

- 378 - Juicio de Casación 2011-09-0000000000

Recurso Extraordinario de Casación No. 1140-2011

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

JUICIO No. 1140-2011

JUEZ PONENTE: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

Quito, 21 de septiembre de 2012, las 16h44.- ✓

VISTOS: En virtud de que las Juezas y el Juez Nacionales que suscribimos esta sentencia, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1-2012 de 30 de enero del 2012 nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo electrónico de 21 de marzo 2012 que consta en el expediente de casación, somos el Tribunal competente y avocamos conocimiento de la presente causa conforme los artículos 183 y 190 del Código Orgánico de la Función Judicial y artículo 1 de la Ley de Casación. Y estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- El 23 de septiembre del 2011, 15h30, 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, emitió sentencia y resolvió que: *"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY, se confirma la sentencia en cuanto al fondo del asunto litigioso, sobre la base del análisis precedente.- Se la reforma en cuanto al monto de la indemnización, que se fija en ciento cincuenta millones de dólares, considerando la dilación del tiempo en que la obligación se*

hará efectiva y las implicaciones internacionales que conlleva el caso. Niégase el pago de intereses.- Sin costas en la instancia. Notifíquese”.

SEGUNDO.- 2.1.- Mediante auto de admisibilidad de 10 de noviembre del 2011, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia aceptó a trámite los recursos de casación de la sentencia referida y del auto de aclaración de 6 de octubre de 2011, interpuestos, por Prophar S.A., (*en lo posterior PROPHAR*) y Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation (*en lo posterior MERCK*).

2.2.- PROPHAR funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación (*en lo posterior LC*), por falta de aplicación de los artículos 283 y 284 del Código de Procedimiento Civil (*en lo posterior CPC*); por indebida aplicación de los artículos 1572 inciso primero, 1574, 2214 y 2216 del Código Civil (*en lo posterior CC*); y por falta de aplicación de los artículos 1573 y 1575 del CC.

2.3.- MERCK funda su recurso en las siguientes causales del Art. 3 de la LC:

2.3.1.- Causal primera:

a) Por falta de aplicación de los artículos 1561, 29 inciso final, 1475, 1572, 1574 y 1570 numerales 1, 3 y 4 del CC; artículo 4 de la Ley No. 2000-12; artículo 18 numeral 7 del CC; y, Decisiones 285 y 608 de la Comunidad Andina.

b) Por aplicación indebida del artículo 2214 y 2229 primer inciso del CC; y, jurisprudencia y legislación de España, Colombia y Francia. **c)** Por errónea interpretación del artículo 24 numeral 1, artículo 141 numeral 2, y artículo 244 numeral 3 de la Constitución de 1998.

2.3.2.- Causal segunda:

a) Por falta de aplicación del artículo 76 numerales 4 y 7, literales a), b), c), h), j), k) y 1) de la Constitución de la República del Ecuador, en armonía con el artículo 24 numeral 13 de la Constitución de 1998; los artículos 32 y 33 del Tratado de

- 379. Loscientos detento y more

Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; los artículos 75, 428 y 168 numeral 6 de la Constitución; artículos 289, 273, 411, 412, 1016 inciso primero, 346 numeral 2 del CPC; artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial (*en lo posterior COFJ*).

b) Por aplicación indebida del artículo 262 inciso primero del CPC.

2.3.3.- Causal tercera:

a) Por falta de aplicación del artículo 76 numeral 4 de la Constitución; artículos 19 y 27 del COFJ; artículos 117 y 115 inciso segundo del CPC; artículos 1561, 29, 1475, 1572, 1574, 18 numeral 7, y 1570 numerales 1), 3) y 4) del CC; artículo 4 de la Ley 2000-12.

b) Por aplicación indebida del artículo 2214 y 2229 inciso primero del CC, así como de legislación y jurisprudencia de España, Colombia y Francia. c) Por errónea interpretación del artículo 24 numeral 1, 141 numeral 2 y 244 numeral 3 de la Constitución de 1998.

2.3.4.- Causal cuarta: 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, ya que considera que: *“En la sentencia declara que MSD tenía una posición de dominio en el mercado de plantas industriales y que abusó de ella. La demanda no se sustentó en esto. La demanda se basó en alegados actos de competencia desleal. En la sentencia se declara que la planta industrial de MSD era la única alternativa viable. La demanda no se basó en esto, sino en actos dolosos y fraudulentos de MSD que impidieron que la actora adquiriera la planta industrial. La demanda se sustenta en que en que (sic) fue MSD la que terminó la negociación. La contestación alega que fue nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (Nifa S.A.) la que por su propia voluntad terminó las negociaciones. La sentencia no resuelve sobre esto. Hay, pues, en la sentencia decisiones sobre asuntos que no fueron parte de la litis, y no existe resolución sobre varios aspectos que si fueron objeto de la litis. La sentencia, además, resuelve sobre una indemnización calculada por 15 años*

mientras en la demanda sólo se reclama por un retraso en la producción de 2 años.”. (Las negritas son nuestras).

