempo en que la obligación se hará efectiva y debido a las implicaciones internacionales que conlleva el caso, sin lugar a intereses; de dicha sentencia, tanto la parte actora como la demandada, interponen recurso de casación.

El 10 de noviembre de 2011, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia de Transición, aceptó a trámite los recursos de casación interpuestos por Prophar S.A., y Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation. Se resuelven los recursos de casación mediante sentencia de 21 de septiembre de 2012, las 16h44, el Tribunal de Casación de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo y las doctoras Paulina Aguirre Suárez y María Rosa Merchán Larrea, casa la sentencia de apelación ordenando que Merck Sharp & Dohme (INTER AMERICAN), en

adelante MSD, indemnice por daños y perjuicios a PROPHAR S.A., antes NIFA S.A., de conformidad con el artículo 244 numeral 3 de la Constitución Política del Ecuador de 1998 y los artículos 2214 y 2229 del Código Civil, por el cuasidelito de negativa de venta por actos de desorganización del competidor dentro del derecho de la competencia desleal, con la cantidad de un millón quinientos setenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD. 1'560.000,00).

De la sentencia de casación, la parte actora, PROPHAR S.A., interpone acción extraordinaria de protección, solicitándose que en aras de una correcta administración de justicia y en consonancia con los postulados y principios del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se disponga la reparación integral de los derechos constitucionales vulnerados, al amparo de las argumentaciones que consta del respectivo escrito. Se solicita además que se fije una indemnización pecuniaria, que deberá ser calculada sobre la base de la prueba debidamente actuada en el proceso y de la que se puede extraer parámetros objetivos a fin de fijar su monto.

Admitida la acción, la Corte Constitucional, mediante sentencia No. 028-14-SEP-CC, caso No. 1926-12-EP, en fecha 12 de febrero de 2014, declara vulnerado el derecho constitucional al debido proceso de las partes, establecido en el artículo 76 de la Constitución; el derecho a la tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 75 ibídem; y el derecho a la seguridad jurídica, en los términos reconocidos en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, disponiendo como medidas de reparación integral, dejar sin efecto la sentencia dictada por la Sala de los Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia dictada el 21 de septiembre de 2012, dentro del recurso de casación No. 1140-2011, así como todos los actos procesales y demás providencias dictadas como consecuencia de la misma y disponer que la Sala de lo Civil y Mercantil

de la Corte Nacional de Justicia realice el sorteo correspondiente para definir el Tribunal que resuelva en sentencia el recurso de casación con observancia de las garantías del debido proceso, tutela judicial y seguridad jurídica.

Realizado el sorteo conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional, corresponde el conocimiento de la causa al Tribunal de Casación conformado por los doctores Wilson Andino Reinoso, Eduardo Bermúdez Coronel y Paúl Iñiguez Ríos, estando la causa en estado de resolver para hacerlo se considera:

COMPETENCIA

En virtud, de que los señores Jueces de la Corte Nacional de Justicia abajo firmantes, hemos sido constitucional y legalmente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero del 2012; de que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 04-2013 de 22 de julio del 2013, resolvió reestructurar la integración de las Salas conforme a la reforma introducida al artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial mediante Ley reformativa publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 17 de julio del 2013, designándonos para integrar la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil; y, conforme el acta de sorteo que consta en el expediente, somos competentes para conocer la presente causa.

FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN

PRIMERO: De PROPHAR S.A. (NIFA S.A.)

Normas de derecho infringidas.- Considera que se han infringido los artículos 1572 inciso primero, 1574, 1575, 2214, y 2216 del Código Civil; y, los artículos 284 y 285 del Código de Procedimiento Civil.

Causales en las que se funda el recurso de casación.- El recurso de casación se funda en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

Fundamentos en que se apoya el recurso.- Se sostiene que los Jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, han aplicado indebidamente los artículos 1572 inciso primero 1574, 2214 y 2216 del Código Civil. Estos cuatro artículos deben ser interpretados en su conjunto, a fin de determinar el alcance de la indemnización de daños y perjuicios que debe pagar quien ha ocasionado daños a un tercero. En efecto, el artículo 1572 inciso primero, establece que la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante; por su parte, el artículo 1574, determina que quien ocasiona un daño a otro como consecuencia de una actuación dolosa es responsable de todos los perjuicios que fueran consecuencia directa e inmediata de su obrar, regla que no sólo se aplica a los casos de incumplimiento de una obligación contractual, sino que se trata de una regla general que se debe aplicar en todos los casos en que se ocasiona daño a un tercero; a su vez, los artículos 2214 y 2216 del Código Civil, determinan la obligación de reparar los perjuicios que tiene quien ha ocasionado daño a un tercero como consecuencia de un delito o cuasidelito. Estas normas legales, claramente, establecen que la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a un tercero, debe ser integral, esto es, que a través de la indemnización se debe cubrir todos los perjuicios que se han producido, tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante. En el proceso se ha demostrado que los daños y perjuicios que Prophtar S.A., sufrió como consecuencia inmediata y directa de la

dolosa actuación de MSD, superan ampliamente los doscientos millones de dólares americanos (USD. 200'000.000,00) y los Jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la sentencia impugnada, al analizar la prueba aportada al proceso declaran que el peritaje elaborado por el ingeniero Cabrera, se encuentra adecuadamente fundamentado por lo que lo acogen en su totalidad, sin hacerle ningún reparo, al punto que rechazan y no aceptan la alegación de error esencial hecha por la demandada. Sin embargo de ello y pese a que de los recaudos procesales aparece el monto real de los daños y perjuicios que la demandada ha ocasionado a su representada, en la sentencia recurrida se condena a la demandada a que pague por indemnización de daños y perjuicios una suma inferior a la valoración de los daños realizada por el perito, esto es, se le condena a que pague ciento cincuenta millones de dólares americanos (USD. 150'000.000,00), por lo que en caso de que la sentencia de segunda instancia sea confirmada, la compañía demandada tendrá que pagar una indemnización que no cubre en su totalidad los daños y perjuicios que se le ha ocasionado a su representada, es decir, la sentencia impugnada no hace una reparación integral del daño ocasionado. Por consiguiente, la sentencia impugnada debe ser casada y se debe condenar a MSD a pagar por concepto de indemnización de daños y perjuicios, una cantidad de dinero que efectivamente repare todos los daños y perjuicios que ha sufrido Prophar S.A., esto es, que la demandada al menos debe pagar la cantidad de doscientos millones de dólares americanos (USD. 200'000.000,00) por este concepto, lo que implica que se debe ratificar lo dispuesto en la sentencia de primera instancia, en acatamiento de lo establecido por los artículos 1572 inciso primero 1574, 2214 y 2216 del Código Civil.

Que los Señores Jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la

Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en el fallo impugnado, han dejado de aplicar los artículos 1573 y 1575 del Código Civil. En efecto, el artículo 1573 del Código Civil determina que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor es constituido en mora, en tanto que el artículo 1572 determina que el acreedor no tiene necesidad de justificar los perjuicios cuando solo cobra intereses. De estas dos disposiciones jurídicas se desprende que el obligado a pagar una suma de dinero debe sufragar los intereses correspondientes desde el momento en que se ha constituido en mora, ya que en el caso de las obligaciones dinerarias, los perjuicios por el retardo en el cumplimiento de la obligación se resarcan a través del pago de intereses. En la sentencia impugnada se debió disponer que en caso de que MSD retarde injustificadamente el pago de la indemnización a la que ha sido condenada, pague a su representada los correspondientes intereses por el tiempo que demore en cumplir tal obligación, mismos que corren desde el momento en que la sentencia se encuentra ejecutoriada, es decir, desde el momento en que dicha compañía quede constituida en mora de pagar la indemnización a la que ha sido condenada por los graves daños y perjuicios que ha ocasionado a Prophar S.A., como consecuencia directa e inmediata de su actuación dolosa, conforme lo determinan los artículos 1573 y 1575 inciso segundo del Código Civil. Los Jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha no dispusieron que la demandada pague intereses en caso de que retarde el pago de la indemnización a la que ha sido condenada, por lo que han dejado de aplicar los artículos 1573 y 1575 del Código Civil, por consiguiente, la sentencia recurrida debe ser casada y se debe determinar claramente que MSD deberá pagar intereses en caso de que retarde injustificadamente el pago de la indemnización a la que ha sido condenada.

Falta de aplicación de los artículos 283 y 284 del Código de

Procedimiento Civil. El artículo 283 del Código Civil determina que se debe condenar en costas a la parte que ha litigado con temeridad o procedido con mala fe, en tanto que el artículo 284 del mismo Código de Procedimiento Civil establece que la condena en costas debe incluir la cantidad que el deudor debe abonar por honorarios del defensor o defensores de los abogados de quien ha sido favorecido con la sentencia. La demandada a sabiendas de que actúo dolosamente en contra de su representada y le ocasionó un gravísimo perjuicio que debe ser reparado, a lo largo del proceso se ha comportado con absoluta mala fe y ha retardado el curso normal de la litis, interponiendo todo tipo de incidentes procesales, incidentes que han sido rechazados por los Jueces, tanto de primera cuanto de segunda instancia, pero que han tenido por efecto que el proceso dure más de ocho años. La maliciosa actuación procesal de MSD, debió ser castigada por los Jueces que conforman la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quienes en sentencia debieron condenar a la demandada al pago de las costas procesales, incluyendo los honorarios de los abogados patrocinadores, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 283 y 284 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, la sentencia recurrida debe ser casada y se debe condenar a Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation al pago de costas judiciales, en las que se incluirán los honorarios del abogado patrocinador.

SEGUNDO: De MERCK SHARP & DOHME (Inter American) CORPORATION.-

Normas de derecho infringidas.- Señala la falta de aplicación de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina; artículo 76 numerales 1,3,4,7 literales a), b), c), d), h), j), l) y k), 168 numeral 6, 226 y 428 de la Constitución de la

República del Ecuador; 4, 5, 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial; 113, 114, 115, 117, 119, 273, 274, 275, 289, 346 numeral 2, 273, 411, 412, 1016 del Código de Procedimiento Civil; la disposición transitoria quinta de la Ley de Propiedad Intelectual; los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Suprema de Justicia relacionados con algunas de las normas mencionadas.

Por aplicación indebida del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, al mismo tiempo que se dejó de aplicar el artículo 428 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre dicha norma.

Por falta de aplicación indebida aplicación o interpretación errónea de los artículos 18, 24.1, 13, 141.3 de la Constitución de 1998; 75, 76 numerales 6 y 7 de la Constitución de la República; 18 regla 7ª, 29 ultimo inciso, 1453,1475, 1570, 1572, 1561, 1740, 2214, 2229 del Código Civil; y, 4 de la Ley No. 2000-12; los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Nacional de Justicia. Se indica que adicionalmente, al haberse dejado de aplicar el artículo 18.7 del Código Civil, se ha aplicado indebidamente ley extranjera y jurisprudencia extranjera que ni siquiera se menciona y posiblemente no existe.

Causales en las que se funda el recurso de casación.- El recurso de casación se propone por las causales primera, segunda, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

Fundamentos en que se apoya el recurso.- Manifiesta, por la causal

segunda, que el proceso se halla viciado de nulidad insanable, por haberse omitido la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en virtud de que en la sentencia se analiza el derecho a la libre competencia que es materia de la legislación comunitaria, por lo que señala que los jueces debían pedir la interpretación prejudicial. Establece que al haber sido objeto de la litis la aplicación de normas relativas a la libre competencia, era indispensable la interpretación del alcance de las normas que sobre la materia se encontraban vigentes a la fecha en que se citó la demanda, esto es la Decisión 285 de la Comunidad Andina, aplicable, exclusivamente, al comercio intrarregional. Señala que la Sala negó, mediante providencia de 26 de agosto de 2011, solicitar tal interpretación prejudicial y sostuvo que la resolución se dictará en base a la Constitución de la República, cuerpos jurídicos y legislaciones conexas ecuatorianas. Ello significaba que estaba impedida de invocar normas inexistentes en la legislación interna del Ecuador, no obstante, al dictar sentencia, la Sala de manera expresa realiza un amplio análisis sobre normas relativas a la libre competencia como si ellas hubieran estado vigentes en el Ecuador durante 2002 y 2003. En consecuencia, determina que se violó el artículo 32 del Tratado al haber impedido que se cumpliera con el procedimiento obligatorio de interpretación prejudicial a sabiendas de que la materia de libre competencia se encuentra regulada bajo disposiciones de la Comunidad Andina. Agrega que la sentencia de segunda instancia, se dictó, pues, sin que los jueces hubieran solicitado la interpretación de las normas de la Comunidad Andina sobre libre competencia, de acuerdo con el artículo 33 *ibídem*, y concluye que el incumplimiento de esta norma conduce a una violación en el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 352 y 1014 del Código de Procedimiento Civil.

Señala una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la

omisión en solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en adelante TJCA. Que la abstención de solicitar la interpretación prejudicial al TJCA, influyó en la decisión de la causa, como lo exige el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, pues la Sala fundó la existencia de daños precisamente en la supuesta violación de normas que regulan la libre competencia, puesto que de haberse cumplido con el dictamen previo, con seguridad el Tribunal Andino habría señalado las directrices aplicables a la libre competencia en la época en que los hechos, objeto de la demanda, se produjeron. En especial, se habría determinado tanto el alcance que tiene la Decisión 285 como los efectos de la entrada en vigencia de la Decisión 608, en virtud de lo dispuesto por la Decisión 616, así como la inexistencia de normas relativas a la libre competencia para el Ecuador. Además de establecer la calificación de la supuesta ilicitud de los hechos objeto de la acción.

Señala que la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dejó de analizar la validez constitucional del proceso, lo que condujo a la nulidad insanable del mismo. Que no se han respetado las garantías del debido proceso reconocidas en la Constitución. Que los jueces de segunda instancia se abstienen de realizar cualquier análisis constitucional, pese a que en autos constaba un clarísimo petitorio que advertía sobre estas violaciones de la norma suprema. Que los jueces omiten pronunciarse sobre la constitucionalidad de sus actuaciones, con lo que condujeron a la nulidad de esta sentencia. Si se habrían pronunciado sobre estos aspectos, nunca habrían resuelto, y por lo tanto, al haberlo hecho en violación de las normas constitucionales, influyeron necesariamente en la decisión de la causa. Que las violaciones constitucionales implican también una falta de aplicación de las normas contenidas en los artículos 4, 5 y 6 del Código Orgánico de la Función Judicial y constituyen una falta de aplicación del artículo 75 de la Constitución.

Que los jueces de segunda instancia, se abstuvieron de someterse a las normas de la Constitución, con ello dejaron de acatar el principio establecido por el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial. La sentencia no contiene un análisis constitucional del proceso, al contrario, consuma las violaciones de las normas procesales consagradas en la Constitución como elementos básicos del debido proceso. Que la sentencia carece de la motivación exigida y definida por el artículo 76.7.1) de la Constitución, puesto que no contiene una relación de los hechos, tal como constan probados en el proceso. La sentencia no ve los balances de la actora desde 1996 a 2008, crea una quimérica compañía que en dos años debía haber pasado de una utilidad de US \$29.636,38 a una utilidad de US \$ 150'000.000,00, que implica que el lucro cesante que estima la sentencia, no se halla respaldado por motivación alguna, como lo exige la citada norma constitucional y lo establecen también los artículos 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil. Señala que los méritos del proceso debían constar en la sentencia con el análisis de toda la prueba en conjunto, realizado sobre la base de la valoración de toda la prueba actuada. Con los antecedentes de hecho, como lo exige la Constitución, debió la sentencia enunciar las normas y principios jurídicos del derecho ecuatoriano, como lo había anunciado en providencia de 26 de agosto de 2011, mediante la cual, supuestamente, excluyó la aplicación de las normas comunitarias en que fundaría su fallo, normas y principios que naturalmente, debían ser aquellos dictados por el legislador del Ecuador y aplicados por los jueces ecuatorianos, especialmente, aunque no únicamente, en jurisprudencia obligatoria. Que la sentencia usa un informe obtenido en violación de la Constitución elaborado por un perito descalificado, a quien no se le permitió que MSD lo interrogara, el perito Carlos Montañez, cuyo informe es ignorado por los jueces. En la parte resolutive de la sentencia se fija una indemnización sin que se explique de manera alguna el fundamento para

sostener que dos años de retraso, como explica la actora en la demanda, provocaron un lucro que cesó (esto es que dejó de percibirse) de US \$ 150'000.000. Indica lo que la Corte Suprema de Justicia, ha decidido sobre la motivación de la sentencia y los principios que forman parte del debido proceso. En virtud de lo señalado, establece la carencia de motivación en la sentencia, por la ausencia entre otros aspectos de valoración de la prueba, falta de análisis de la contestación a la demanda y las excepciones propuestas por MSD, silencio sobre los puntos a los que se contrajo el recurso de apelación, inexistencia de explicación sobre el monto indemnizatorio que conduce a que esta sentencia sea esencialmente arbitraria, incompleta, incongruente y violatoria de los derechos constitucionales señalados.