2.3.5.- Causal quinta: Por falta de aplicación de los artículos 273, 274, 275, 276 y artículo 115 inciso segundo del CPC; y, artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución.

TERCERO.- 3.1.- Para analizar correctamente, de manera sistemática y por tanto global, la argumentación que dan los casacionistas respecto a sus motivos para haber interpuesto el recurso extraordinario de casación, esto es que la sentencia de instancia ha incurrido en supuestos errores sobre juicios de derecho y de hecho, **este Tribunal de Casación tiene claro que tal argumentación debe ser analizada no como se lo haría si éste fuese un recurso de tercera instancia,** sino que debe examinarse bajo los principios procesales de la casación, donde en lo fundamental no es posible introducir nuevos hechos en el debate. **En efecto, no cabe tratar en su totalidad las cuestiones del pleito propuestas por los casacionistas, pues no se puede olvidar que en una correcta técnica de casación, ésta recae sobre la legalidad de la sentencia de instancia, y no sobre ningún otro tema,** de suerte que si la sentencia impugnada contiene infracciones legales se la casa y se dicta una nueva, haciendo una correcta aplicación de las disposiciones legales infringidas, en definitiva se intenta restablecer, principalmente, el imperio de las normas de derecho con un matiz acusadamente público, porque su concepción revela el propósito de conseguir que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente.

3.2.- Se realizará el examen de las causales de casación alegadas por los casacionistas, en el siguiente orden: primeramente la causal segunda; posteriormente, de ser necesario, las causales quinta y cuarta; para concluir, de ser el caso, con las causales tercera y primera.

CUARTO.- 4.1.- MERCK considera, en su escrito de recurso de casación, con relación a la causal segunda:

“a) Normas procesales no aplicadas cuya falta de aplicación configura la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación: “12. En la sentencia no se ha aplicado la norma procesal obligatoria contenida en el literal 1) del numeral 7) del artículo 76 de la Constitución, publicada el 20 de octubre de 2008, en armonía con el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución de 5 de junio de 1998, vigente al tiempo que se trabó la litis, por cuanto la sentencia carece de motivación puesto que en ella *"no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda"* con el fin prescindir del análisis y valoración de toda la prueba actuada en el proceso. Dicha norma, constante en la Constitución de 2008, ordena que *"en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de las partes, se asegurará el debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:... 1) 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"*.

4.1.1.- Estima también que, 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, (TJCA) puesto 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, a pesar de lo cual, en la sentencia se hace referencia a principios sobre derecho de la competencia, derecho que sólo se halla regulado en

Handwritten mark

Handwritten signature

las citadas normas comunitarias. Los referidos artículos del Tratado de Creación del TJCA ordenan:

"Artículo 32.- 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.-

Artículo 33.- Los Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.- En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal". De igual modo durante el proceso que se sustanció ante la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, reiteradamente, y al momento de dictarse el fallo, se dejaron de aplicar las disposiciones constantes en los artículos 76, numeral 7 literales a), b) c), h), j) y 1) de la Constitución, que consagran normas de obligatorio cumplimiento en todo proceso para garantizar que éste sea el debido y en el artículo 168, numeral 6, que ordena el uso del sistema oral y la obligatoriedad de los principios de contradicción y dispositivo.

4.1.2.- Alega que no se aplicó en la tramitación del proceso, el artículo 428 de la Constitución que obliga a los jueces suspender el procedimiento y consultar a la Corte Constitucional cuando se invoca, por parte interesada, la inconstitucionalidad de una norma legal.

El artículo 428 de la Constitución ordena: "*Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, **considerare** 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... "*

4.2.- Este Tribunal de Casación considera, que la segunda causal del artículo 3 de la Ley de Casación hace referencia a la "*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*".

Para la procedencia de esta causal el recurrente debe al menos identificar en su memorial: a) Si reclama ora la aplicación indebida, ora la falta de aplicación ora la errónea interpretación de normas procesales; b) Determinar cómo la violación escogida ha viciado el proceso de nulidad insanable o ha provocado indefensión; c) Determinar cómo la violación ha influido en la decisión de los Jueces; y, d) Finalmente denotar que la nulidad no ha quedado convalidada. **Dos son los principios, que de manera principal, regulan la causal segunda de casación: el principio de especificidad, es decir que las solemnidades sustanciales al proceso, cuya omisión ocasiona la nulidad, deben estar específica y puntualmente determinadas en la ley; y el de trascendencia, por el cual se denote que tal omisión influyó, o pudo haber influido en la decisión de la causa, de una manera cierta e irreparable, afectándose la estructura del proceso de manera trascendente,** siendo la única solución viable la declaratoria de nulidad de una actuación, de parte o de todo el proceso; por lo que no basta entonces una alegación genérica del perjuicio o su planteamiento abstracto,