Que en el proceso no se aplicó el artículo 76.7.a) de la Constitución en cuya virtud, los jueces no pueden privar del derecho de defensa, norma que tiene relación tanto con lo previsto en los literales e) y h) del mismo numeral del citado artículo, como con el principio de contradicción consagrado en el artículo 168.6 de la misma Constitución. Los jueces de segunda instancia, privaron a MSD del derecho de defensa, cuando se apresuraron a dictar sentencia mientras se hallaba pendiente un pedido de ampliación de la providencia de 26 de agosto de 2011, la cual debía ser resuelta antes de que se dictara sentencia. Indica que tenía que disponerse que pasaran los autos en relación para sentencia, lo cual hubiera permitido a MSD solicitar audiencia en estrados y presentar alegato escrito. Señala que los jueces privaron de este derecho a la demandada, con lo cual se le conculcó el derecho de defensa, se truncó el tiempo y los medios adecuados de defensa y se le impidió presentar en forma oral y escrita, las razones y argumentos por los cuales debía rechazarse la demanda y, por ello, revocarse la sentencia de la juez inferior. MSD tenía en proyecto previo el texto de su alegato final, que no

lo pudo presentar porque los jueces le negaron la oportunidad de hacerlo y con ello se impidió la aplicación del artículo 1016 del Código de Procedimiento Civil.

Que se dejó de aplicar, reiterada y constantemente, el artículo 76.7.j) de la Constitución, así como el artículo 168.6 ibídem, en cuanto ordena la oralidad de todos los procesos en todas sus fases, al impedirse que MSD interrogara a los peritos designados por los jueces, en violación del principio dispositivo, especialmente a Carlos Guerra y a Cristina Cabrera. También se impidió que el supuesto experto Iván Ponce, quien por solicitud de la actora presentó un informe sobre el mercado farmacéutico que fuera examinado e interrogado respecto del contenido del mismo. Agrega lo que la Corte Constitucional ha resuelto al respecto y señala que ha afirmado el deber de que se cumplan las garantías procesales previstas en la Constitución, por sobre cualquier otra consideración. Con esta base señala que en la sentencia, no se aplica el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, y se toma en cuenta la declaración testimonial de Anne Usher que fue rendida ante el Juez Segundo de lo Civil de Pichincha, en Quito, cuando se había dispuesto que ese testimonio se lo recibiera en Panamá, y no se permitió por parte del entonces Juez Segundo de lo Civil de Pichincha que se le repreguntara ni por escrito ni menos aun oralmente. Al considerar tal prueba, la sentencia deja de aplicar el artículo 76.4 de la Constitución, como lo hizo cuando ordenó la prueba pericial de Cristian Cabrera.

Que de igual modo se dejó de aplicar el principio de contradicción previsto en el artículo 168.6 de la Constitución cuando se negó que el perito único, designado por la sala de segunda instancia, respondiera la acusación de Carlos Guerra de que en su informe había error esencial y para que explicara por qué la Decisión No. 285 de la Comunidad Andina

no era aplicable a asuntos de competencia generados durante 2002 y 2003, como Carlos Guerra había expresado.

Que se dejó de aplicar la disposición transitoria quinta de la Ley de Propiedad Intelectual, en cuya virtud el conocimiento y resolución de esta causa era de competencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 y con ello no se aplicó el artículo 76.7.k) de la Constitución. Que los jueces de segunda instancia se reservaron analizar su competencia al dictar sentencia, según se desprende de la providencia de 29 de enero de 2009 (fs. 88), en que se limitaron a declarar la validez formal del proceso, y no decidieron sobre su propia competencia al tiempo de dictar sentencia. Que al concluir el período de prueba en primera instancia, MSD pidió al Juez Segundo de lo Civil que declarara la nulidad del proceso, en virtud de la incompetencia de tal juzgado, en razón de lo previsto en la disposición transitoria quinta de la Ley de Propiedad Intelectual, y ni el Juez que tramitó la causa en primera instancia, ni el Juez que la sentenció, ni la primera sala de lo civil, mercantil, inquilinato y materias residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se pronunciaron sobre la alegada nulidad. Que hasta el año 2005 no existió en el Ecuador regulación alguna en materia de Derecho de libre competencia, y por ello, es indudable que los jueces de lo civil, en primera y segunda instancia carecieron de competencia por lo que debieron declarar la nulidad del proceso. Que se ha violado el artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues los jueces se abstuvieron de reconocer su incompetencia. La Ley de Propiedad Intelectual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 294 otorgaba competencia a los jueces y tribunales distritales de propiedad intelectual para conocer las controversias sobre esa materia. Sin embargo, la disposición transitoria quinta de esa ley, establecía que hasta que sean creados los juzgados y tribunales de propiedad intelectual, los Tribunales

Distritales de lo Contencioso Administrativo conocerían sobre las causas de tal materia. Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 217.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, se atribuye la competencia a las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes de Justicia Provinciales para la resolución de las controversias en materia de propiedad intelectual. Por lo cual, señala que la represión de competencia desleal es materia de la Ley de Propiedad Intelectual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 284 ibídem. En consecuencia, los jueces de segunda instancia fueron incompetentes para conocer la causa en razón de la materia, lo cual conduce a una directa falta de aplicación del artículo 76.7.k) de la Constitución y de la disposición transitoria quinta de la Ley de Propiedad Intelectual, lo que ha sido determinante en la sentencia dictada, pues se ha impedido que jueces a quienes el legislador ha otorgado la calidad de jueces especiales en materia de competencia desleal, conozcan y decidan sobre esta materia, en este caso.

Que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en providencia de 5 de junio de 2009, dictada a las 17h18, dispuso, que se remitiera un oficio al señor Subsecretario de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, a fin de que remitiera a la Sala una terna de peritos expertos en materia de libre competencia económica y luego de remitida ésta por parte del Subsecretario de Competencia, se designó a Ignacio Luis de León Delgado, para que estableciera si es que MSD había violado normas de libre competencia y determinara si NIFA había o no sufrido daños y de ser así, fije un monto, quien efectivamente presentó el informe, en el cual, en un clarísimo análisis, se pronunció de forma definitiva en el sentido de que MSD no había violado norma alguna sobre competencia, en 2002 y comienzos de 2003, y que tampoco había causado daño alguno a MSD. El doctor De León expresó en su un incidente de error esencial en el informe del doctor Ignacio de León. Los

jueces designaron al doctor Carlos Guerra, supuesto experto en daños, competencia y propiedad intelectual para que se pronunciara sobre el error esencial que supuestamente existía en el informe del doctor Ignacio de León. El informe de Carlos Guerra constituyó en sí mismo, un claro plagio y una apología de errores, como lo demostró el informe que preparó el doctor en economía Diego Petrecola y que lo presentó MSD, en virtud del principio dispositivo y del principio de contradicción, establecidos ambos en el artículo 167.6 y artículo 76.7.h) de la Constitución.

Sin embargo, a pesar de no existir siquiera la declaración de que había error esencial, luego de veintitrés meses desde que concluyó el período de prueba, ante una insólita petición de la actora, alteraron lo que habían resuelto cuando nombraron al doctor Ignacio de León como perito para que determinara si NIFA había o no sufrido daño y de oficio, acogiéndose a la disposición del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, el 25 de abril de 2011, designaron otro perito, Cristian Cabrera, para que estableciera los supuestos daños bajo el pretexto inexistente de que no se había nombrado antes perito para tal finalidad. MSD pidió la revocatoria de tal designación con el argumento, entre otros, de que tal nombramiento atentaba directamente contra el principio dispositivo constante en el artículo 168 de la Constitución y solicitó que, como los jueces carecen de la facultad de declarar inconstitucional una norma, se procediera de acuerdo con lo señalado en el artículo 428 de la Constitución, a solicitar a la Corte Constitucional un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de dicha norma. Los jueces rechazaron tal petición, arrogándose funciones que no le correspondían en clara violación del artículo 226 de la Constitución. Los jueces de segunda instancia aplicaron, pues, indebidamente el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil por cuanto carecían de facultad para designar de oficio un perito, porque los jueces, en aplicación del principio dispositivo

no tiene esa facultad. Los jueces, además, dejaron de aplicar el artículo 428 de la Constitución al negar que se recurriera a la Corte Constitucional para que dictaminara sobre la constitucionalidad o no del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil que ellos mismos lo declararon como constitucional, en clara arrogación de facultades. La indebida aplicación del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil junto con la falta de aplicación del artículo 428 de la Constitución, han sido determinantes de la sentencia, al igual que lo han sido las demás infracciones a la Constitución y a la ley que son la base de este recurso de casación.

Ante la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, señalan que la sentencia no valora nada de la prueba actuada y no aplica los preceptos jurídicos sobre la de la prueba, lo cual condujo a la no aplicación de normas de derecho. Que en la sentencia falsamente se afirma que MSD renunció a la prueba. Que se vulnera el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil porque la sentencia no valora prueba alguna. Sólo cita tres pruebas, dos de las cuales fueron indebidamente actuadas y la tercera se la practicó para demostrar que en el informe del doctor Ignacio de León no había error esencial, error que jamás fue declarado por los jueces. Que en la petición de ampliación de la sentencia con respecto a todas y cada una de las pruebas mencionadas en el petitorio presentado el 27 de septiembre de 2011, los jueces se negaron a hacerlo y expresaron que sólo debían valorar la prueba que era pertinente, atinente y conductiva, sin señalar, como era su deber, cual era la prueba pertinente, atinente y conductiva. Añadieron que no tenían por qué valorar *“aquella prueba que se considera repetitiva, intrascendente e impertinente” ni aquella que no fue actuada válidamente dentro del juicio, ya que se estaría violando la Constitución y la Ley*”. Tampoco señalaron, como era su obligación, las pruebas concretas que eran repetitivas, intrascendentes e

impertinentes, ni las que fueron actuadas inválidamente. En la sentencia recurrida no se valora todas las pruebas producidas conforme lo dispone la norma citada, de hecho no se realiza en realidad ninguna valoración de la prueba ni se explica la pertinencia de ellas. MSD durante el término de prueba en segunda instancia, aportó abundante prueba, testimonial, documental y pericial que nunca fue mencionada en la sentencia y menos aún valorada, lo cual condujo a que en la sentencia se dejen de aplicar normas de derecho.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 113 ibídem dispone que la parte demandada tiene la obligación de probar aquello que fue objeto de las excepciones, por ello, MSD aportó con todas las pruebas necesarias para dar cumplimiento a tal carga procesal y probó de manera clara todas y cada una de sus excepciones así como todos y cada uno de los hechos que se relataron en la contestación de la demanda así como todos los puntos a los que se contrajo el recurso de apelación. La Sala para sustentar la falta de valoración de la prueba aportada por MSD sostiene de manera falsa y maliciosa que *"renunció expresamente de las pruebas, tendientes a desvanecer los fundamentos de la sentencia de primer nivel, según consta de fojas 9940 de los autos"*. Esto es absolutamente falso, pues en el escrito que consta en las fojas señaladas MSD simplemente señaló que *"MSD renuncia que se practique la pericia pedida al experto Cristian Cabrera, por lo cual, aceptándose tal renuncia, se dejará sin efecto la designación y la orden de que presente un informe sobre las materias solicitadas"*. Esta renuncia a tal pedido se debió, conforme consta en el mismo escrito, a que el perito Ignacio de León dictaminó en su informe la inexistencia de daños; por ello se creyó innecesario la presentación de un segundo informe sobre la misma materia. En consecuencia, los jueces inclusive mediante providencia de 26 abril de 2010, que consta a fojas

9949, dispusieron que *“con fundamento en lo dispuesto en los Arts. 10 y 11 del Código Civil, se acepta la renuncia formulada por el demandado en su escrito de fs. 9940 a 9942 de la instancia dejando por tanto sin efecto la designación de perito en la persona de Cristian Augusto Cabrera Fonseca”*. Por ello, señala que la afirmación de la Sala que consta en el considerando décimo séptimo de la sentencia, es falsa y viola, por lo tanto, lo dispuesto en los artículos 113 y 115 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, se han dejado de aplicar los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de toda la prueba, lo cual condujo a una errada aplicación de las normas de derecho sustantivo mencionadas en la sentencia, en especial, la del artículo 2214 del Código Civil, pues de haberse valorado la prueba de su representada, nunca se habría aceptado la demanda en la manera en que se hizo en la sentencia de segunda instancia.

Que no se valoró en sentencia los siguientes actos probatorios que fueron legal y debidamente solicitados y practicados en los términos de prueba de primera y segunda instancia, los documentos que se adjuntaron a la contestación a la demanda y cuya traducción se ordenó en primera instancia; mail de 3 de octubre de 2002, remitido al señor Miguel García; el sumario de la reunión llevada a cabo en Panamá, el 20 de noviembre de 2002, entre Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation y NIFA S.A.; el acuerdo de confidencialidad suscrito entre las partes, el 14 de mayo de 2002; la comunicación dirigida al señor Miguel García por Jacob Harel el 29 de enero de 2003; la comunicación de 25 de febrero de 2003 suscrita por el señor Jacob Harel; los balances presentados por la compañía NUEVA INDUSTRIA FARMACEUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA S.A.) a la Superintendencia de Compañías; las copias certificadas de las declaraciones de impuesto a la renta presentadas por la compañía NUEVA INDUSTRIA FARMACEUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA S.A.), por los

años 2002 y 2003; el testimonio rendido por el señor Edgardo Jaén; la inspección judicial del 24 de agosto de 2004; la pericia contable realizada por el doctor Omar Herrera; el testimonio de Anne Karen Ranson y los hechos de que tal diligencia se practicó sin que la providencia que la ordenó se haya ejecutoriado y se haya impedido que la testigo sea repreguntada; el testimonio de Hans Forrer Ruegg; el informe del perito Ignacio de León; el testimonio de Debora Doris Bertha Beitch; el testimonio de Ernesta Bello Tuñas; el testimonio de Luis Eduardo Ortiz; el testimonio de Blanca Esther Solís Tamayo; el testimonio de Richard Trent; el testimonio de Fabiana Lacerca; el testimonio de Jacob Harel; el testimonio del doctor Nelson Fernando Bonilla Camacho; el testimonio de Norman Xavier Espinel Vargas; el certificado de gravámenes del predio donde funciona la planta industrial de NIFA S.A. en el que consta que el propietario de dicha planta es la Compañía Medtex Cía. Ltda.; los materiales promocionales preparados por Staubach Tie Leug para la venta de la planta industrial que fuera de propiedad de MSD; los reportes de la Compañía IMS comprendido entre el año 1997 a 2008; los reportes de la Compañía Data Quest correspondientes al periodo comprendido entre los años 1997- 2008; la copia certificada del movimiento migratorio de Miguel Eduardo García Costa, Representante Legal de NIFA S .A., con el que se demostró que durante el año 2002, el señor García salió del país durante seis ocasiones a los siguientes destinos: Estados Unidos, Alemania, España y Panamá. Por ello se probó que las conversaciones se alargaron, entre otras razones, porque Miguel García se ausentaba frecuentemente del país; la comunicación enviada por el doctor Alejandro Ponce Martínez a NIFA S.A. el 2 de diciembre de 2002. Los correos electrónicos con su respectiva traducción y el soporte informático como son: El mensaje de correo electrónico de 8 de febrero de 2002, remitido por Fanny Coral con el que se adjunta la comunicación de Doris Pienknagura, Directora de Operaciones Andinas/Chile, anunciando el

cierre de las operaciones de fabricación y empaquetamiento en el Ecuador, para fines del año 2002; mensaje por correo electrónico de 13 de febrero de 2002, enviado por Jacob Harel a Richard Trent y otros, en el cual se hace un resumen de la teleconferencia llevada a cabo en esa misma fecha, indicando que el anuncio sobre el cierre de la planta industrial ya se había hecho a los empleados locales, funcionarios gubernamentales, comunidad médica y medios de comunicación social; Mensaje por correo electrónico de 26 de febrero de 2002, en el cual Doris Pienknagura indica que se ha distribuido invitaciones a las siguientes compañías: ECUAQUÍMICA, LIFE, ACROMAX, ARISTON, NIFA, ALBANOVA, BJARNER/ECU, HENKEL, EDECA , RENE CHARDON, SERVER C EM, LABORA TORIOS CARDY, LEVAPAN, ENVASADORA LA PORTUGUESA, SUMESA; correo electrónico de 13 de marzo de 2002 enviado por María Lorena Barriga a Jacob Harel y Patrick Bore, al cual adjunta el informe de las visitas efectuadas por Ecuaquímica, NIFA y Chalver Laboratorios e indica, además, que se encuentran recogiendo información de Pepsico-FritoLay, FAJAPRO (importaciones/exportaciones de productos agro/veterinarios, cosméticos y farmacéuticos) y TERBOL (Laboratorio Farmacéutico boliviano); mensaje de correo electrónico fechado 2 de mayo de 2002 y que fue remitido por Edgardo Jaén al grupo de trabajo, para informarles sobre el material de comercialización, que fue producido por Staubach, para la promoción de la planta industrial de MSD; mensaje por correo electrónico de 1 de mayo de 2002, remitido por Jill Gambino, en el que anexa un resumen de la reunión mantenida con funcionario de Merck del día anterior; el mensaje por correo electrónico remitido el 14 de mayo de 2002, de María Lorena Barriga a Doris Pienknagura, Jacob Harel y otros, en el que adjunta el informe de la segunda visita efectuada por NIFA S.A.; los mensajes por correo electrónico de 20 y 23 de mayo de 2002, por medio de los cuales el grupo de trabajo cruzó información, entre otros, sobre los productos y equipos

ofrecidos en venta; los mensajes por correo electrónico de 3 y 12 de junio de 2002, así como el remitido el 30 de mayo de 2002 por Ernesta Bello. El mensaje por correo electrónico remitido el 1 de julio de 2002, por Fanny Coral, con el que adjunta la versión en inglés de la carta remitida por Miguel García, especialmente todas las expresiones de él relativas a que la planta industrial no cubría sus necesidades, que le era más conveniente demoler las instalaciones y hacer una nueva construcción, que no estaba interesado en la línea de productos que MSD ofrecía en venta y que en base a las razones antes indicadas, ofrecía la suma de US\$ 800.000,00; los correos electrónicos de 2, 3 y 4 de julio de 2002, en los que se hace referencia a la oferta presentada por Miguel García, anotando que él insistía en que el área de producción de la planta no le servía para sus operaciones y que únicamente podía aprovechar el piso, techo y paredes perimetrales; que el equipo era obsoleto y que las líneas de productos no le eran atractivas, dado que NIFA S.A., no contaba con la estructura necesaria para su distribución regional; los mensajes electrónicos de 17 de julio de 2002, en los cuales el equipo de trabajo analizó la modificación de la oferta original de Miguel García, esta vez, a la suma de US \$950.000,00; el correo electrónico de 2 de agosto de 2002 enviado por María Lorena Barriga a Jacob Harel y otros, con el cual adjunta el informe de la visita efectuada por la compañía CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACEUTICA S.A.; el mensaje por correo electrónico cruzado entre Edgardo Jaén y el grupo de trabajo, el 8 de agosto de 2002, que adjunta la comunicación de Miguel García; el mensaje por correo electrónico enviado por Miguel García a Edgardo Jaén el 27 de agosto de 2002, en el que aumenta su oferta a 1.2 millones de dólares, a 10 años plazo más 1 de gracia; correo electrónico de 5 de septiembre de 2002, mediante el cual María Lorena Barriga informa al grupo de trabajo que el día anterior CIFSA visitó la planta industrial y que estaba programada otra visita para el siguiente día; mensajes por correo electrónico de 5 y 11

de septiembre de 2002, en lo que Ernesta Bello remite al grupo de trabajo, el resumen de la visita efectuada el 9 de los mismos mes y año, por la Compañía CIFSA-CASA INDUSTRIAL FARMACEUTICA. Los correos electrónicos de 12 de septiembre de 2002, en los que se relata que el señor Hans Steiner manifestó que las instalaciones no cumplían con los requerimientos de Ecuaquímica y que el precio tope que la compañía estaría en capacidad de pagar por el terreno y los edificios era de US\$ 900.000,00; el mensaje por correo electrónico de 19 de septiembre de 2002, enviado por María Lorena Barriga a Jacob Harel y otros, informándoles sobre la visita efectuada por AVON; el mensaje por correo electrónico de 23 de septiembre de 2002, remitido por Miguel García a Doris Pienknagura, indicándole que ratificaba la oferta de compra de las instalaciones de MERCK -en esa ocasión- por el valor de USD 1.4 millones de dólares, así como el correo electrónico remitido en esa misma fecha por Doris Pienknagura al grupo de trabajo, informándole que el día viernes se había reunido con las dos partes interesadas en comprar la planta: CIFSA y NIFA y que ambas presentaron ofertas de \$ 1.4 millones de dólares; el correo electrónico fechado a 23 de septiembre de 2002 y que fue enviado por Edgardo Jaén para informar al grupo de trabajo sobre las reuniones mantenidas con NIFA y CIFSA; el correo electrónico remitido por Eduardo Jaén el 26 de septiembre de 2002, al grupo de trabajo, en el que adjunta la oferta final de Miguel García de US \$ 1.5 millones de dólares. El correo electrónico de 3 de octubre de 2002, remitido por Edgardo Jaén a Miguel García, informándole que acusa recibo de su oferta de 1.5 millones de dólares y que MSD desea adelantar discusiones directamente con su compañía, hacia un acuerdo definitivo en la propuesta transacción. Dicha discusión está sujeta a la confirmación apropiada de la investigación del crédito de financiamiento externo. La aprobación final por parte de MSD, a su oferta, está sujeta al acuerdo mutuo, a discreción de cada una de las partes, para los términos

y condiciones definitivos en la transacción y a la aprobación de los mismos por la administración de MSD. MSD se reserva el derecho de terminar la propuesta discusión por cualquier razón en cualquier momento de la misma; el correo electrónico de 28 octubre de 2002, de Gerald Younce a Anne Usher; el mensaje por correo electrónico enviado por Edgardo Jaén a Richard Trent y otros, el 5 de noviembre de 2002, en el que relata los esfuerzos de Staubach para ayudar a Miguel García a conseguir financiamiento para la adquisición de la planta industrial; el correo electrónico de 26 de noviembre de 2002, mediante el cual Héctor Tejada informó a Jacob Harel que MSD se enteraba que NIFA S.A. había recibido aprobación para las copias de Vioxx esa semana, lo que violaba la patente que Merck tenía sobre ese producto; el correo electrónico de 26 de noviembre de 2002, mediante el cual Miguel García manifiesta su aceptación a lo conversado en Panamá con J. Harel, Sr. Ortiz y E. Jaén; el mensaje por correo electrónico remitido por Doris Pienknagura el 16 de diciembre de 2002; el correo electrónico de 10 de enero de 2003, dirigido por Doris Pienknagura a Miguel García, a través del cual le expresa la gran preocupación que significa para MSD; la copia de los productos MERCK por parte de NIFA y le pide programar una reunión para hablar directamente con él; el mensaje por correo electrónico enviado el 17 de enero de 2003, por Jacob Harel a Edgardo Jaén; así como la respuesta de Edgardo Jaén constante en el correo electrónico de esa misma fecha, en el que le indica que ha mantenido una conversación telefónica con un ejecutivo de CIF, que estaba encargado del trámite de solicitud de NIFA S.A., el mismo que había confirmado la existencia de un contrato entre NIFA y CIF; el correo electrónico de 22 de julio de 2003 mediante el cual Doris Pienknagura notifica que al día siguiente se producirá la venta de las instalaciones de MSD a ECUAQUIMICA. La copia certificada del título de registro de la patente denominada “composiciones para un tratamiento de una sola vez al día de enfermedades en las que interviene la ciclo

OXIGENASA-2”, otorgada a favor de Merck & Co. Inc. y Merck Frost Canadá Inc., el 13 de mayo de 1997, bajo el No. PI 99-1611; la copia certificada del título de registro de la patente denominada “piridinas sustituidas como inhibidores selectivos de CICLOOXIGENASA 2”, otorgado a favor de Merck Frost Canada & Co./ Merck Frost Canada & Cie., el 24 de noviembre de 1999 bajo el No. PI 99-1639; copias certificadas del contrato de venta de la planta industrial suscrito entre Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation e Inmobiliaria HELVETIA S.A. (ECUAQUÍMICA), ante el notario Cuadragésimo de Quito, doctor Oswaldo Mejía Espinosa, inscrita en el Registro de la Propiedad el 26 de septiembre de 2003; la publicación efectuada en el diario “El Comercio” de 12 de febrero de 2009, página 20, titulada: “*DARWIN IDEÓ SU TEORÍA EN EL BEAGLE*”; la copia certificada del “*Informe de Regularización de Construcciones*”, otorgado por el Municipio del Cantón Rumiñahui, junto con las copias certificadas de los planos aprobados; la copia certificada de plano de uso de suelo de mediano impacto industrial de la ciudad de Quito, correspondiente al año 2003, así como la certificación otorgada por la Dirección Metropolitana de Planificación Territorial y Servicios Públicos de Quito, en la que consta que tal zonificación se mantuvo vigente en el año 2004; la copia certificada del plano de uso de suelo del Cantón Rumiñahui, que fue publicado en el Registro Oficial de 15 de mayo de 2003 y que tiene una vigencia de 20 años, tal y como consta del oficio 2008-1778-DP-IMCR de 25 de noviembre de 2008, suscrito por el Director de Planificación del Municipio de Rumiñahui; la copia certificada de la escritura pública de compraventa otorgada el 22 de mayo de 2003, por Nueva Industria Farmacéutica Asociada NIFA S.A. a favor de la Compañía Venus S.A., ante el notario Vigésimo Noveno de Quito, doctor Rodrigo Salgado Valdez, inscrita en el Registro de la propiedad el 2 de junio de 2003, mediante la cual la primera vendió a la segunda el lote de terreno No. 47-B de la Cooperativa

Huertos Familiares Mirasierra, situado en la Parroquia Alangasí del Cantón Quito; el informe de regulación metropolitana relativo al predio que actualmente pertenece a la Compañía Venus S. A. en el que se afirma que el lote de terreno vendido por NIFA S.A. a la Compañía Venus S.A. tiene como uso principal (I2) “*industrial mediano impacto*”; las fotografías tomadas a la planta de propiedad de Venus S.A., que prueban que dicha compañía si construyó sobre el inmueble que adquirió a NIFA S.A. la planta industrial de mediano impacto que consta en las mencionadas fotografías; copias certificadas de publicaciones de prensa que dan cuenta que trece naves industriales estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003; copias certificadas de publicaciones de prensa que dan cuenta que treinta y tres terrenos estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003; copias certificadas de publicaciones de prensa en las que constan que veinte y siete bodegas estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003; copias certificadas de anuncios de prensa que dan cuenta que ciento cincuenta galpones estuvieron disponibles para la venta en los años 2002 y 2003; copia certificada de un anuncio de prensa en el que consta que una nave industrial estuvo disponible para arriendo en el año 2003; las copias certificadas del juicio de daños y perjuicios que por quebrantamiento de leyes expresas, sigue Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation, en contra de la Dra. Victoria Chang – Huang de Rodríguez, Jueza Suplente Segunda de lo Civil de Pichincha y el Abg. Ricardo López Aráuz, Ayudante Judicial No.1 de dicha Judicatura, funcionarios que tuvieron a su cargo, en primera instancia, la resolución y tramitación de este juicio ordinario; el informe pericial del ingeniero Manuel Silva perito experto en mercado inmobiliario; la opinión del experto Walter Spurrier; la opinión del experto Rolf Stern; las copias certificadas de todos los acuerdos ministeriales por los cuales se fijaron los precios de venta de los productos pertenecientes a NIFA S.A., desde el año 2002 hasta la

actualidad; la opinión del experto doctor Luis Diez Canseco; el oficio OF-DINHMT-RSM-1309-09 de 11 de diciembre de 2009, en el que el doctor Eduardo Sandoval Villamar, Director Nacional del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez” informa a la Sala que a toda solicitud de registro sanitario de medicamentos se debe acompañar muestras del producto, y que NIFA S.A. adjuntó muestras del producto a las solicitudes de registro de FEXIL y/o ROFECOXIB; la copia certificada del registro sanitario del producto denominado ETORICOXIB, obtenido por NIFA S.A. que corresponde a la patente No. PI 99-1639 de Merck Frost Canada & Co./ Merck Frost Canada & Cie.; las copias certificadas de tres registros sanitarios obtenidos por NIFA S.A. para el producto ROFECOXIB; las copias certificadas de los registros sanitarios obtenidos por Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation para los productos: VIOXX 50 MG TABLETAS (Registrado con el No. 23.810-05-01 el 23 de mayo de 2001), VIOXX 12.5 mg TABLETAS (Registrado bajo el No. 27.780-06-99 el 7 de julio de 1999) y VIOXX 25 MG TABLETAS (Registrado con el No. 22.781-06-99 el 7 de julio de 1999); las copias certificadas de todos los registros sanitarios obtenidos por Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation y Nueva Industria Farmacéutica Asociada NIFA S.A., durante el año 2002; las copias certificadas de las declaraciones de impuesto a la renta presentadas por la compañía Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. NIFA S.A., hoy PROPHARM S.A., desde el año 2003 hasta el año 2008; la opinión del experto en daños CPA Carlos Montañez, perito registrado en el Consejo de la Judicatura; la declaración Juramentada del experto Walter Spurrier sobre el contenido del informe de Cristian Cabrera; la declaración Juramentada del experto Economista Alberto Acosta Burneo sobre el contenido del informe de Cristian Cabrera. Los jueces de segunda instancia al haber dejado de valorar toda esta prueba antes mencionada, se abstuvieron de reconocer que MSD había planificado la venta de su

planta industrial desde finales del año 2001 y que dentro de tal plan de venta consideró inicialmente, ofrecer dicha planta a varias compañías de diversos sectores industriales; entre las que no constaba NIFA S.A., con el fin de cumplir su proyecto de venta de la planta, contó con los servicios de la firma Staubach. La prueba no valorada por la Sala en su sentencia, demuestra que NIFA comienza un largo proceso de negociación a partir del mes de mayo del año 2002 y que durante dicho proceso, en varias ocasiones, Miguel García señaló que la planta no reunía los requisitos y las condiciones técnicas por él requeridas, que si llegaba a comprar dicha planta únicamente le serviría la estructura exterior y que inclusive la maquinaria era vieja y obsoleta. Que no se consideró que la negociación se extendió por las dilaciones en las propuestas realizadas por NIFA S.A., y por los constantes viajes al exterior de su representante, Miguel García. Además, si la Sala habría valorado esta prueba, habría reconocido que las negociaciones no se conducían de manera exclusiva con NIFA S.A., y que durante todo el tiempo de la negociación que se desarrollaba con ésta, existían conversaciones simultáneas con otras compañías igualmente interesadas, entre ellas Ecuaquímica, a quien finalmente se le vendió la planta. Si la Sala habría valorado en su sentencia la prueba aportada, habría reconocido, además, que este proceder de MSD respondía a la existencia de un acuerdo de confidencialidad suscrito con NIFA S.A., que le permitía a MSD negociar con otras compañías e inclusive dar por terminadas las negociaciones en cualquier momento sin que las partes pudieran reclamarse nada. No obstante, de la conducta de NIFA S.A., en dilatar las negociaciones, según la prueba aportada, se desprende que para fines del mes de noviembre del año 2002 las partes habían determinado un precio de la planta que resultaba aceptable para ambas por lo que MSD se encontraba en ese momento lista para para suscribir la respectiva escritura de compraventa y esto no se produjo única y exclusivamente porque NIFA S.A., aun no contaba con el

financiamiento requerido. A finales del mes de noviembre del año 2002 MSD descubrió que NIFA S.A., había solicitado y obtenido el registro sanitario para el producto Rofecoxib que se encontraba protegido por una patente a favor de las compañías Merck. Este hecho conforme se desprende de la prueba antes señalada, afectó gravemente la confianza en la negociación. Pese a ello, una vez que NIFA S.A. asumió el compromiso de no producir Rofecoxib, esto es en enero del año 2003, las negociaciones se reanudaron con el convencimiento de que se llegaría a suscribir un contrato de venta definitivo. Sin embargo, de la prueba no valorada por los jueces de la segunda instancia, se desprende que el 22 de enero del 2003 Miguel García decidió, como era su derecho, retirarse de las negociaciones cuando estas se encontraban muy cerca de ser finalizadas y simplemente restaba por acordar el compromiso de respetar las patentes de las compañías Merck con respecto a uno o dos productos. Toda la prueba antes señalada, demuestra, que MSD actuó en todo momento con buena fe y con la voluntad destinada a vender su planta industrial. Esta buena fe no se aprecia por parte de NIFA S.A., pues si se habría analizado y valorado la prueba en sentencia, la Sala habría llegado a la convicción de que NIFA S.A., no solo actuó de mala fe durante las negociaciones sino que infringió las patentes de las compañías Merck en el caso del Rofecoxib y también al haber obtenido el registro sanitario del Etoricoxib, producto también patentado por las compañías Merck. Esta conducta podría explicar el abrupto abandono de las negociaciones por parte de NIFA S.A., conforme se ha probado y no ha sido valorado. Señala que la falta de valoración de toda esta prueba condujo a la indebida aplicación del artículo 2214 del Código Civil, pues de haber aplicado el precepto relativo a la valoración de la prueba jamás podría haber llegado la Sala a la conclusión de que existía un hecho ilícito y menos aún a la condena en la indemnización de daños y perjuicios en contra de MSD.