debiendo acreditarse en forma indubitable el perjuicio que la irregularidad procesal ha ocasionado, y su transcendencia dentro del proceso; **pues las nulidades no existen en el mero interés de la ley, no siendo dable admitir la declaración de nulidad por la nulidad misma o para satisfacer pruritos formales, pues la declaración de nulidad por razones meramente formales constituiría un formulismo inaceptable que obstaría la recta administración de justicia.** Los principios antes mencionados, están consagrados de manera general para los procesos e instancias, fundamentalmente en los artículos 344, 346, 349, 352 y 1014 del Código de Procedimiento Civil.

4.3.- No es admisible la aseveración realizada por MERCK, respecto a que 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, (TJCA), pues los Jueces Nacionales solo tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial del TJCA, en los procesos en que la sentencia no fuere susceptible de recurso alguno en el derecho interno, lo cual no ocurre en el presente proceso, en el que dictó una sentencia de primera instancia por parte de la Jueza Segunda de lo Civil de Pichincha el 17 de diciembre del 2007, que condenó a MERCK a pagar a NIFA S.A. (hoy PROPHAR S.A.), a título de indemnización por daños y perjuicios, la suma de USD 200'000.000,00; **la que fue objeto del recurso de apelación a la Corte Provincial de Justicia Pichincha,** radicándose la competencia en la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales; Sala que dictó sentencia el 23 de septiembre de 2011, confirmando el fallo en cuanto al fondo del asunto litigioso, reformándolo en cuanto al monto de la indemnización, que lo fijó en USD 150'000.000,00.

4.3.1.- Por tanto, no era obligación de los Jueces y Conjuez de la Corte Provincial mencionada solicitar tal interpretación prejudicial, que conforme el artículo 33 del Tratado de Creación mencionado era opcional; más aún cuando existe también el

recurso extraordinario de casación interpuesto por las partes.

4.4.- Resulta improcedente también, que MERCK alegue que no se aplicó el artículo 428 de la Constitución de la República, pues tal norma constitucional no se aplica porque una de las partes así lo solicite, sino exclusivamente cuando una Jueza o Juez considere, que una norma jurídica es contraria a la Constitución de la República o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución. Por lo que era atribución constitucional únicamente de los Jueces y Conjueces que emitieron la sentencia referida de la Corte Provincial de Pichincha, el suspender o no la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional, si así lo consideraban necesario.

4.5.- Resulta fuera de lugar también el que MERCK alegue, en base a una disposición transitoria (la quinta) de la Ley de Propiedad Intelectual, incompetencia de la jurisdicción civil y mercantil, bajo el argumento de que no existían (ni existen) a la fecha los Juzgados y Tribunales Distritales de Propiedad Intelectual, y que por tanto la Corte Provincial debía declarar la nulidad del proceso, dado que la competencia desleal estaría regulada por la Ley de Propiedad Intelectual, sin tomarse en cuenta que la demanda civil de PROPHAR se fundamentó principalmente en los artículos 29, 2214, 2229 y 2235 del Código Civil, en concordancia con el artículo 244 numerales 1 y 3 de la Constitución Política de 1998; pues como lo señala PROPHAR S.A. en su contestación al recurso de casación de MERCK:

“La acción planteada por Nifa S.A. (hoy Propfar S.A.) en contra de Merck Sharp & Dome (Interamerican) Corporation tuvo como objetivo que se le repare el daño civil que las prácticas anticompetitivas de esta compañía ocasionaron a mi representada. La demanda se fundamentó, entre otras normas jurídicas, en el artículo 244 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República de 1998 y en los

artículos 18, 29, 2241 (actual 2214), 2256 (actual 2229) y 2259 (actual 2235) del Código Civil. **Mi representada nunca invocó como fundamento de su demanda las normas de las Decisiones de la Comunidad Andina relativas a libre competencia, toda vez que éstas no eran aplicables a conflictos por temas de competencia surgidos en uno sólo de los estados miembros de la Comunidad Andina. La Sala de la Corte Provincial hizo bien al limitarse a aplicar las normas de derecho interno para adoptar su resolución, ya que no eran aplicables las normas supranacionales de la Comunidad Andina, más aún que, tal como la sentencia lo analizó, lo que mi representada ha reclamado es una indemnización civil de daños y perjuicios por la comisión de un ilícito de carácter civil, a saber, la ejecución de actos contrarios a la libre competencia, que debe ser indemnizado, tal como lo admite la doctrina y la legislación extranjera. No se trata de una acción destinada a controlar el mercado ni a salvaguardar el orden público, sino que lo que se busca es precautelar el interés particular de mi representada que se vio afectada por una actuación ilícita de la demandada...** 12.- La demanda que mi representada planteó en contra de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation no se fundamentó en los actos de competencia desleal que ésta implementó, sino que se basó en los actos contrarios a la libre competencia que realizó. Por tanto, son falsos los cargos de que se ha dejado de aplicar lo dispuesto por el artículo 346 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil y en la disposición transitoria quinta de la Ley de Propiedad Intelectual, por lo que deben ser rechazados, ya que el proceso fue tramitado por Juez competente (el Juez de lo Civil), en la vía adecuada, conforme lo dispone el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil (la vía ordinaria), ya que los procesos por delitos o cuasidelitos civiles no tienen ninguna vía especial... 16.- La demandada, de manera dolosa, incurrió en una práctica prohibida por el artículo 244 numeral 3 de la Constitución de 1998, razón por la cual cometió un ilícito. De ninguna manera la falta de ley que regulara la competencia implicaba que la conducta de la demandada fuera lícita; su conducta continuó siendo ilícita y prohibida por la Constitución. Como en aquella época no existía

una ley que regulara la competencia, el Estado no podía controlar ni imponer sanciones administrativas o penales a los agentes que incurrieran en cualquier práctica anticompetitiva; en definitiva, el Estado no podía controlar el funcionamiento del mercado a través de sus entes administrativos. Sin embargo, la ilicitud de la práctica permitía que los afectados particulares pudieran reclamar el pago de una indemnización de daños y perjuicios por la comisión de un acto ilícito que le hubiera ocasionado daño. Todo acto ilícito se constituye como un delito o cuasidelito, por lo que las disposiciones legales contenidas en los artículos 2214 y siguientes del Código Civil son perfectamente aplicables al presente caso y bien hicieron los jueces que, sustanciaron la causa en juzgar y condenar a Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation utilizando tal norma jurídica, por lo que el cargo expresado por la demandada en este sentido debe ser rechazado por improcedente. Los jueces aplicaron de manera correcta lo dispuesto por el artículo 18 regla 7ª del Código Civil que les impone la obligación de administrar justicia en todos los casos. Si bien en 2002 no existía una ley que regulara el poder de mercado y la competencia económica, como ya existe en los actuales momentos, si existía una ley que sancionaba la comisión de cualquier ilícito de orden civil. Los jueces no podían ampararse en la no existencia de una ley que regulara la competencia económica para no resolver el litigio surgido entre mi representada y Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation más aún que el Código Civil si tiene normas que sancionan la comisión de ilícito civil cuando éste ha ocasionado perjuicios a terceros.”.

4.6.- Por todo lo anterior, y sin otras consideraciones, este Tribunal de Casación considera que no hay nulidad alguna que declarar, pues en lo fundamental, y respetando los principios de especificidad y trascendencia, no se ha producido nulidad insanable ni se ha provocado indefensión alguna en contra de MERCK, que ha podido defenderse adecuadamente en este proceso que contiene ciento treinta y cinco cuerpos procesales, por lo que se rechaza la argumentación respecto a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de

Casación alegada.

QUINTO.- 5.1.- MERCK plantea, en su escrito de recurso de casación, **con relación a la causal quinta**, principalmente, que:

“c) La sentencia no decide sobre ninguno de los puntos sobre los cuales se concretó el recurso de apelación, documento procesal sobre el cual ni siquiera hay una referencia en el fallo, como tampoco la hay con relación a la sentencia dedica al texto de la demanda seis páginas, de las dieciséis que conforman la sentencia íntegra. (La demanda se halla contenida en 10 páginas). A la contestación de la demanda dedica menos de media página, esto es veinte líneas. (La contestación tiene 18 páginas, con una relación completa de los hechos, que no se los menciona en la sentencia); d) La sentencia no se pronuncia sobre la alegada incompetencia del juzgado de primera instancia ni sobre la alegada incompetencia de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; e) La sentencia no explica los fundamentos jurídicos para sostener que la planta industrial que fue de propiedad de MSD era la única alternativa posible, ni tampoco cita jurisprudencia alguna de ninguno de los países que dice, la sentencia, que no requieren en su sistema de una declaración previa de afectación al mercado, en los casos en que se discute sobre violación de la libre competencia, ni menos aún indica la prueba que sustenta que la planta industrial era la única alternativa posible para todos los fabricantes o importadores de productos farmacéuticos, si es que la actora la hubiera adquirido; f) La sentencia no contiene, como lo exige el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución la identificación concreta que aparezca de la prueba que establezca que MSD tenía posición de dominio, esto es más del 25% del mercado relevante y tampoco contiene la identificación de cuál era el mercado relevante; g) La sentencia no identifica prueba alguna que acredite la calidad de única a la planta industrial de MSD; h) La sentencia omite toda consideración sobre el hecho de que la actora violó los

derechos de patente de las compañías Merck ni analiza los efectos de tal hecho en la negociación.” (fojas 11.705 a 11.708).