El testimonio rendido por Norman Xavier Espinel Vargas, constante a fojas 841 a 844 vta., del cual se evidencia claramente que existían otros competidores en el mercado de bienes raíces que pusieron a disposición de los potenciales compradores tales inmuebles; el testimonio rendido a fojas 884 a 886 vta., del doctor Fernando Bonilla y determina que con este testimonio se probó además la mala fe con la que actuó NIFA S.A., tanto en las negociaciones como en el propio proceso judicial; la declaración testimonial a fojas 891 a 892, de la doctora Blanca Solís; el testimonio de fojas 900 a 904, de la señora Debora Doris Bertha Beitch Nimelman, y señala que si se hubiese valorado esta prueba hubieran concluido que fue NIFA S.A., quien abandonó la negociación, que en todo momento la negociación se condujo de buena fe y que la negociación respondió a la práctica usual dentro del negocio de bienes raíces. Que la Sala no dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 115 de Código de Procedimiento Civil y si lo aplicaba, jamás habría concluido que MSD violó el artículo 2214 del Código Civil y por lo tanto, la conclusión habría sido la de negar la demanda propuesta. Señala el testimonio de fojas 9106 a 9114 ante el Cónsul General del Ecuador en México, del señor Luis Eduardo Ortiz Monasterio, apoderado general de MSD a la época de las negociaciones con NIFA S.A., señala la declaración a fojas 10186, ante el Vicecónsul del Ecuador en New Jersey, del señor Richard John Tren, del cual se infiere que la negociación se dio de buena fe; el testimonio del señor Jacob Harel a fojas 10187 a 10188, ante el Vicecónsul del Ecuador en New Jersey, del cual se concluye que MSD actuó de buena fe, que nunca tuvo acceso al plan de negocios de NIFA S.A., ni a su información financiera, que NIFA S.A., reconoció que tenía otras opciones distintas a la compra de la planta de MSD, que NIFA S.A., obtuvo el registro sanitario sobre un producto patentado de las compañías Merck y por ende, que se violaron los derechos de propiedad intelectual y que la negociación de la venta de la planta industrial terminó por voluntad de

Miguel García.

Que en la declaración testimonial de la señora Ernesta Bello Tuñas, a fojas 9250 a 9252 ante la Cónsul General del Ecuador en Washington, se indica que las negociaciones por parte de MSD fueron conducidas de buena fe, que NIFA S.A., reconoció que tenía varias opciones adicionales a la planta de MSD entre las que se incluían la de adquirir la planta de Albonova o construir su propia instalación, que la planta de MSD para NIFA S.A. tenía demasiados problemas y que requería para satisfacer las necesidades de ésta múltiples adecuaciones y que MSD nunca recibió o tuvo conocimiento sobre el "plan de negocios" de NIFA S.A.

Que se produjo una indebida aplicación de artículo 29 del Código Civil, con respecto a la ausencia de dolo, pues la prueba aportada confirma la presunción de la buena fe y desvirtúa por completo la afirmación de la actora. Puntualiza que en el testimonio de la abogada María Fabiana Lacerca, ante la Cónsul General de Ecuador en Washington, a fojas 8797 a 8800, se anota que MSD actuó de buena fe en todo el proceso de negociación, que era la intención de MSD llegar a un acuerdo de venta de la planta, que fue NIFA S.A., a través de su representante quien abandonó el proceso de negociación y que nunca se intentó imponer un acuerdo para restringir la competencia a NIFA S.A.

A fojas 819, se incorporaron al proceso las copias certificadas de los balances generales de la compañía NIFA S.A., otorgados por la compañía Indicador Premium, desde el año 1996 al 2006, prueba que fue aportada por MSD, documentos que no fueron valorados, ya que de haberlo hecho habrían llegado a la conclusión de que NIFA S.A., contrariamente a lo afirmado en la sentencia, en los años inmediatos posteriores a los hechos que se señalaron en la demanda, lejos de empobrecerse se enriqueció y

por ello sus utilidades crecieron de manera constante, con esta prueba, determinan que lejos de producirse un daño, NIFA S.A., mejoró su situación patrimonial en los años inmediatos posteriores a la negociación con MSD. Que se produjo una indebida aplicación del artículo 1572, pues no existió claramente ni daño emergente ni lucro cesante, elementos fundamentales para la determinación, del perjuicio material. Señala jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, e indica que en la sentencia impugnada, al no haberse valorado la prueba antes señalada, se dejaron de aplicar los precedentes judiciales indicados, pues ante la prueba de la propia inexistencia del daño se resolvió que este existía e inclusive se aceptaron daños hipotéticos o eventuales. Así, en la sentencia se reconoció la existencia de daños hipotéticos o eventuales, los mismos que no son exigibles, pues únicamente los reales y determinados lo son.

A fojas 276 se incorporó al proceso la comunicación enviada por el doctor Alejandro Ponce Martínez a NIFA S.A., el 2 de diciembre de 2002, con la respectiva fe de presentación, con la que se probó que MSD le solicitó al representante legal de NIFA S.A., Miguel García, que se abstuviera de ejecutar cualquier acto que implique una violación de la patente de Vioxx (cuyo principio activo es el Robecoxib), otorgada a favor de las compañías Merck, de haberse valorado tal prueba se habría llegado a la conclusión, contrariamente a lo afirmado en la sentencia que existió efectivamente una violación a los derechos de la propiedad intelectual de las compañías Merck.

Que de fojas 279 a 484 constan los mensajes cursados por correo electrónico y que fueron incorporados como prueba al proceso, mismos que no fueron valorados, dejando de aplicar los artículos 115, 113 y así como el segundo inciso del artículo 121 del Código de Procedimiento

Civil y el artículo 147 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Que la Sala en la sentencia toma como prueba para resolver sobre el fondo del caso la declaración rendida por el doctor David Sperber en el incidente de alegado error esencial del informe del doctor Ignacio de León y al hacerlo cometen dos errores, primero utiliza su testimonio en un contexto distinto y segundo, solo toma en cuenta una frase descontextualizada, y en consecuencia la invocación realizada por la Sala en el considerando quinto de la sentencia, conduce a una clara aplicación indebida de la norma contenida en el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, pues tal norma limita la validez probatoria a las pruebas practicadas de acuerdo con la Ley en el término de prueba principal y no en lo de los incidentes. En este caso, el testimonio de David Sperber, no se rindió para probar asuntos de fondo sino dentro del trámite incidental. Por ello, el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil dispone que las pruebas deben practicarse dentro de los respectivos términos probatorios. Al haber fenecido el término de prueba el 5 de junio de 2009, únicamente podían ser utilizadas como pruebas, para los aspectos sobre los cuales se trabó la Litis aquellas que fueron solicitadas, ordenadas y practicadas dentro de tal término. La valoración de tal prueba en violación a lo dispuesto en los artículos 117 y 315 *ibidem*, condujo a que se viole de manera directa el artículo 76.4 de la Constitución, por lo que carecía de todo valor.

Que los jueces, en violación del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, consideran como prueba un informe del ingeniero Marco Yerovi, que sólo estaba destinado a tratar de probar un error esencial alegado y no probado por la actora en el informe del ingeniero Manuel Silva, puesto que, de haberse declarado, que no se lo declaró, que había error esencial en ese informe, debió haberse designado otro perito, según la norma

legal.

Que los sendos incidentes de error esencial, antes mencionados, propuestos sin prueba en contra de los informes presentados por los peritos Manuel Silva e Ignacio de León, tenían que haber sido resueltos en forma positiva, esto es, mediante la aceptación de que en ellos existía error esencial con el fin de que se hubiera dado paso a la designación de otros peritos, exclusivamente sobre aquello que constituía en cada informe, error esencial. Los jueces de segunda instancia no hicieron, en caso alguno a tal declaración. Por consiguiente, los informes mantuvieron su integridad y eficacia probatoria y debieron ser valorados en la sentencia. En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha decidido que *"el actual Art. 258 del mismo Código permite que solo en caso de error esencial probado sumariamente, el Juez, de oficio o a petición de parte, ordene la corrección del dictamen pericial por otro u otros peritos"*. En el presente caso, nunca se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, pese a que en varias ocasiones MSD requirió a los jueces de segunda instancia que así lo hicieran, éstos anunciaron, con grave equivocación, que lo harían en sentencia, sin embargo, no lo hicieron. Que se constituye una clara violación tanto de la norma del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil cuanto la del artículo 117 ibídem. Tal infracción conduce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.4 de la Constitución a su invalidez y carencia de eficacia probatoria, lo cual condujo a que se produzca una indebida aplicación del artículo 2214 del Código Civil, pues la Sala se encontraba impedida, constitucionalmente, de dar valor y conceder eficacia probatoria a aquello que había sido actuado en violación de la Ley.

De igual manera, la Sala incurre en violación de los artículos 117 y 315 del Código de Procedimiento Civil al haber valorado en la sentencia

impugnada el informe pericial del perito Manuel Yerovi, pues dicho perito no fue designado ni posesionado como tal dentro de la prueba de la causa, pues su informe fue, simplemente, prueba ordenada y practicada dentro del incidente de error esencial propuesto por NIFA S.A., en contra del informe del perito Manuel Silva. Los jueces de segunda instancia nunca resolvieron el incidente, por ello no sólo se mantuvo la validez y eficacia procesal del informe de Manuel Silva, sino que además nunca se ordenó corregir el mismo, si habría existido error esencial de conformidad con el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala no aplicó los preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba con relación a la posibilidad de acceso de financiamiento para la adquisición de la planta industrial puesto que no hay prueba alguna que demuestre que en el Ecuador a fines de 2002 y comienzos de 2003 no haya habido acceso a crédito. En la sentencia expedida el 23 de septiembre de 2011, sin que exista prueba alguna, se sostuvo que como consecuencia de la incertidumbre política que existía en el país, se generó una gran desconfianza en los actores económicos por lo cual los bancos cerraron sus créditos. En la sentencia no existe mención ni valoración alguna de prueba para justificar tal afirmación. No se menciona en que se sustenta dicha afirmación. Por ello, la Sala ha dejado de aplicar los artículos 115 y 113 del Código de Procedimiento Civil, lo cual condujo a una indebida aplicación del artículo 2214 del Código Civil.

Que existe equivocada aplicación del artículo 1475 del Código Civil en la sentencia que dispone que el dolo no se presume y que por el contrario debe probarse. Así, la sentencia afirmó que el dolo de MSD se desprende del análisis de las circunstancias en que se dieron los hechos y de las actuaciones que ejecutó durante el proceso de negociación, tales como, el nivel jerárquico y la preparación que en materia de mercado

farmacéutico, tenían los ejecutivos de MSD que intervinieron en el proceso de negociación de venta de la planta industrial, la introducción de cláusulas de no competencia que no fueron previstas en la oferta inicial y que se hubiera ofertado en venta la planta conjuntamente con su maquinaria, todo lo cual, según los jueces, demostraba la mala fe de MSD. Sin embargo, la Sala sin aplicar los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; omitió referirse a la vasta prueba documental, testimonial y pericial, que demostró que MSD siempre actuó con buena fe, y , principalmente que la propuesta sujeta a discusión, de que NIFA se abstuviera de producir medicamentos que violaban los derechos de propiedad intelectual de las compañías Merck, se debió a su legítimo derecho y a la falta de confianza que, como consecuencia de ello, se había generado por las acciones de NIFA S.A.

Que existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba al afirmar en la sentencia que la planta industrial de MSD era la única alternativa posible con la que NIFA S.A., contaba para poder expandir su producción y continuar con su programa de crecimiento y diversificación de producción, sosteniendo, para ello, que MSD se encontraba en posición de dominio en el mercado de plantas industriales. Esta afirmación es falsa, pues existe prueba que demuestra que el propio representante de NIFA S.A., sostuvo la tesis contraria y además, como ya se ha analizado con la declaración de Norman Espinel y el informe de Manuel Silva, no valorados en la sentencia, se demuestra plenamente que había numerosos terrenos en áreas industriales y plantas que pudieron haber sido adquiridos por NIFA S.A.

Que la no aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, ordena que el Juzgador debe apreciar en conjunto las pruebas aportadas por las partes con la consecuente obligación de expresar en su resolución

la valoración de todas las pruebas producidas. En la sentencia, la Sala afirma que no existe evidencia de que MSD haya iniciado algún tipo de acción para precautelar sus derechos de propiedad intelectual. La Sala, en su sentencia, dejó de valorar la prueba documental que fue aportada por MSD, que consistió en la comunicación que fue enviada por el doctor Alejandro Ponce Martínez a NIFA S.A., el 2 de diciembre de 2002, en la cual se solicitó al representante legal de NIFA S.A., que se abstuviera de ejecutar cualquier acto que implicara una violación de la patente de Vioxx otorgada a favor de las compañías Merck, así como varias demandas que fueron propuestas por las compañías Merck en contra de las compañías Pharmabrand S.A., Farmacid S.A., Grufarquímicas S.A., con el fin de evitar el ingreso a los circuitos comerciales y la comercialización del producto Rofecoxib que atentaba contra los derechos de propiedad intelectual sobre la patente de Vioxx, prueba que no ha sido valorada en la sentencia.

Que en la sentencia se abstuvieron de valorar el acuerdo de confidencialidad constante a fojas 88 a 101 de primera instancia, suscrito entre NIFA y MSD el 14 de mayo de 2002.

Que no se valoró el informe presentado por Rolf Stern que consta a fojas 1064 a 1241, quien concluyó en este documento que no existen daños causados a NIFA S.A., como consecuencia de la fallida negociación entre MSD y aquella, además, el informe presentado por Walter Spurrier, que consta a fojas 990 a 1063, y señala que el plan de negocios se sustenta en erróneos supuestos económicos financieros. Por ello, la sentencia habría debido resolver que los daños demandados eran hipotéticos y supuestos y, por lo tanto, jurídicamente inexistentes. Indica el informe presentado por Luis Diez Canseco Núñez que consta a fojas 1242 a 1375, que determina que no existía posición de dominio de MSD, que no existía

afectación al mercado y que, por tanto, no existía infracción alguna por lo que tampoco habría existido derecho a indemnización alguna; agrega que la copia certificada del Proyecto de Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia que consta fojas 796 a 809, misma que fue vetada totalmente por el Vicepresidente de la República, encargado de la Presidencia el 13 de noviembre de 2002, mediante la cual se demostró tanto la inexistencia de una ley que sancione las prácticas contrarias a la libre competencia como el hecho de que en materia de libre competencia se requiere en primer lugar la determinación administrativa de la práctica, daños contra el mercado, para que posteriormente proceda la acción de competencia desleal por parte de los competidores perjudicados. De haber la Sala valorado todas éstas pruebas habría llegado a la conclusión de que no existía conducta sancionable. Con ello, existió una indebida aplicación del artículo 2214 del Código Civil, y errada interpretación de los artículos 24.1 de la Constitución de 1998, y del artículo 244.3 de la misma Constitución.

Por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, determina lo que sostiene el fallo recurrido, y anota que los jueces estaban impedidos de aplicar leyes extranjeras y por ello, jurisprudencia extranjera porque la actora no se fundamentó en Derecho extranjero, y porque no existe elemento alguno de conexión, que según el derecho internacional privado, permita tal aplicación. La propia actora en su demanda se refiere a los principios generales de derecho, sin embargo, la sentencia no aplica el artículo 18 regla 7a. del Código Civil y se inventa una jurisprudencia de Francia, España y Colombia que no menciona. Según los principios universales del Derecho de la Competencia, la indemnización se establece si es que existe daño efectivo a un competidor, luego que se ha verificado y declarado una afectación al mercado por la que la autoridad administrativa ha establecido una sanción. Existe una "competencia

primaria" o lo que se conoce como "requisito de procedibilidad" o prejudicialidad. Sólo con esa declaración previa, que, en ciertos sistemas como el de los Estados Unidos de América, puede también ser efectuada por los jueces, la persona jurídica o natural que participa en el mercado y que considera que se le ha generado un perjuicio directo, puede acudir a los jueces con su demanda.

Que en la sentencia no se ha aplicado y ni siquiera se menciona la norma del artículo 1561 del Código Civil, dicha norma era la que esencialmente debía regir la negociación que se condujo entre las partes y que terminó por decisión unilateral de la actora, puesto que el 14 de mayo de 2002, se suscribió un acuerdo entre las partes en virtud del cual, la negociación podía terminar libremente en cualquier momento por cualquiera de las partes, sin lugar a responsabilidad alguna.

Señala la cláusula sexta denominada "Otros Compromisos", y que de igual modo en noviembre 20 y 26 de 2002, se convino en que mientras no existiera contrato de compraventa o una carta de intención en firme (promesa de compraventa) no se generaría obligación alguna entre las partes. A estos acuerdos debía haberse aplicado el artículo 1561 del Código Civil. Tampoco han aplicado el artículo 1570, numerales 1, 3 y 4 del Código Civil y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que *"La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1. - Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;... 3) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y, 4.-Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que*

las leyes prescriban". Si la sentencia considera, indebidamente que el inmueble cuya negociación se discutía entre las partes y que consistía en una planta industrial, era facilidad esencial, por lo cual debía haberse vendido a la actora, a pesar de que ella se rehusó a comprarlo, era necesario que se haya analizado en la sentencia la aplicación del artículo 1570 del Código Civil, tanto en cuanto a la necesidad de escritura pública, a la existencia del plazo o condición para la celebración de la compraventa y a si sólo faltaba la tradición del inmueble o las solemnidades previstas en la ley.