5.2.- Y con relación a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, MERCK arguye:

“f) 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 lo que configura la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación: En la sentencia se declara que MSD tenía una posición de dominio en el mercado de plantas industriales y que abusó de ella. La demanda no se sustentó en esto. **La demanda se basó en alegados actos de competencia desleal.** En la sentencia se declara que la planta industrial de MSD era la única alternativa viable. La demanda no se basó en esto, sino en actos dolosos y fraudulentos de MSD que impidieron que la actora adquiriera la planta industrial. La demanda se sustenta en que fue MSD la que terminó la negociación. La contestación alega que fue Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (Nifa S.A.) la que por su propia voluntad terminó las negociaciones. La sentencia no resuelve sobre esto. Hay, pues, en la sentencia decisiones sobre asuntos que no fueron parte de la litis, y no existe resolución sobre varios aspectos que si fueron objeto de la litis. La sentencia, además, resuelve sobre una indemnización calculada por 15 años mientras en la demanda sólo se reclama por un retraso en la producción de 2 años.” (foja 11.709).

SEXTO.- Respecto a las causales quinta y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación alegadas por MERCK, este Tribunal de Casación considera que:

6.1.- En lo principal MERCK, con relación a la causal quinta, después de mencionar varios artículos del CPC que solo se refieren a aspectos formales y de procedimiento, que reiteramos no afectaron el curso del proceso ni la dejaron en indefensión, como lo son temas de incidentes y aclaraciones, que este Tribunal de

Casación considera irrelevantes a nivel del recurso extraordinario de casación, si menciona un tema de fondo dentro de esta causal, y es que *“el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución ordena que en toda resolución, de cualquier autoridad pública, incluidos los jueces, debe existir la motivación debida, esto es la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los hechos. La sentencia no contiene varios de estos requisitos e incumple el contenido de estas normas, puesto que: “... e) La sentencia no explica los fundamentos jurídicos para sostener que la planta industrial que fue de propiedad de MSD era la única alternativa posible, ni tampoco cita jurisprudencia alguna de ninguno de los países que dice, la sentencia, que no requieren en su sistema de una declaración previa de afectación al mercado, en los casos en que se discute sobre violación de la libre competencia, ni menos aún indica la prueba que sustenta que la planta industrial era la única alternativa posible para todos los fabricantes o importadores de productos farmacéuticos, si es que la actora la hubiera adquirido; f) La sentencia no contiene, como lo exige el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución la identificación concreta que aparezca de la prueba que establezca que MSD tenía posición de dominio, esto es más del 25% del mercado relevante y tampoco contiene la identificación de cuál era el mercado relevante; ...”.*

6.1.1.- La impugnación por esta causal quinta se sustenta en definitiva, en que la sentencia no está debidamente motivada y que incurre en incompatibilidades, al no explicar los fundamentos jurídicos para sostener que la planta industrial que fue de propiedad de MERCK era la única alternativa posible para PROPHAR, en su calidad de fabricante o importador de productos farmacéuticos; **la sentencia no contiene la identificación concreta de la prueba que establezca que MERCK tenía posición de dominio, esto es más del 25% del mercado relevante; y, tampoco contiene la debida identificación de cuál era el mercado relevante.**

6.2.- MERCK, con relación a la causal cuarta, sostiene que en la sentencia del Tribunal Ad-quem se declaró que:

"MERCK tiene una posición de dominio en el mercado de plantas industriales y que abusó de ella, siendo la planta industrial que inició este litigio la única alternativa viable para PROPHAR, sin que la demanda se haya basado en esto, sino en supuestos actos dolosos y fraudulentos de MERCK que impidieron que la actora adquiriera dicha planta industrial; por lo que hay en dicha sentencia decisiones sobre asuntos que no fueron parte de la litis; y, que, la sentencia, además, resuelve sobre una indemnización calculada por 15 años mientras en la demanda sólo se reclama por un retraso en la producción de 2 años."

6.3.- Ahora bien, conforme el literal 1) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República "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...".

En este sentido los artículos 274 a 276 del Código de Procedimiento Civil establecen que las sentencias y los autos, se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal; de igual manera expresarán con claridad lo que se resuelve y los asuntos que van a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. Autorizada doctrina nos enseña que:

"El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de la sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser a la vez expresa, clara, completa, legítima y lógica. La sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