Lo único cierto de toda esta absurda sentencia es lo indicado en el considerando undécimo de la sentencia, que dice: "*Se puede apreciar que la actora centra su demanda en los daños que le ha ocasionado la demandada por 110 haberle vendido su planta industrial*". En esta frase se sintetiza toda la controversia pues la sentencia se debió limitar a determinar si MSD, a pesar de no haber celebrado promesa de compraventa alguna de un bien raíz a favor de la actora, estaba jurídicamente obligada a hacerlo y, por ello, si al no haberlo hecho, actuó dolosa y fraudulentamente y le causó daños que debían ser reparados por ella. MSD sostuvo, como es lo legal, que jamás adquirió obligación alguna de vender el inmueble, por lo cual no surgió derecho alguno para la actora, pues una negociación sobre inmuebles sólo tiene valor y efecto desde que consta por escritura pública, sin que haya obligación de tipo alguno sin ella, por lo que debía rechazarse la demanda.

Que no se ha aplicado tampoco en la sentencia el inciso final del artículo 29 del Código Civil. Si la actora, en la demanda, sustenta sus pretensiones en dolo, la sentencia, para aceptar la demanda, como lo hace, debió haber aplicado esta definición. No lo hace. Tampoco la sentencia aplica el artículo 1475 del Código Civil. No existe en la

sentencia la descripción de la forma cómo se tradujo la intención positiva de irrogar injuria por parte de MSD a la persona o bienes de Nueva Industria Farmacéutica S.A. (NIFA S.A.), por lo cual, no se ha aplicado el artículo 1475 del Código Civil. El razonamiento de la sentencia sobre la existencia del supuesto dolo en el infundado argumento que MSD no quería que le hiciera competencia en los varios mercados farmacéuticos en los MSD colocaba sus productos, es carente de toda lógica. Nueva Industria Farmacéutica S.A. (NIFA S.A.) no era competencia de MSD. No hay prueba alguna al respecto.

Que en la sentencia no se condena a ningún daño emergente pero se condena a la indemnización de un lucro cesante hipotético e inexistente, que no es consecuencia ni inmediata ni directa de haberse incumplido alguna obligación ni de su retardo, sino que se valora una indemnización por quince años, a pesar de que en la demanda sólo se reclama por dos años. Determina lo que es el daño, varias jurisprudencias sobre el mismo e indica que nada de esto se ha aplicado en la sentencia dictada por los jueces de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. En consecuencia, al no existir certeza ni prueba del daño, éste no existe jurídicamente y las lucubraciones de la Sala no tienen sustento ni en la ley, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, por lo cual, existe el cargo de falta de aplicación del artículo 1572 y 1574 del Código Civil, y de los precedentes jurisprudenciales citados. Más aún el "cálculo del lucro cesante" no aplica el artículo 4 de la Ley No. 2000-12 (R.O. No. 59 de 17 de abril de 2000) que establece como máximo margen de utilidad de medicamentos genéricos el 25% del precio final (que incluye el margen del distribuidor y la utilidad de la farmacia y el costo comercial definido el artículo 14.c) del instructivo No. 10 publicado en el R.O. 730 de 23 de diciembre de 2002). No es posible, sin dejar de aplicar estas normas, como lo ha hecho la sentencia, que se establezca, sin prueba alguna. Ese mismo año, todo el

mercado ecuatoriano para farmacéuticos genéricos ascendía a un total de solo \$20.4 millones. Una negociación frustrada por la venta de una pequeña instalación de manufactura no podía ocasionar por casi *setenta y cinco mil veces* las ganancias anuales en 2002 y de ciento treinta veces el precio propuesto de compra de la instalación y 7.5 el tamaño de todo el mercado de genéricos ese año. Que aún si MSD hubiese actuado con dolo, como dice la demanda y fuera por eso dolo, la responsable de la fallida negociación, los daños en la responsabilidad precontractual no pueden ser otros que aquellos gastos en los que incurrió la parte bajo la expectativa de un futuro contrato, según lo reconoce el informe del doctor Ignacio de León, no valorado en la sentencia. Cristian Cabrera, en su informe ordenado por la arbitrariedad de los jueces de segunda instancia, afirma que esos gastos (usuales en una negociación del esta naturaleza) ascendieron a US \$ 50.000, sin que la sentencia haya valorado esta parte de su informe, como no valoró la mayor parte de la prueba.

Que la sentencia aplica indebidamente la legislación extranjera y una jurisprudencia que no la citan, ni que existe. Anota lo que sostiene la sentencia en el considerando séptimo al respecto, y denota que señala la doctrina española, colombiana, francesa, y lo que sostiene Perú y México. La falta de aplicación de la regla 7a. del artículo 18 del Código Civil condujo a los jueces de segunda instancia a aplicar jurisprudencia extranjera inexistente basada en legislación extranjera inexistente.

Que la sentencia ha aplicado indebidamente el artículo 2214 del Código Civil, puesto que ha ordenado una indemnización sin que exista hecho ilícito y sin que haya daño, esto es aplicado dicho artículo a una situación en la cual MSD no ejecutó ningún acto ilícito, no causó daño alguno a la actora derivado de malicia, (como le imputó Nueva Industria Farmacéutica S.A. NIFA S.A.) en la demanda ni tampoco le causó daño

aun sin la intención de hacerlo. Ha aplicado también indebidamente, aunque no lo mencione en el primer inciso del artículo 2229 del Código Civil, puesto que no se ha generado daño alguno a la actora derivado de malicia, como lo afirmo Nueva Industria Farmacéutica S.A. NIFA S.A.), en la demanda, ni tampoco por negligencia. Además, existe indebida aplicación del artículo 2214 del Código Civil al considerar la sentencia que tal norma es la aplicable a actos que afectan al mercado, como son aquellos que se regulan por el derecho de la competencia. El artículo 2214 del Código Civil no es una norma reguladora del mercado, como son y debieron ser aquellas a las cuales se refiere el artículo 244.3 de la Constitución y como son las contenidas en las Decisiones 285 y 608 de la Comunidad Andina. De otro lado, indica lo que la jurisprudencia ha establecido para que surja la responsabilidad derivada de delitos y cuasidelitos.

Que de conformidad con los principios universales el hecho generador derivado del daño concurrencial ilícito, consiste en la infracciones a las normas de competencia. Según la sentencia, la infracción en la que incurrió MSD fue en la práctica prohibida de abuso de la posición dominante, en la modalidad de negativa de venta de una la única alternativa posible. Para ello, los jueces de segunda instancia consideraron que MSD goza de una posición de dominio. La determinación efectuada por la Sala sobre el presunto poder de mercado o posición de dominio de que goza MSD está reñida con todo principio de la técnica jurídica y económica en la materia. A nivel internacional la existencia de una elevada cuota de mercado es un elemento indicativo de tal posición. En algunos países, la ley especifica la cuota de mercado que debe corresponder a una o varias compañías para que pueda considerarse que existe una posición de dominio o situación monopolística. Los jueces de segunda instancia no establecieron cual era

la cuota de mercado con la que participaba MSD en el mercado relevante. La única prueba sobre la cuota de mercado consta en el informe del doctor Ignacio de León, que constituye prueba fundamental que el que determinó que en los mercado analizados *"la cuota de mercado de MSD es inferior a 33%. En contraste) a nivel internacional, y para mercados mucho mayores, se toma como mínimo de referencia un 40% (UK Office of Fair Trading); 50% (Unión Europea); o superior a 40% (EE. UU).* Y, aún más, indicó que la estructura de mercado según los datos aportados por NIFA de lo que se infiere que MSD no gozaba de poder de mercado. Pero, aún en el evento en que MSD hubiera gozado de una posición dominante, esto no constituía por sí mismo una infracción a la ley. El ilícito se plantea solo en el caso en que hubiera existido una explotación abusiva de la misma. Es decir que la figura se tipifica con el abuso porque implica una violación del deber general de buena fe en las relaciones comerciales. Que según la sentencia la conducta abusiva en la que incurrió MSD fue negarse a vender una facilidad esencial y la Sala entiende que la planta de MSD era una facilidad esencial porque era el único activo en ese momento, ya que no existían en el área de la ciudad de Quito y su zona de influencia otras plantas industriales que reunieran las características técnicas necesarias para una industria sensible como es la industria farmacéutica y además porque los jueces de segunda instancia dicen que era la única planta que contaba con financiamiento, puesto que en el año 2002 los bancos cerraron los créditos. Si la planta de MSD hubiera sido la única alternativa posible para el proceso productivo, no hubiera decidido venderla, tanto más que MSD ninguna intención tenía de abandonar el mercado de medicamentos de Ecuador.

Por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Conforme se ha señalado en la sección precedente, el artículo 115 segundo inciso del Código de Procedimiento Civil, impone la obligación al juez de incluir en

la sentencia la valoración de toda la prueba aportada dentro del proceso. Esta obligación no ha sido cumplida en la sentencia impugnada, es decir, ésta no cumple con todos los requisitos previstos en la Ley. La Sala en su sentencia no expresa que ha valorado toda la prueba. Así de esta manera, se puede afirmar que la falta de valoración de toda la prueba producida, no solo constituye un requisito de fondo de la sentencia conforme se ha explicado y sustentado antes, sino que al mismo tiempo también es un requisito formal, que en ausencia del mismo, permite la procedencia del recurso de casación, conforme se encuentra reconocido en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, es decir la ausencia de los requisitos de la sentencia.

Que la Sala en su sentencia y en la providencia en la que resuelve sobre los pedidos de ampliación y de aclaración formulados por las partes, adopta resoluciones claramente contradictorias e incompatibles entre sí, respecto de la actividad probatoria que, en segunda instancia, condujo MSD. En efecto, mientras en la sentencia, en el considerando décimo séptimo, sin que exista sustento alguno sostiene que: " *... dejando sentado que la parte demandada, en esta instancia renunció expresamente de las pruebas, tendientes a desvanecer los fundamentos de la sentencia de primer nivel ...*", al resolver los pedidos de ampliación y de aclaración decidió negar el pedido de ampliación formulado por MSD y sostuvo que: "*... se debe expresar en un fallo la valoración de la prueba que es pertinente, atinente y conductiva, ya que su efecto es de esta forma arribar a la verdad procesal. Por consiguiente no corresponde de conformidad a las reglas de la sana crítica valorar aquella prueba que se considera repetitiva, intrascendente e impertinente. Tampoco corresponde a la Sala valorar la prueba que no fue actuada válidamente dentro del juicio, ya que se estaría violando la Constitución y la Ley...*". Claramente existe, entonces, una manifiesta contradicción entre lo resuelto en la sentencia y en la

providencia en que se la amplió. No debe olvidarse que al resolverse sobre una ampliación o aclaración de una sentencia el auto que lo hace se mira como parte integrante de la sentencia. Por ello, es clara la contradicción que existe entre lo expresado en la sentencia y lo dicho en el auto que resuelve sobre las peticiones de aclaración y ampliación.

Que en la sentencia la Sala resuelve no valorar la prueba aportada por MSD bajo la falsa premisa de que se había renunciado a la misma mientras que en la providencia, la que se resuelve la ampliación y la aclaración de la sentencia, el argumento para la no valoración de la prueba aportada por MSD es la supuesta repetición, intrascendencia e impertinencia. Así, hoy MSD se encuentra, como consecuencia de lo resuelto por la Sala, en la incertidumbre jurídica sobre cuál es la verdadera razón de la falta de valoración de la prueba que actuó MSD. Tal inconsistencia conduce a la conclusión de que en la sentencia se han adoptado decisiones contradictorias e incompatibles entre sí.

Que toda providencia, incluida la sentencia debe expresar con claridad lo que se manda o resuelve, de conformidad con el artículo 275 del Código de Procedimiento Civil. Así como esa norma prohíbe que se usen frases oscuras o indeterminadas como *"ocurra a quien corresponda, venga en forma, como se pide"* la sentencia no debía contener en su parte resolutive una frase muy parecida a las que a manera de ejemplo se refiere el artículo citado. De otra parte, es claro que la sentencia es incompatible e incongruente con el contenido del auto de 26 de agosto de 2011, en el cual los jueces decidieron que aplicarían, en su sentencia, exclusivamente la ley nacional ecuatoriana. Sin embargo, en la sentencia dictada aplicaron, según expresamente lo dicen y contrariamente a lo que ofrecieron, ley extranjera al remitirse supuesta jurisprudencia de Francia, España y Colombia.

Por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, señala que los jueces de segunda instancia en su sentencia afirman que MSD gozaba de una posición de dominio en el mercado de plantas industriales y que además la planta de MSD era la única disponible en el mercado. Sobre tal afirmación los jueces fundan todo su razonamiento para llegar a condenar a MSD al pago de una exorbitante indemnización. Sin embargo, en la demanda no existe afirmación en ese sentido, nunca se sostuvo que había una posición de dominio por parte de MSD y tampoco se sostuvo que la planta de MSD era la única disponible en el mercado. Por lo tanto, los jueces se encontraban legalmente impedidos de pronunciarse y fallar sobre aspectos que no fueron objeto de la pretensión procesal. NIFA en su demanda manifestó que durante el año 2001 inició contactos con Good Manufacturing Practices S.A., para realizar las ampliaciones necesarias a las plantas y las demás obras de ingeniería que se requerían ejecutar a fin de adaptar a sus nuevas necesidades de producción y que igualmente negoció con el arquitecto Hugo Erazo para que se elaborara los planos arquitectónicos y realizara la construcción de las obras en la nueva planta, todo lo cual demuestra que NIFA, antes de las negociaciones con MSD, contrario a lo que se afirma en la sentencia, sí contaba con otras alternativas. En efecto, la actora en su demanda afirma que contaba, antes de iniciar las negociaciones con MSD, con la planificación necesaria para la construcción de su propia planta y que fue el proceso de negociación con su representada la que le causó los daños reclamados, nunca, en ninguna parte de la demanda se sostiene que la planta de MSD era la única disponible en el mercado ni que MSD tuviera posición de dominio en el mercado de plantas industriales, tampoco se mencionó que la planta de MSD fuera la única alternativa posible ni se hizo siquiera referencia al mercado de bienes raíces, nunca se fundó en ello la demanda. Por ello, es evidente que la Sala resolvió en su sentencia sobre

un aspecto que no fue objeto de la litis. En la demanda de manera expresa, la actora en sus fundamentos de hecho afirmó textualmente lo siguiente: *"Como la oferta de negociación de la planta industrial de aquella compañía parecía seria y había indicios de que se podría llegar a un acuerdo en el menor tiempo posible, mi representada suspendió los trabajos de planificación tendientes a la ampliación de su planta industrial o a la construcción de una nueva"*. En la propia parte expositiva de la sentencia, la Sala reconoce este hecho cuando transcribe una parte de la demanda en este mismo sentido pues afirma que *"ha negociado con el Arquitecto Hugo Erazo para que dicho profesional trabajara los planos arquitectónicos y realizara la construcción de las obras de la nueva planta"*. Estas afirmaciones de la actora en la demanda demuestran que nunca en el proceso se sostuvo la existencia de otras opciones en el mercado; de hecho la propia actora en su demanda reconoce las opciones existentes. La Sala nunca pudo haber sostenido en la sentencia, pues no fue parte de la controversia, la supuesta inexistencia de otras opciones, pues la propia actora reconoció que la planta de MSD era una de las opciones que tenía para ampliar su producción. Resulta claro que con ello, la Sala, violó el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, pues resolvió sobre un aspecto que no fue parte de la litis.

Que la actora en su demanda exige una indemnización por el supuesto retraso en dos años en sus planes de expansión. Ello significa, que, de haber existido hecho ilícito, el monto de lo reclamado solo podía abarcar, en cuanto a lucro cesante, dos años de dejar de percibir aquello que realmente podía haberse obtenido como utilidad. Con ello, se limitó el monto de la reclamación al lucro cesante real por dos años. La sentencia al aceptar el cálculo de Cristian Cabrera otorga una indemnización por 15 años, lo que significa que otorgó mucho más de lo reclamado.

Que la Sala en su sentencia no se pronunció sobre la primera excepción propuesta por su representada en cuanto a que la decisión de dar por terminada las negociaciones, fue por voluntad propia de la actora. Tampoco sobre la octava excepción de su representada en cuanto sostuvo que no era posible que la actora haya previsto obtener beneficios entre 200 y 300 millones de dólares como consecuencia directa de la adquisición del inmueble que fue de propiedad de su representada.

EL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación se establece como instrumento para la creación de jurisprudencia, con el fin de conseguir la unidad interpretativa del ordenamiento jurídico, en aras de la certeza de las normas y de la seguridad de su conocimiento que al tiempo -como respuesta judicial- satisface el derecho a la igualdad de todas y todos los ciudadanos en la aplicación de la ley. Es un medio de impugnación extraordinario y formal, tendiente a la anulación de la sentencia de instancia recurrida, su extraordinariedad exige el cumplimiento de determinados requisitos, los cuales constituyen limitaciones que se imponen para su acceso, ya que no todo es casable, existen motivos o causas preestablecidas por los cuales se puede recurrir en casación.