*que culminan en la conclusión final la cual constituye el dispositivo en que se expresa el concreto mandato jurisdiccional. [...]. La motivación debe ser completa, para lo cual tiene que abarcar los hechos y el derecho. **Respecto de los hechos, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa.** Para ello, tiene que emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a valoración crítica. No es suficiente que el juez se expida sobre el sentido del fallo, sino que debe exponer las razones y fundamentos que lo determinan. Por eso no puede dejar de indicar las pruebas utilizadas, ni soslayar su análisis crítico mediante alusiones globales a los elementos probatorios reunidos, o por un resumen meramente descriptivo de ellos, sin explicar el valor que les atribuye, el criterio selectivo empleado y las conclusiones que extrae. El juez debe consignar las conclusiones de hecho a que llega, y esta exigencia atañe ya a la fundamentación en derecho de la sentencia, porque constituirá la base de aplicación de la norma jurídica. La motivación en los hechos está constituida por la valoración probatoria: la fundamentación en derecho tiene como punto de partida la fijación de esos hechos [...]. En resumen: para motivar la sentencia en los hechos, el juez debe demostrarlos; para fundarla en derecho, debe describirlos (y luego, como se verá, calificarlos, encuadrándolos en la norma jurídica)... Para motivar en derecho la sentencia, el tribunal debe, además, justificar en el texto de la ley la conclusión jurídica [...]" (Fernando de la Rúa, Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, páginas 150 y siguientes.).*

Por otra parte, la doctrina ha establecido que para el análisis de la referida causal cuarta, es necesario señalar que el Tribunal de Instancia debe atenerse a los puntos sometidos a su decisión, **lo cual significa que solo en la demanda y en la contestación a la demanda se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia.**

En materia civil, siempre que se trate de conocer si hay identidad entre una sentencia y una demanda, el factor determinante es la pretensión aducida en ésta y resuelta en aquella, pues en la demanda se encierra la pretensión del demandante.

El principio de congruencia delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto.

La incongruencia es un error *in procedendo* que tiene tres aspectos:

a) Cuando se otorga más de lo pedido (*plus o ultra*); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (*extra petita*) c) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citrapetita*). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre el petitorio de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia, lo cual ha de estar perfectamente explicitado en la fundamentación del recurso.

6.4.- Este Tribunal de Casación considera que efectivamente la sentencia referida de la Corte Provincial de Pichincha adolece de serias fallas de motivación, entre las normas o principios jurídicos en que funda la misma y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los hechos concretos que se discuten entre las partes.

Gran parte de tal desfase conceptual se da por una indebida conceptualización y “una mezcla” de instituciones diferentes en la sentencia, como lo son el cuasidelito civil, temas de derecho de defensa de la competencia, y otros de derecho de la competencia desleal.

SÉPTIMO.- 7.1.- PROPHAR basa su demanda civil principalmente en el artículo 244 numerales 1 y 3 de la Constitución Política de 1998, en concordancia con los artículos 2214 y 2229 del Código Civil.

Ver

7.1.1.- Tales artículos disponen: “**Art. 244, numerales 1 y 3 de la Constitución Política de 1998.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones. 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.**”, “**Art. 2214 CC.- 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.**” y “**Art. 2229 CC.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Están especialmente obligados a esta reparación...**”.

7.2.- Como bien lo señala PROPHAR en su contestación al recurso de casación de MERCK, la acción planteada por Nifa S.A. (hoy Prophar S.A.) en contra de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation **tuvo como objetivo que se le repare el daño civil que las prácticas anticompetitivas de MERCK le ocasionaron.**

PROPHAR nunca invocó como fundamento de su demanda las normas de las Decisiones de la Comunidad Andina relativas a libre competencia, sino que solicitó una indemnización civil de daños y perjuicios por la comisión de un ilícito de carácter civil, **sin que se trate de una acción destinada a controlar el mercado ni a salvaguardar el orden público, sino que lo que busca es precautelar el interés particular de PROPHAR, el cual se vio afectado por una actuación ilícita de MERCK, quien incurrió en una práctica prohibida por el artículo 244 numeral 3 de la Constitución Política de 1998,** razón por la cual cometió un supuesto cuasidelito en contra de PROPHAR, que le permitiría a

esta reclamar el pago de una indemnización de daños y perjuicios.

7.3.- La Corte Suprema de Justicia ha caracterizado la naturaleza de la indemnización que proviene del cuasidelito civil:

“NOVENO: Las pretensiones del actor están encaminadas a que los demandados le paguen indemnizaciones por hechos ilícitos que originaron la responsabilidad civil extracontractual prevista en los artículos 1480, 2241, 2243, 2244, 2247, 2256, 2258 y artículo innumerado agregado a continuación del Artículo 2258 del Código Civil, contenidos en el Título XXXIII de Los Delitos y Cuasidelitos, Libro Cuarto de dicho Código. Hechos o actos ilícitos son los contrarios a las normas legales o reglamentarias que reúnen los elementos que luego se precisan. Se clasifican en delitos y cuasidelitos. Los primeros son aquellos realizados con malicia, con la intención positiva de cometer el daño. Se subclasifican, a su vez, en delitos civiles y delitos penales. Estos últimos están caracterizados por el hecho de encontrarse tipificados y sancionados por la ley penal. Mientras que los delitos civiles no lo están. Dicho en otra forma, todo hecho o acto ilícito cometido con la intención de realizar el acto contrario a la ley, pero que no está tipificado o sancionado con la ley penal, es delito civil. Al tratarse de las pretensiones de resarcimiento por responsabilidad civil extracontractual, la distinción entre delito civil y delito penal es importante para efectos de la competencia y el procedimiento a seguirse en el uno o en el otro supuesto.”. (Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3730).