El recurso de casación tiene como finalidad el control de la legalidad de las sentencias de instancia, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva y la unificación de la jurisprudencia, en orden a un interés público; y la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido, en la esfera del interés particular del recurrente. El Tratadista Humberto Murcia Ballén, sobre el objeto de la casación nos dice: *"Tradicionalmente se le ha asignado a la casación como objetivo la anulación de sentencias proferidas con violación de las reglas de derecho, o*

sea que dicho recurso corresponde al poder que tiene el Tribunal Supremo para asegurar el respeto a las leyes por los jueces; y desde este punto de vista la casación en una institución política que responde a un interés social evidente. En efecto, es esencial a todo régimen político que la ley sea estrictamente obedecida e interpretada de la misma manera en todo el territorio nacional. De ahí que la más relevante doctrina sobre el tema le haya asignado al instituto en comento, hace ya cerca de dos siglos, esta finalidad esencial: la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia”¹⁰⁶. En nuestra legislación este recurso se regula por medio de la Ley de Casación, la cual en el artículo 3 establece las causales por las cuales procede. En tal sentido, la fundamentación debe ser precisa, clara y concreta, que permita al Tribunal de Casación la verificación de la legalidad del fallo impugnado, dentro de los límites establecidos por el casacionista; en tal sentido, la jurisprudencia colombiana ha señalado: “La naturaleza excepcional, extraordinaria y eminentemente dispositiva del recurso de casación, comporta en la normatividad procesal civil una especial atención por parte del legislador a los requisitos formales de la demanda que lo sustenta, de tal forma que su admisión a trámite despunta vedada en el evento de obviar el recurrente las exigencias estatuidas. Es así como entre los requisitos del libelo impugnatorio, resultan en extremo relevantes para el asunto que ocupa la atención de la Corporación, los contenidos en el numeral 3° del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, con arreglo al cual para la admisión de la demanda han de exponerse ‘los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa’, pues la propia naturaleza del medio de impugnación impone a la Corte el moverse sólo dentro de los estrictos límites demarcados por la censura (...)”¹⁰⁷

¹⁰⁶ Gustavo Ibáñez, Recurso de Casación Civil, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas, Bogotá, 2005, pág. 73

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Auto de 19 de enero de 2009, exp. 00192, reiterado en auto de 18 de diciembre del mismo año, exp. 07634.

El recurso de casación tiene además una función de justicia ya que al corregir los errores de derecho, se restablece el orden y la paz social, conforme así la doctrina coincidentemente se ha pronunciado “(...) es un remedio procesal extraordinario que procede contra resoluciones judiciales definitivas (en el sentido que pone término al litigio) con el objeto de anularlas de dejarlas sin efecto por haber sido dictadas con infracción del derecho positivo o de la doctrina jurisprudencial establecida (cómo prevé la legislación peruana) restableciendo la vigencia del derecho (...)”¹⁰⁸

La doctrina y la jurisprudencia, han señalado que se deben analizar en primer lugar las causales que corresponden a vicios "in procedendo", que afectan a la validez de la causa y su violación determina la nulidad total o parcial del proceso, así como también se refieren a la validez de la sentencia impugnada; vicios que están contemplados en las causales segunda, cuarta y quinta; en segundo orden, procede el análisis de las causales por errores "in iudicando"; que son errores de juzgamiento, los cuales se producen ya sea por violación indirecta de la norma sustantiva o material, al haberse producido una infracción en los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que tengan como consecuencia la violación de una norma de derecho o por una infracción directa de esta clase de normas.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

PRIMERO: En cuanto a las alegaciones de la parte actora, se considera lo siguiente:

La parte actora PROPHAR S.A. (NIFA S.A), sustenta la casación en la

¹⁰⁸ CARRION LUGO, Jorge. "El recurso de Casación en el Perú", Doctrina Legislación –Jurisprudencia", Ed. Grijley, Lima, 1er Ed. , 1997, pág. 6

causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual tiene lugar cuando en la sentencia o auto, exista aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios que hayan sido determinantes de su parte dispositiva; tratándose de vicios in iudicando que se producen por violación directa de la norma de derecho.

Entonces, para que la casación tenga éxito por la causal primera, es imperativo que concurren los siguientes requisitos: **1.-** La violación debe corresponder a una “norma de derecho”, esto es a una norma sustantiva; **2.-** El quebrantamiento de la norma de derecho debe ser producto de uno de los tres modos, por: a) aplicación indebida, constituida por la elección incorrecta de la norma; b) falta de aplicación, producida por el empleo de una norma impertinente o extraña al caso; y, c) errónea interpretación, ocasionada por atribuir a la norma en cuestión un significado que no le corresponde; y **3.-** La transgresión por uno de los tres modos debe ser determinante en la parte dispositiva de la sentencia o auto, es decir, para que el juzgador pueda concluir en uno u otro sentido.

La jurisprudencia, ha establecido: *“lo que trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de la norma de derecho que son las que constan en cualquier código o ley vigente”*¹⁰⁹; sobre este tema el estudioso Humberto Murcia Ballén al referirse a una disposición similar del Código de Procedimiento Civil de Colombia, dice que el *“...concepto norma de derecho es más genérico que el de ley; consiguientemente, la causal primera permite que ingrese a ella o mejor le da cabida a la violación de toda regla de derecho positivo de carácter nacional, que sea atributiva de derechos subjetivos; y no solamente a las leyes expedidas por el legislador ordinario o el extraordinario. /En efecto, resulta mucho más adecuado al fin de la*

¹⁰⁹ Res.570-97, R. O.332 de 21/5/98

*casación decir norma de derecho, que ley, porque dentro de aquella se incluyen, como corresponde dada la amplitud de su contenido, no solo la ley ordinaria, sino también la extraordinaria y aún la norma constitucional, a más de los preceptos consuetudinarios que sin estar escritos si forman parte del derecho positivo del país./ De ahí que, a más de las leyes sustanciales expedidas por el Congreso de la República, como legislador ordinario que es; (...) y finalmente de los llamados 'reglamentos constitucionales autónomos' que en ciertos supuestos dicta el Presidente de la República (...), por ejemplo, la causal primera de casación permita restaurar los derechos consagrados por la costumbre quebrantada, como también los que se derivan de las reglas generales de derecho."*¹¹⁰

En la especie, se alega violaciones de normas sustantivas como adjetivas; así, se dice que existe indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 1572 inciso primero, 1574, 2214 y 2216 del Código Civil, las cuales en su orden refieren a que la indemnización de perjuicios, comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento; se exceptúan los casos en que la ley la limita al daño emergente, también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV del Código Civil. Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento; la mora causada por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios; las estipulaciones de los contratantes podrán modificar dichas reglas. Respecto del que ha

¹¹⁰ Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Edit. Librería El Foro de la Justicia, Bogotá, 1983, p. 268.

cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo está obligado hasta lo que valga el provecho.

La aplicación indebida de una norma, tiene lugar cuando “...la norma legal es clara, como en el caso anterior, pero ocurre por uno de estos motivos: 1) porque se aplica a un hecho debidamente probado, cuestión que el tribunal reconoce y recurrente no discute en ese cargo, pero no regulado por esa norma; 2) porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, haciéndole producir los efectos contemplados en tal norma en su totalidad, cuando apenas era pertinente su aplicación parcial; 3) porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, pero haciéndole producir efectos que en esa norma no se contemplan o deduciendo derecho u obligaciones que no se consagran en ella, sin exponer una errada interpretación del texto (pues de lo contrario se trataría del tercer modo de violación directa)”¹¹¹, es decir, existe aplicación indebida cuando hay un error de hecho o de derecho que incida en el Juez o Tribunal conduciéndolos a una conclusión contraria a la realidad de los hechos, constituida por la elección incorrecta de la norma, lo cual no ocurre en el presente caso, pues el Tribunal de Apelación de manera correcta y con la pertinencia del caso, aplica las normas antes señaladas, sin que las mismas se hayan violentado, ya que se fija el monto indemnizatorio materia de la demanda, con sustento en el lucro cesante y el daño emergente que comprende la indemnización demandada, como resultado de todos los perjuicios ocasionados y a consecuencia de los tratos previos y compromisos asumidos por la parte demandada.

¹¹¹ Estudios de Derecho Procesal, Presente y Futuro de la Casación Civil, pp.75, Hernando Devis Echandía.

Respecto de la falta de aplicación de los artículos 1573 y 1575 del Código Civil, los cuales prescriben que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza, las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes; el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso, basta el hecho del retardo, los intereses atrasados no producen interés; y, aplicándose la regla anterior a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

La falta de aplicación de una norma de derecho se produce cuando hay omisión de normas legales y se deja de aplicar la ley, también ocurre por el empleo de una norma impertinente o extraña al caso; al efecto, en la sentencia de apelación de manera alguna se incurre en el vicio que se alega, ya que las dos normas transcritas, refieren al efecto de las obligaciones, dentro de la celebración de los contratos, sabiendo que en el presente caso no se discute contrato alguno, la disputa trata de una demanda de daños y perjuicios por un monto de doscientos millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América, acción que la ejerce NIFA en contra de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation, con más intereses, costas judiciales y honorarios del defensor, demanda entablada con sustento en los artículos 272 y 273 de la Constitución Política de la República vigente al momento de los hechos, artículos: 18, 29, 2241, 2256, 2260 del Código Civil, y, artículos 63, 404 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por la actuación fraudulenta de los demandados y los actos que llevaron a que la actora sufra graves daños,

conforme se explica en el libelo de demanda, debiendo agregarse que corresponde a los juzgadores aplicar el criterio de la equidad para fijar el monto de los daños y perjuicios, estableciéndose en la especie un monto en dinero en base a las constancias procesales y las probanzas debidamente actuadas en la etapa procesal respectiva, volviendo improcedente la alegación que se analiza.

En cuanto a la falta de aplicación de los artículos 283 y 284 del Código de procedimiento Civil, los cuales establecen que en las sentencias y autos se condenará al pago de las costas judiciales a la parte que hubiere litigado con temeridad o procedido de mala fe. En los casos de condena en costas, el juez o tribunal que la impusiere, determinará en la misma resolución la cantidad que el deudor de ellas ha de satisfacer al acreedor por los honorarios del defensor o defensores de éste. Esta determinación será susceptible de los mismos recursos que el fallo principal en que se la hiciera.

Este Tribunal de Casación considera que en las normas procesales referidas no se han dejado de aplicar, por cuanto, el Tribunal de Apelación con sustento en las actuaciones que obran del juicio, determina que no se ha litigado con temeridad o mala fe; al respecto, la jurisprudencia constitucional colombiana considera y que es pertinente aplicarlo al caso in examine: *“La jurisprudencia constitucional ha estimado que la actuación temeraria es aquella que vulnera el principio constitucional de la buena fe y, por tanto, ha sido entendida como “la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso.” En estas circunstancias, la actuación temeraria ha sido calificada por la Corte como aquella que supone una “actitud torticera”, que “delata un propósito desleal de obtener la*

satisfacción del interés individual a toda costa", que expresa un abuso del derecho porque "deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción", o, finalmente, constituye "un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia". La temeridad es una situación que debe ser cuidadosamente valorada por los jueces con el fin de no incurrir en situaciones injustas. Por esta razón, la Corporación ha estimado que la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la acción de tutela¹¹². No obra del expediente que se encuentre acreditada plenamente la conducta temeraria o mala fe de los demandados, siendo importante acotar que la condena en costas se origina unas veces subjetivamente, en la temeridad de la respectiva demanda, recurso o gestión general y otras, y objetivamente, en la mera adversidad del resultado, ateniéndose en ocasiones, a ambas; es una pena de orden civil por el abuso del derecho o temeridad en litigar, temeridad que dice, no al hecho mismo del litigio sino a los medios que en él se emplean, cuando están desprovistos de honradez y rectitud, circunstancias que no se determinan para la condena en costas a la parte accionada, no se evidencia que la conducta sea manifiesta para la imposición de la pena en los términos anotados, siendo improcedente el vicio alegado.

SEGUNDO: Respecto de las alegaciones por parte de la persona jurídica demandada, tenemos lo siguiente:

1.- En primer lugar, corresponde analizar las acusaciones sustentadas en el causal segunda (errores in procedendo) del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual debe fundarse en uno de sus tres modos de infracción: aplicación indebida; falta de aplicación; o, errónea interpretación de “*normas procesales*”, cuando, como consecuencia de la infracción se haya

¹¹² Sentencia T-655/98

viciado el proceso de nulidad insanable y no hubiere quedado legalmente convalidada; o, cuando se haya provocado indefensión; y, siempre que en los dos supuestos la omisión atacada hubiese influido en la decisión de la causa. De acuerdo con la doctrina, *“la resolución está viciada por error in procedendo en los siguientes casos: cuando el órgano jurisdiccional carece de jurisdicción o competencia, cuando los litigantes no tienen capacidad jurídica y procesal, cuando, en fin, se hubiere dejado de convocar de modo que se posibilite el ejercicio válido de los actos procesales, lo cual a la vez ocasiona una indefensión que haga ineficaz la resolución”* (Exp. 20, R. O. 41, 7-X-96). Es necesario aclarar que la Corte Constitucional ha manifestado: *“(...) Al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, **sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad**, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, **como por ejemplo el análisis de informes periciales**, o la procedencia y valoración de las pruebas (...)”*¹¹³ (las negrillas son nuestras).

El casacionista, por la indicada causal, alega falta de motivación en la sentencia por cuanto no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, siendo menester aclarar ante esta alegación que en la sentencia recurrida, en su considerando séptimo, se observa que se aplican las normas contenidas en los artículos 1572 y 2214 del Código Civil para llegar a dictar sentencia, además, el fallo de apelación, cumple con las exigencias legales y constitucionales, encontrándose debidamente motivadas, sin que se haya violentado la norma contenida en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República. En virtud del argumento que antecede, se determina que la sentencia objeto de casación cumple con los requisitos formales, es congruente, ya que se encuentran articuladas la parte expositiva, considerativa y resolutive, sin que incurra en carencia

¹¹³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N. ° 0545-12-EP.

de requisitos. Además, del considerando decimo en adelante de la sentencia subida en grado, se hace un análisis de todo lo actuado dentro del proceso y analizadas las pruebas en su conjunto, el tribunal ad quem, llega a la conclusión que se encuentra demostrada la existencia del daño careciendo de sustento legal la afirmación de no motivación, por lo que se rechaza.

Se señala que no se aplicaron las normas contenidas en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dado que se omitió solicitar la interpretación prejudicial de las disposiciones contenidas en las Decisiones 285, 608 y 616 de la Comunidad Andina sobre la libre competencia; a lo cual es importante aclarar que no son normas imperativas, sino facultativas, por ello, se establece *“podrán solicitar”* sin que sea un pre requisito hacerlo, quedando a disposición del juez solicitar la interpretación del Tribunal, por lo cual, no se genera una violación al procedimiento como mal entiende el casacionista, además, cuando señala que la Sala sostuvo *“Que la resolución de dictará en base a la Constitución de la República (...)”* es importante señalar que de conformidad con lo que el artículo 417 de la Constitución, establece: *“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”* la lógica empleada por la Sala tiene total coherencia con respeto al ordenamiento jurídico ecuatoriano al señalar que nuestra Constitución se encuentra por encima de los tratados internacionales; finalmente, estas disposiciones, como se explicó en el primer párrafo de este considerando, no tienen relación con alguna nulidad de las cuales puede estar viciado el proceso, además que el casacionista no señala porque esta omisión ha

sido relevante en la parte decisiva de la sentencia, solo se fundamenta en una mera expectativa, en otros términos, no ha determinado que norma se ha aplicado de forma errónea por la omisión de estas o que realidad se dejó de conocer, por lo que se rechaza esta alegación.

Se alega la falta de aplicación de las normas contenidas en los artículos 4, 5 y 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, por cuanto el juicio debe desarrollarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial; al respecto, es menester indicar que el casacionista no ha sustentado de forma alguna esta alegación, es decir, no menciona las razones por las cuales cree que el juez ha sido parcializado, no lo demuestra, al igual que el tiempo que según éste, se han tardado los juzgadores en resolver el proceso, debiendo tenerse presente que se encuentra garantizada el derecho al juez imparcial consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, por lo que se desecha la alegación. Este Tribunal señala que el recurrente no determina el fundamento por el cual se llega a establecer que exista violación a las normas señaladas por la parte recurrente en la sentencia impugnada, siendo menester aclarar que si el casacionista no señala con precisión y claramente la forma en que cada norma ha sido vulnerada y por el contrario se limita a hacer una cita vaga de varias leyes, sin vincular el contenido de las mismas con los hechos y circunstancias, generalizando la impugnación, el recurso está indebidamente fundamentado, y por ende, se concluye que esta alegación carece de sustento legal alguno, por lo que se desecha, sin que sea menester profundizar el análisis de las impugnaciones alegadas.

Por otro lado, se dice que al momento de dictarse el fallo, se dejó de aplicar el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, por cuanto no se han analizado los elementos aportados por las partes y se determinó un lucro cesante en la sentencia (se hizo referencia en el

acápites a de este fallo) al efecto, el artículo 1572 del Código Civil prescribe: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*, se infiere del proceso que el mismo tiene como pretensión una indemnización por daños y perjuicios, es decir, que si se acepta la demanda como en el presente caso, corresponde determinar el lucro cesante y el daño emergente, actuando los juzgadores de acuerdo a lo que la ley determina al respecto. Por otro lado, como ya se estableció en líneas precedentes, la sentencia recurrida sí se encuentra motivada y se encuentra la valoración de las pruebas que condujeron a determinar la existencia del daño y en consecuencia la cantidad para la reparación de éste, rechazándose consecuentemente las alegaciones al respecto.

En torno a la falta de aplicación del artículo 76.7 literales a), c), y h) de la Constitución, por cuanto señalan que se hallaba pendiente un pedido de ampliación de la providencia de 26 de agosto de 2011 y afectó de la misma forma el artículo 1016 del Código de Procedimiento Civil, que refiere a la audiencia de estrados que pueden solicitar las partes. Es de recalcar que al inicio de la sentencia, el Tribunal ad quem señala: *“Por cuanto no han variado los fundamentos del Auto de 26 de agosto del presente año a las 15h16 no procede la solicitud de ampliación presentada (...)”* es decir, hubo un pronunciamiento expreso de la Sala, sobre el pedido de ampliación, en consecuencia, si ya fue resuelto una vez y al no haber variado en nada su fundamentación, rechazaron al ser lo mismo sobre lo cual ya se pronunciaron los juzgadores de segunda instancia, siendo innecesaria repetir el porqué del rechazo de esta acusación. Los autos en relación son aquellos que pueden pedir las partes para solicitar a los juzgadores que pronuncien sentencia, en otros términos, no deben pronunciarse sobre ello los juzgadores, a menos que una de las partes lo

haya solicitado, pudiendo dictar sentencia en cualquier momento luego de terminados los actos procesales previos. Si se estuvo o no realizando un proyecto previo del texto del alegato final de MSD, no es relevante para el recurso, por lo cual, todas las alegaciones carecen de fundamento, rechazándose las mismas.

Ante la alegación, de que el perito que elaboró el informe estaba descalificado y que no permitieron que MSD lo interrogara, dejando de aplicar el artículo 76.7.j) de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 168.6, este Tribunal es determinante en puntualizar que en primer lugar, dentro del proceso no se ha demostrado de forma alguna que el perito estaba descalificado y con base a una percepción, que no se halla basada en una prueba que materialice la verdad de la alegación, no puede considerarlo como algo relevante, a pesar de ello, como se señaló *ut supra*, la Corte Constitucional ha expresado que somos incompetentes para conocer los temas de legalidad que fueron discutidos en las instancias inferiores; y en segundo lugar, si MSD no pudo interrogarlo, es por el hecho que en materia civil, respecto de los peritos, se deben observar las normas contenidas en los artículos 250 al 263 del Código de Procedimiento Civil, disposiciones pertenecientes al derecho público y que deben ser observadas por los juzgadores, no comporta esta actuación la inobservancia de las garantías básicas del derecho al debido proceso, que si bien no deben ser condicionadas en cuanto a su ejercicio y aplicación, están sujetas a límites que, en el presente caso, la normativa procesal civil regula la intervención de los peritos en un juicio, constituyendo en restricciones para el ejercicio de la garantía básica señalada en la norma constitucional antes citada, actuación contraria significa vulneración de los límites impuestos en el Código de Procedimiento Civil, resultando antijurídico de procederse contrariando el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la falta de aplicación del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no se amplió el auto de 26 de agosto de 2011, las 15h26, conforme así sostiene la parte recurrente, este Tribunal es claro en señalar que en acápites anteriores se ha dejado establecido que el Tribunal de Apelación, determinó objetivamente que no existe nada que pronunciarse respecto de la petición de ampliación de la sentencia, y siendo una potestad de los juzgadores que dictaron el fallo, objetivar si se debe o no ampliar el mismo, al haberse estos pronunciado sobre esta petición, torna esta alegación carente de sustento lógico y legal.

Se señala que no se aplicó el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil, ya que no existió relación alguna previa a dictar sentencia; es necesario aclarar que el no pedir autos para resolver no conlleva nulidad alguna, se busca con ello decirle al juzgador que ya es el momento procesal oportuno para dictar sentencia, puesto que han terminado todas las etapas correspondientes, y únicamente falta que éste se pronuncie. Al igual, que lo señalamos en las líneas precedentes, al no ser pertinente la alegación, por cuanto no es un error de derecho dentro de la sentencia de segundo nivel, queda sin sustento alguno, por lo que se rechaza. Es importante indicar, que de manera alguna se impidió el derecho a alegar oralmente en estrados y alegar por escrito, ya que obra del proceso, que se encuentra garantizado el derecho a la defensa, pues la parte demandada ampliamente ha ejercido el mismo, se ha atendido oportunamente sus petitorios sin que se exista violación de trámite o vicios de procedimiento que acarreen nulidad de lo actuado.

En cuanto a la incompetencia del juez, se alega que se dejó de aplicar los artículos 346.2 y 411 del Código de Procedimiento Civil, la disposición transitoria quinta de la Ley de Propiedad Intelectual y el artículo 76.7.k) de la Constitución; este Tribunal, luego de revisado el expediente, observa

que la causa versa sobre daños y perjuicios, al respecto, es de manifestar que la demanda de indemnización por daños y perjuicios tiene como fin reparar el perjuicio provocado por un daño, siempre que este pueda ser apreciado pecuniariamente o directamente en las cosas, y la presente acción es meramente civil, por cuanto ha existido un daño que se ha demostrado dentro del proceso, y conforme los artículos 1572 y 2214 del Código Civil, procede reclamarse en forma directa o autónoma por la vía civil, por lo cual la competencia para conocer el presente juicio es de los jueces de lo civil, además, al contrario de lo que manifiesta el recurrente, el Tribunal ad quem se pronunció de su competencia en los considerandos segundo y quinto de la sentencia subida en grado, por lo que se aseguraron de su competencia para resolver el proceso, por ende, al no existir falta de aplicación de ninguna de las normas alegadas, ni incompetencia alguna de la cual pronunciarse, se torna en improcedente esta alegación.

Alegan la aplicación indebida del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil que hace referencia a los peritos y la ampliación que los jueces pueden realizar de los informes de estos o la necesidad que tienen de que se practique una nueva operación, no siendo causa de nulidad alguna su aplicación, puesto que es una facultad que se le otorga al juzgador para poder llegar a obtener una plena convicción dentro del proceso con una prueba que emita tal convencimiento, por lo cual, el Tribunal de alzada actuó conforme la ley lo establece, aplicándose correctamente la norma señalada, por todo lo anotado, no satisfacen estas alegaciones para que proceda la casación por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.

Finalmente, por la causal segunda, señalan que existe falta de aplicación del artículo 428 de la Constitución, en consideración a que les niegan que

recurran a la Corte Constitucional para que se dictamine sobre la constitucionalidad o no del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, esta norma señala que cuando un juez considere que una norma es contraria a la Constitución, remitirá el expediente en consulta a la Corte Constitucional, es decir, que la potestad de determinar sobre la constitucionalidad o no de una norma es del juez, si una parte se lo solicita y este considera que la norma no es inconstitucional, no tiene obligación alguna de remitir el proceso, y por cuanto los juzgadores se pronunciaron dentro del proceso sobre este tema, no se ha generado vulneración legal alguna, por lo que se desecha la alegación.

Es importante señalar que la parte recurrente confunde su propia alegación, como hemos visto, cuando sostiene que hay falta de aplicación de normas de procedimiento así como de normas sustantivas, entonces, las infracciones acusadas por la causal segunda no han viciado al proceso de nulidad insanable, como tampoco han provocado indefensión; consecuentemente, el Tribunal de Apelación actuó con jurisdicción y competencia, se constata que los sujetos procesales ostentan capacidad jurídica y procesal para intervenir en la presente causa y las actuaciones procesales se han practicado conforme a las normas de procedimiento aplicables al juicio ordinario, sin que se haya dejado en indefensión a ninguna de las partes, por tanto, la sentencia es eficaz y surte los efectos legales pertinentes, por no existir error improcedendo.

2.- En orden lógico, concierne analizar las acusaciones por la causal quinta, la cual tiene lugar cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles; esta causal describe vicios relativos a la estructura de la sentencia, siendo menester aclarar que esta causal contiene dos tipos de vicios, el primero se genera cuando la

resolución impugnada no contiene los requisitos que la ley exige, estos son, las omisiones que afectan al acto escrito, a su estructura formal, como la omisión de las partes a las que el fallo se refiere, o la enunciación de las pretensiones, o la motivación en los hechos y en el derecho, o en la parte resolutive el lugar, fecha y firma de quien expide, es decir, que si falta alguna parte de la sentencia como es la parte expositiva, considerativa, y dispositiva, es susceptible de ser impugnada por el recurso de casación en la forma, puesto que debe existir una conexión armónica entre el juicio y la sentencia; el segundo vicio que contiene se genera cuando en la parte dispositiva se adopta una disposición contraria o incompatible con las consideraciones expuestas por el juzgador.

El recurrente, en su escrito de casación, considera que el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, se ha vulnerado, que la sentencia es contradictoria con el auto de ampliación y aclaración, que la misma se encuentra oscura y que el auto de 26 de agosto de 2011, es incompatible con la sentencia. El artículo 115 del Código Adjetivo Civil establece que, la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, siendo un precepto jurídico procesal aplicable a la valoración de la prueba que señala los parámetros que deben aplicarse para la apreciación de la prueba actuada en juicio, acusación que debió plantearse por la causal tercera que es la que corresponde, la misma que contiene dos infracciones, esto es, violación de una norma procesal referente a la valoración de la prueba a cuya consecuencia se produce violación de una norma sustantiva por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación

Los ataques a la sentencia impugnada, al amparo de la causal tercera, detalladas en el párrafo anterior, manifiestan claramente la errónea fundamentación, por cuanto el espíritu de la causal invocada no es lo que vienen sosteniendo la parte recurrente, lo cual torna improcedente las alegaciones por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. En la causal quinta debe precisarse cuáles son los requisitos que no contiene la sentencia o cuáles son las decisiones contradictorias o incompatibles; y, como esto no existe, tampoco procede la casación por esta causal. La causal en análisis, si bien el texto se refiere a la parte dispositiva de la sentencia, se debe entender que las decisiones contradictorias o incompatibles están relacionadas con el contenido total de la sentencia, esto es, como una unidad, un todo que se encuentran articuladas la parte expositiva, considerativa y resolutive, siendo así, el alcance de la sentencia no sólo debe tener en cuenta la parte resolutive sino además los fundamentos objetivos de la misma, conforme así lo establece el inciso final del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, de la misma manera, se ha pronunciado la doctrina *“Y si, en principio, es la parte resolutive del fallo la que ha de examinarse para advertir la existencia de las contradicciones que fundan la causal tercera (Art. 368), no por eso puede prescindirse, absolutamente de la parte motiva, cuando de conocer el alcance y sentido de sus resoluciones se trata ... Constituyendo, como es lógico y natural, la sentencia toda y no una parte de ella el objeto del respectivo estudio y análisis que del conflicto de intereses sometido a su decisión hace el juez, no es posible desligar de lo dispositivo de ella su parte expositiva, desde luego que siendo en ésta en donde se encuentra el espíritu que alienta a aquella, las dos armónicamente forman una unidad que no debe desintegrarse so pena de falsear su verdadero sentido”*¹¹⁴.

La jurisprudencia ecuatoriana, sobre la causal quinta, se ha pronunciado

¹¹⁴ Humberto Murcia Ballén, “Recurso de Casación Civil”, Bogotá, 1983.

en los siguientes términos: *“Respecto de este cargo se anota: el vicio de contradicción en la parte resolutive del fallo tiene lugar cuando existe afirmación simultánea de una decisión y su contraria ambas no pueden ser verdaderas y al mismo tiempo falsas. Se trata de un defecto de actividad lógica. Para que haya contradicción tienen que haber dos pronunciamientos para que en base de la comparación crítica de ellas determinar si existe o no contradicción; no puede haber el vicio de contradicción... cuando existe un solo pronunciamiento...”*¹¹⁵

. Por fin, se deja claro, que si el recurso de casación se sustenta en la causal quinta, la parte recurrente está obligada a señalar expresamente, el requisito o requisitos que no contiene la sentencia o auto recurridos, señalando la norma que establece esa exigencia; y, de ser el caso, las decisiones de la sentencia o auto que sean contradictorias o incompatibles, lo cual no ocurre en el caso sub judice.

3.- Es pertinente, a continuación, analizar los vicios que se acusan por la causal cuarta, relativa a los vicios de ultra, extra y citra petita, que se refiere a *“Los excesos o defectos de poder del Juez en el ejercicio de la jurisdicción ‘ultra petita’ cuando al resolver concede más de lo que se le pide; ‘extra petita’ cuando resuelve sobre asuntos o hechos que no pertenecen a la materia del litigio, según ésta quedó constituida al quedar trabada la litis; y, ‘citra petita’ por omisión de resolver todos los puntos de la litis. / Cualquiera de estos extremos deben darse en la sentencia o auto para que se configure esta causal de casación”*¹¹⁶. Esta causal tiene por objeto velar porqué dentro de la sentencia impugnada se resuelven únicamente los puntos sobre los que se trabo la litis, es decir, la demanda con sus pretensiones (acción) y su respectiva contestación (excepción), además de los incidentes que originados durante el juicio,

¹¹⁵ Fallo publicado en la Gaceta Judicial Serie XVII, número 5, p.1270.

¹¹⁶ Exp. 244, R. O. 33, 25-IX-96.

hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella. Este vicio implica inconsonancia, disonancia o incongruencia dentro de la sentencia recurrida.

El recurrente alega que los jueces de segunda instancia afirmaron que la compañía demandada gozaba de una posición de dominio en el mercado de plantas industriales y que además la planta que ellos poseían era la única disponible en el mercado, ante lo que manifiesta que en la demanda nunca se pronunciaron al respecto, por lo que se ha producido una vulneración; ante ello, este Tribunal denota que la Sala de Apelación al pronunciarse sobre los elementos anotados por el casacionista, lo que realiza es una explicación de cómo se generó el daño y el hecho ilícito, puesto que en la demanda se pide una indemnización por los daños ocasionados, y, sin el previo análisis sobre si existe el daño, no se puede determinar si la indemnización procede o no, por lo cual, esto no genera un pronunciamiento ilegal como mal entiende el recurrente, por el contrario es lo que los juzgadores deben realizar para darle un sentido coherente a la resolución, para, como se explicó en la causal anterior, la sentencia tenga una estructura lógica entre cómo se generó el daño, como se demuestra y con ello mandar a pagar la indemnización que corresponda a cada caso, por lo que se desecha esta alegación.

Se indica, que el Tribunal ad quem manda a pagar una indemnización por quince años mientras que en la demanda solo se reclamaban dos años, ante lo cual revisado el expediente, se denota que en la demanda se señala que los perjuicios económicos que han sufrido, alcanzan los doscientos millones de dólares en dos años y la sentencia recurrida manda a pagar una indemnización de ciento cincuenta millones de dólares, es decir, que la indemnización, pilar fundamental sobre lo que versa el presente juicio, es decir, que es la pretensión medular, misma

que no ha sido distinta a la pedida en la demanda, por lo que no se han calculado los quince años de indemnización si no la indemnización que en los dos años se generó, por lo cual, no se incurre en el presente vicio, razón por la cual, se rechaza la presente alegación.

Finalmente, por la causal cuarta, la parte demandada recurrente, manifiesta que los juzgadores no se han pronunciado sobre las excepciones primera y octava de la demandada; ante lo cual, se aclara que conforme lo establece el artículo 106 del Código de Procedimiento Civil, las excepciones serán resueltas en sentencia y se infiere de la sentencia impugnada, que todas las excepciones han sido resueltas; en cuanto a la excepción de que la decisión de dar por terminada las negociaciones fue voluntad de la parte actora y que era imposible que se haya previsto obtener beneficios entre 200 y 300 millones de dólares, dentro de la sentencia los jueces, establecieron cuales fueron los hechos dentro del presente caso y con base a los peritajes pedidos, se demostró qué daño se generó y en consecuencia, la indemnización para repararlo por lo que, los juzgadores de apelación, al haberse pronunciado sobre ambas excepciones, queda sin sustento la presente alegación y por ende, se torna en improcedente.

En el presente caso, como ya se dijo anteriormente, en el escrito de formulación del recurso, no se determina con precisión y claridad la norma o normas relacionadas con esta causal, lo cual impide al Tribunal de Casación determinar, mediante un estudio de las normas que sustentan el recurso de casación por la causal cuarta, en relación con los hechos y las pruebas, la procedencia de la causal mencionada. Se ha procedido, en forma general a hacer un estudio de todas y cada una de las normas legales citadas por el sujeto procesal recurrente, a pesar de que el recurso de casación es confuso e impreciso y carece de claridad, lo

cual bastaría para fundamentar su rechazo. Por otro lado, es de indicar que no se explica qué cuestión no fue materia de litigio y no obstante de ello, que se resolvió o que se omitió resolver.

4.- Por la tercera causal del artículo 3 de la Ley de Casación, solo se puede analizar la violación indirecta de la norma sustantiva, por lo que en el escrito del recurso, es necesario e imprescindible que se determine con claridad y precisión, en primer lugar, los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba transgredidos en la sentencia; en segundo lugar, uno de los tres modos de infracción sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; en tercer lugar, las normas de derecho que por cualquiera de dichos vicios hayan sido equivocadamente aplicadas; y, en cuarto lugar señalar las normas de derecho sustantivas que por el vicio acusando, no hayan sido aplicadas.