OCTAVO.- 8.1.- Es muy importante para este Tribunal de Casación, conceptualizar correctamente el alcance del artículo 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998, pues éste se refiere a que dentro de un sistema de economía social de mercado, corresponde que se promueva el desarrollo de actividades y mercados competitivos, ¿de qué manera?, pues a) **impulsando la libre competencia, b) sancionando las prácticas monopólicas, c) **sancionando****

otras prácticas que impidan la libre competencia, y d) sancionando “otras prácticas que distorsionen la libre competencia”.

En verdad la redacción del anterior numeral 3 del artículo 244 de la Constitución Política de 1998 no es muy acertada, pero está claro que contiene varios supuestos que deben ser tomados en cuenta, y no pueden ser conceptual y jurídicamente mezclados.

La sentencia de la Corte Provincial “mezcla” las categorías de libre competencia y prácticas monopólicas, propias del nuevo Derecho de la Competencia propiamente dicho, a nivel de operadores económicos con poder de mercado, que pueden, por ejemplo, realizar acuerdos colusorios y de concentración económica, que perjudiquen a los consumidores y usuarios de manera general y no particularizada, es decir todos los ecuatorianos en tal caso nos veríamos afectados, con “otras prácticas” que las distorsionan, que no necesariamente entran en el ámbito de la afectación general de todo el mercado de consumidores y usuarios, sino que darían lugar más bien a que se conformen cuasidelitos particularizados, por otras prácticas dentro del Derecho de la Competencia Desleal, que afectarían evidentemente no a todo el conglomerado de consumidores y usuarios (propio del Derecho de la Competencia), sino únicamente a dos comerciantes y/o empresas mercantiles exclusivamente, como es el caso que aquí nos ocupa.

8.2.- De la sentencia impugnada se desprende que en el mes de febrero de 2002, ejecutivos de MERCK le hicieron conocer a NIFA en forma verbal la decisión que habían tomado de vender su planta industrial ubicada en el Valle de Los Chillos, cantón Rumiñahui, provincia de Pichincha, en el país.

Que después de varios correos electrónicos, acuerdo de confidencialidad y reuniones, Nifa S.A., actual PROPHAR S.A., “hizo una oferta de adquisición de

la planta por la suma de USD 1'400.000,00 dólares, oferta que fue confirmada mediante comunicación de 23 de septiembre del 2002", la cual al día siguiente fue mejorada "a la suma de USD 1'500.000,00 dólares".

Que el 30 de octubre del 2002 se remitió a PROPHAR "la escritura de compraventa y una copia de la carta del impuesto predial 2002 de la propiedad de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation con el objeto de elaborar el proyecto de minuta de compraventa de inmueble de propiedad de esta última compañía".

Que de manera inesperada el 16 de diciembre del 2002, MERCK envió a PROPHAR una carta en la que solicitaba se le informara sobre la utilización que ésta empresa hacía del medicamento "Roficoxib" de su propiedad, lo cual condujo eventualmente a que el 29 de enero del 2010 MERCK no acepte razones, y desista de la venta de la planta industrial de su propiedad. Que esta circunstancia de la no venta de la planta industrial le causó a PROPHAR un grave daño, ya que su programa de crecimiento se vio frenado por al menos dos años, en razón de que recién en el mes de marzo de 2003 pudo retomar los diversos proyectos para la construcción de una nueva planta industrial, por lo cual considera que "los perjuicios económicos que ha sufrido alcanzan los USD 200'000.000,00 de dólares, ya que ha retrasado más de dos años el contar con su nueva planta industrial".

Estos antecedentes básicos constan en los primeros considerandos de la sentencia impugnada, y este Tribunal de Casación los trae a colación para señalar como el antecedente que dio origen a este conflicto es un tema evidentemente civil, que tuvo su origen en la compraventa fallida de una planta industrial entre dos compañías farmacéuticas, tema éste que en forma alguna puede afectar a todos los consumidores y usuarios en general del país o de un sector como sería el caso de tratarse de un problema real de defensa de la

competencia.

NOVENO.- 9.1.- El problema básico que se da en la sentencia impugnada es que pretenden transformar, y así lo hacen, un problema cuyo origen es evidentemente civil y de competencia desleal, en un tema exclusivo de Derecho de Defensa de la Competencia; esto es, de un conflicto que solo puede afectar a las compañías PROPHAR S.A. y MERCK Corporation, se da un extraño salto conceptual para pretender convertirlo en un problema de los consumidores y usuarios de productos farmacéuticos en general, o lo que es peor, de un supuesto mercado relevante de plantas industriales.