Es importante señalar, que al errar en la valoración de la prueba por parte de los juzgadores de apelación, el Tribunal de Casación tiene la facultad de comprobar si se procedió de manera ilógica y arbitraria en la formación del juicio probatorio con desconociendo la existencia de una norma valorativa. En otros términos, no podemos revisar los hechos que han señalado los jueces de instancia, sino el error consistente en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos que se aplican a la valoración de la prueba y que conllevan a que los juzgadores yerren en la aplicación de normas de derecho en su resolución. Entonces, denotamos que esta causal, procede cuando el juzgador de instancia otorgue a un medio de prueba un valor que la ley niega o no le dé valor al medio de prueba cuando la ley si le otorga, no por una distinta apreciación de los hechos. Por tanto, es fundamental tener en claro que no es función de este Tribunal el reconstruir o renovar

el conjunto probatorio¹¹⁷ por una distinta apreciación de los hechos, en virtud que esta facultad no nos corresponde a nosotros, conforme lo señaló la ex Corte Suprema de Justicia: *“la valoración de la prueba es una atribución privativa de los jueces y tribunales de instancia”*¹¹⁸, en el mismo juego de ideas, señalaron *“No hay que olvidar que la valoración de la prueba es una facultad exclusiva y excluyente del juez de instancia como consecuencia de su independencia soberana, sin que el Tribunal de Casación tenga facultad de revocarla, salvo el caso de que la valoración sea atroz, contraria a la razón, a las leyes, a la justicia”*¹¹⁹.

En virtud de lo expuesto, es menester aclarar que el casacionista pretende que se vuelva a valorar el conjunto probatorio incorporado al proceso, señalando varias pruebas por el aportadas con razonamientos que tienen como finalidad buscar que volvamos a analizarlas para llegar a una distinta apreciación de los hechos, misma acción que como se acaba de explicar ut supra, no es de nuestra incumbencia realizar, únicamente podemos establecer si en la sentencia subida en grado no existe un quebranto a la ley. Adicionalmente, aclaramos que este recurso no configura una tercera instancia como equivocadamente pretende el recurrente, no nos corresponde el nuevo estudio del proceso y mucho menos el revisar la prueba que se halla dentro del proceso. La Corte Constitucional, en concordancia a lo indicado, ha manifestado: *“(…) Al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, **sin que los jueces tengan competencia para analizar** temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes*

¹¹⁷ *“(…) no incumbe a este Tribunal de Casación volver a reconstruir o renovar el conjunto probatorio (…) (…) sino establecer que en la sentencia definitiva que dicta el órgano jurisdiccional de instancia no existe quebranto de la ley.” GJS. XVI. No. 2. Pág. 368.*

¹¹⁸ R.O. No. 508. 16 de enero de 2009. Pág. 29

¹¹⁹ GJS. XVIII. No.5. Pág. 1727.

periciales, o **la procedencia y valoración de las pruebas (...)**” (las negrillas son nuestras).¹²⁰

En la especie, examinados que han sido los argumentos que sostiene el casacionista demandado por la causal tercera, se encuentra que no ha señalado los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, de los cuales dice que existe falta de aplicación, y se limita en señalar las normas de derecho contenidas en los artículos 113 y 115 del Código de Procedimiento Civil, ante lo cual, es necesario señalar que estas son normas que no pueden darse por vulnerados como en varias ocasiones lo ha sostenido la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en varios fallos, por cuanto, lejos de tener preceptos jurídicos aplicables sobre apreciación de la prueba, la primera establece la necesidad de que las partes actúen pruebas conforme sus alegaciones y la segunda faculta a los Tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Además, como se ha reiterado en varios fallos de la ex Corte Suprema de Justicia y actual Corte Nacional de Justicia, para la procedencia de esta causal es necesario que se hallen reunidos los siguientes presupuestos básicos: **1.** Identificar el medio de prueba que, a su juicio, ha sido afectado (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o de intérpretes, precisando cuál o cuáles de ellos se han visto violentados); **2.** Establecer cuál es el vicio que la ante dicha afectación acusa; **3.** Determinar, con precisión, la norma procesal sobre la valoración de la prueba que ha sido violada a criterio del recurrente; **4.** Identificar la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o no ha sido aplicada en consecuencia del yerro en la valoración probatoria. **5.** Demostrar con lógica jurídica el nexo causal entre la primera infracción (norma de valoración de la prueba) y la

¹²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 0545-12-EP.

segunda infracción (norma sustantiva o material); y sentando por tal, que el recurrente no ha identificado la norma que se ha dejado de aplicar en consecuencia de esta afectación, al igual que los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, este Tribunal establece la falta de sustento legal de esta alegación, por tanto, no satisface esta alegación para que proceda la casación por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.

5.- Por último, corresponde revisar las alegaciones por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual contempla tres modos de infracción de la ley, aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación *"de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;"*. Este Tribunal aclara que esta causal se da cuando el juzgador elige mal la norma, utiliza una norma impertinente o cuando se le atribuye a una norma sustantiva un significado equivocado o diferente; su fin es proteger la esencia y contenido de la norma de derecho, cuando existe una violación directa de la ley.

En el presente caso, es de indicar que el cargo en cuanto a la falta de aplicación del artículo 18.7 del Código Civil, no procede, por cuanto la establece: *"Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal"*, norma que forma parte del párrafo cuarto correspondiente a la interpretación judicial de la ley, así, cuando no se entienda una norma del ordenamiento jurídico, se debe recurrir a estas reglas para llegar a entender la forma de aplicarlas correctamente; en el caso en análisis, no

existió falta de aplicación de esta norma en consideración de que no ha existido falta de ley, el Tribunal ad quem realizó únicamente una explicación sobre como otras legislaciones de distintos países, concuerdan con lo que ellos exponen en base a las normas ecuatorianas, por ende, no es como el casacionista mal entiende, que en base a leyes extranjeras, los juzgadores de segundo nivel resuelven, conllevando a que esta alegación carezca de lógica jurídica, por lo que se desecha; además, se indica que la norma citada no puede ser objeto de violación porque queda a criterio del juzgador relacionar el caso con otros similares que se hayan resuelto con anterioridad de ser procedente, como también recurrir a principios del derecho universal para dar solución al problema puesto en conocimiento de la justicia, no existiendo problemas de interpretación de la ley en la causa que se juzga.

Señala además que el artículo 1561 ibídem, no se ha aplicado, frente a tal acusación, es menester aclarar que esta norma es aplicable a contratos escritos legalmente celebrados y como bien señala el recurrente, no existió tal contrato, la falta del mismo, originó la acción de indemnización de daños y perjuicios, siendo los acuerdos previos los que sustentan la acción, por lo cual, no podía aplicarse esta norma, consecuentemente, no se ha generado ninguna violación a ley, por lo que se rechaza.

En cuanto a la alegación de la falta de aplicación del artículo 1570 numerales 1, 3 y 4 ejusdem, se deja anotado que la aplicación de esta norma se daría en el caso de que se haya generado una promesa de celebrar un contrato, misma que no ha existido. En la presente causa se ha generado una práctica anti competitiva, es decir, no se basa en prometer una venta sino que generaron un proceso de negociación para vender una planta industrial, sin que nunca se haya concretado los

acuerdos, viéndose perjudicada la parte actora. Además, debe entenderse que la disposición antes señalada, determina las circunstancias que deben concurrir coetáneamente para que una promesa de celebrar un contrato surta efectos legales, no se puede sesgadamente y mutilando la norma, alegar de la forma como lo hace el recurrente; se destaca que la promesa de celebrar un contrato constituye un acto jurídico diferente del contrato mismo prometido y que no puede ni debe confundirse con éste, que es aún inexistente, porque no tiene vida jurídica; es más la doctrina sostiene la existencia de varias formas de perjuicios, así: directos e indirectos, previstos e imprevistos, sobre los cuales bajo el amparo de hacer justicia, se fija el monto indemnizatorio; por lo que carece de lógica esta alegación, por lo que se descarta.

Señala que la Sala de Apelación no se ha pronunciado sobre el dolo y en consecuencia, han dejado de aplicar los artículos 1572 y 1574 del Código Civil; revisada la sentencia impugnada, en su considerando décimo séptimo, la Sala indica bajo un análisis lógico y coherente, cómo se configura el dolo y como se ha comprobado su existencia, es decir, se ha establecido que la parte accionada actúo artificioosamente en perjuicio de la parte accionante, a consecuencia de lo cual, se determina el monto del valor indemnizatorio, sin que por tanto se haya dejado de aplicar las normas contenidas en los artículos señalados ut supra; agregando que al existir un pronunciamiento expreso de la Sala, no se pudo generar como consecuencia, la inaplicación alegada; por lo cual, se torna en improcedente la acusación.

En cuanto a la inaplicación del artículo 18, regla 7ª del Código Civil, el recurrente señala que se da por cuanto el Tribunal ad quem se inventó la jurisprudencia que menciona en la sentencia; este Tribunal esclarece que como ya se señaló, en la sentencia impugnada se hace referencia a que

en otros países las acciones civiles para reclamar el pago de una indemnización de daños y perjuicios por parte de particulares, son independientes de los procesos tramitados por las autoridades administrativas, ésta no es una premisa en la cual se basan los juzgadores para llegar a dictar el fallo puesto que es lo que adicionan a la explicación, donde su premisa mayor es que el artículo 2214 del Código Civil, les otorga la facultad para que puedan conocer el tipo de causa que están resolviendo sin infringir ley alguna, por lo que se desecha esta alegación y en consecuencia, al no ser procedente, se torna innecesario un pronunciamiento sobre los puntos contenidos en los numerales del 156 al 166 del escrito de casación, que son la consecuencia si se hubiera producido la supuesta violación analizada.

Adiciona el casacionista que ha existido indebida aplicación del artículo 2214 del Código Civil, en virtud de que se ha ordenado una indemnización sin que exista un hecho ilícito y un daño; ante lo cual, este Tribunal anota que en la sentencia recurrida, los juzgadores de segunda instancia realizaron el análisis sobre el ilícito y el daño producido en la presente causa, con base a las constancias probatorias y los hechos, siendo impreciso señalar que no ha existido el hecho y el daño ya que estos se han establecido claramente en la sentencia, además, la norma abarca todos aquellos hechos que sean delitos o cuasidelitos, como ilícitos que generan un daño, en el presente caso se rompió un acuerdo de negocios por parte de los demandados, no cumplieron su compromiso, comportando una conducta dañina en perjuicio de la parte actora; por tanto, no hay una elección incorrecta de la norma para considerar aplicación indebida de la norma antes señalada.

DECISIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, NO CASA la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 23 de septiembre de 2011, las 15h30, consecuentemente, se niegan los recursos de casación interpuestos tanto por Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.), hoy PROPHAR S.A., como por MERCK SHARP & DOHME (Inter American) CORPORATION. Notifíquese, publíquese y devuélvase.- ff) **Dr. Wilson Andino Reinoso, Juez; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez; y, Dr. Paúl Iñiguez Ríos (voto salvado), Juez.- Certifico.** Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora.

RAZÓN. Siento por tal que la copia que antecede es igual a su original. Certifico. Quito, a 10 de noviembre de 2014.

Dra. Lucía Toledo Puebla
SECRETARIA RELATORA

REPUBLICA DEL ECUADOR

Juicio No: 17711-2014-0215
Resp: MARIA BARRETO

Quito, miércoles 10 de diciembre del 2014

RESOLUCIÓN No. 199-2014 **Jurisprudencia**

En el Juicio Ordinario No. 17711-2014-0215 que sigue ING. MIGUEL EDUARDO

GARCÍA COSTA, GERENTE GENERAL Y REPRESENTANTE LEGAL DE PROPHAR S.A., NUEVA INDUSTRIA FARMACEUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA S.A.) HOY PROPHAR S.A. en contra de COMPAÑÍA MERCK SHARP & DHOME (INTER AMERICAN) CORPORATION, DEFENSOR DEL PUEBLO, MERCK SHARP & DOHME (INTER AMERICAN) CORPORATION, hay lo siguiente:

JUEZ PONENTE: DR. WILSON ANDINO REINOSO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, miércoles 10 de diciembre del 2014, las 09h57.- VISTOS: Agréguese al proceso los escritos que anteceden. En atención al escrito presentado por Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation, en adelante MSD, en que solicita aclaración de la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2014 a las 11h00 y una vez cumplida con el traslado ordenado, al efecto, este Tribunal considera: PRIMERO.- El artículo 281 del Código de Procedimiento Civil establece que: “El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días.” SEGUNDO.- 2.1 El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil establece que: “La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas”. La aclaración y la ampliación son considerados recursos horizontales cuyas motivaciones y argumentaciones difieren entre sí. Por tanto, la aclaración cabe cuando la sentencia es oscura, suceso que no ocurre en la sentencia dictada en este juicio. En la especie, este Tribunal resuelve la causa en estricto derecho, en forma legal, extensa, clara, diáfana y perfectamente inteligible, fallo debidamente motivado y fundamentado con doctrina y jurisprudencia, primordialmente lo que manda la Constitución de la República en el artículo 76. 7. 1), de acuerdo a las siguientes consideraciones: 2.2. Respecto a la alegación de que este Tribunal de Casación no establece el fundamento o base legal por lucro cesante y otros valores que no pueden ser considerados daño emergente, se indica a la demandada que en el Considerando Décimo de la sentencia dictada por este Tribunal de Casación, se explica doctrinariamente en el pie de página número 95 sobre el daño emergente y el lucro cesante, a continuación se señalan qué normas del Código Civil son la base para la procedencia de las indemnizaciones por daños y perjuicios. Respecto a la responsabilidad precontractual, a lo largo de la sentencia se ha explicado extensamente y se ha analizado en forma legal y doctrinariamente sobre este tipo de responsabilidad, por lo tanto no existe nada que aclarar al respecto. Lo que se evidencia es que la empresa demandada pretende a través de este recurso que se reforme la sentencia, lo que no es admisible bajo ninguna circunstancia por estar prohibido por la ley, precisamente, en la resolución, este Tribunal de Casación analizó los fundamentos de la demanda, las excepciones opuestas, la prueba evacuada por las partes, y substancialmente lo que manifiesta la accionada en esta petición, cuando se refiere al informe en derecho del doctor Ignacio de León, indicándole además a la accionada MSD que la sentencia expedida ha sido analizada en Derecho también. Por otro lado cada uno de los rubros que se ha mandado pague la empresa MSD se encuentran debidamente justificados; los valores señalados por el perito en esta causa han sido sólo referenciales y que han servido como base para fijar las correspondientes indemnizaciones. 2.3 Respecto a la petición de error de cálculo, este no es procedente. Recordemos que el error es aquél en que existe una falta de concordancia entre la voluntad que se desea con la declarada, lo que no ocurre en este caso.

La sentencia pronunciada, en definitiva, cumple íntegramente lo que estatuyen los artículos 269, 273, 274 del Código Procesal Civil y la Constitución de la República, pues, es suficientemente motivada; sin haberse omitido evento alguno sobre la verdad histórica del proceso y en forma amplia para llegar a la verdad que condujo al Tribunal a dictar una resolución justa y equitativa, como se señaló en líneas anteriores los informes periciales sólo son referencias para el juez y así han sido tomados en este caso, por lo que resultan inapropiados los cálculos a los que llega MSD según su perspectiva al punto de señalar que en su lugar se debería fijar el monto de indemnización en la cantidad de USD 55.561,25, ya que la voluntad de los juzgadores en este caso ha sido clara, sin error alguno, razones por las cuales se desecha por improcedente la petición de aclaración solicitada por la parte accionada. Notifíquese. f).- DR. WILSON ANDINO REINOSO, JUEZ NACIONAL, f).- DR. EDUARDO BERMUDEZ CORONEL, JUEZ NACIONAL, f).- DR. PAUL ÍÑIGUEZ RIOS, JUEZ NACIONAL, VOTO SALVADO. Certifico.

VOTO SALVADO DEL DR. PAUL ÍÑIGUEZ RIOS, JUEZ NACIONAL DE LA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, miércoles 10 de diciembre del 2014, las 09h57. VISTOS: En atención al escrito presentado por Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation, en el que se solicita la aclaración de la sentencia de mayoría dictada el 10 de noviembre de 2014, las 11h00, dentro del expediente signado con el número 215-2014, indico que al ser el Juez Nacional que realizó el voto salvado, no me compete pronunciarme sobre el petitorio de la parte accionante que refiere a la sentencia de mayoría. Notifíquese. f).-DR. WILSON ANDINO REINOSO, JUEZ NACIONAL, f).- DR. EDUARDO BERMUDEZ CORONEL, JUEZ NACIONAL, f).- DR. PAUL ÍÑIGUEZ RIOS, JUEZ NACIONAL.- Razón. Siento por tal que la copia que antecede es igual a su original. Certifico. Quito, a 10 de diciembre de 2014.

DRA. LUCIA DE LOS REMEDIOS TOLEDO PUEBLA
SECRETARIA