Para así hacerlo, la sentencia impugnada tiene que, como no puede ser de otra manera si trata de llevar tal conflicto civil entre las dos empresas farmacéuticas al terreno del Derecho de la Competencia -lo cual indebidamente hace- señalar cuál sería el "*mercado relevante*" afectado; y aquí se da la distorsión de base que hace que todo el argumento de la sentencia impugnada pierda consistencia, pues el Tribunal Ad quem considera que tal mercado relevante afectado sería "*el de plantas industriales*", específicamente "*el de plantas industriales aptas para la industria farmacéutica*", cuando, por la actividad económica de las dos empresas su mercado corresponde al de medicamentos; evidentemente los consumidores y usuarios de medicamentos dentro de la óptica del derecho de la competencia buscan tener acceso a medicinas en general, y no, obviamente, a plantas industriales de producción de los mismos.

En realidad no existe en el país un "mercado relevante de plantas industriales aptas para la industria farmacéutica", de hecho posiblemente no exista tampoco un "mercado relevante de plantas industriales en general"; pero aunque pudiese teóricamente existir tal mercado relevante de plantas industriales, ello en ningún caso tendría nada que ver con el objeto social de empresas farmacéuticas, las cuales tienen como objeto principal la producción y venta

de medicamentos para consumo humano, y no es que sean agentes inmobiliarios que compren y vendan instalaciones o plantas industriales o inmuebles en general.

9.2.- Igualmente resulta extraño que en dicha sentencia se haga aparecer a PROP HAR (antes Nifa) como un consumidor o usuario, cuando en realidad es más bien un operador económico de productos farmacéuticos, y además un competidor dentro de tal industria farmacéutica, no sólo para con MERCK sino para todos los otros laboratorios farmacéuticos que están en el mercado. Definitivamente no se podría pretender dar a PROP HAR la categoría de "consumidor o usuario del mercado relevante de plantas industriales para la industria farmacéutica", ni a MERCK la categoría "de tener cautivo, y por ende tener una posición de dominio del mercado de plantas industriales para la industria farmacéutica".

9.2.1.- Pues conceptualmente para tener una supuesta posición de dominio y por ende poder de mercado sobre el mercado relevante de plantas industriales, tendría que haberse demostrado que MERCK pretendía adquirir la mayoría de galpones, plantas industriales, bodegas o inmuebles en general en el país o en toda una provincia, para de esa manera sí impedir a los operadores económicos de productos farmacéuticos que tengan un lugar donde fabricar sus productos, lo cual evidentemente no es el caso; resultando contradictoria la aseveración del considerando Décimo Primero de la sentencia, para quien supuestamente tendría una posición de dominio de dichas plantas industriales, que:

"Además hay que resaltar que tanto en primera instancia, cuanto en segunda instancia, se inspeccionó la planta industrial de propiedad de la actora y se pudo verificar que ésta apenas se había ampliado, que existe una afectación al predio donde ésta se levanta y que por exigencias de las normas de las Buenas Prácticas de Manufactura, técnicamente se dificulta su ampliación, ya que las diferentes

áreas de producción no pueden levantarse adosadas, sino que tiene que existir cierta distancia entre ella, al tiempo que la generación de impurezas en el aire durante la ejecución de obras podría afectar los procesos de producción, los mismo que ya se encuentran congestionados, conforme se puede apreciar de las actas y de los informes de las inspecciones judiciales realizados en el proceso.”.

9.2.2.- Esta grave distorsión conceptual y jurídica la podemos apreciar claramente en los considerandos Décimo Primero y Décimo Segundo de la sentencia impugnada, que señalan:

"DÉCIMO PRIMERO.- ...Siendo así, la demandada se encontraba en posición de dominio en el mercado de plantas industriales aptas para la industria farmacéutica,.... "DÉCIMO SEGUNDO.- ...Es claro que la demandada tenía posición de dominio en el mercado de plantas industriales aptas para la industria farmacéutica... ”.

DÉCIMO.- Por todas las anteriores consideraciones, y sin que sea necesario entrar a considerar las otras causales de casación alegadas por las partes, **este Tribunal de Casación considera que la sentencia impugnada incurrió en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación,** pues al motivarse la misma se recurre a una incorrecta explicación y aplicación del concepto de “mercado relevante” propio del “Derecho de Defensa de la Competencia”, a un litigio circunscrito al ámbito del “Derecho Civil” y del “Derecho de la Competencia Desleal”.

Además, la sentencia impugnada incurrió también en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, al resolver un asunto ajeno a las pretensiones del actor; esto es, *extra petita*, al declarar que MERCK tenía una posición de dominio en el mercado de plantas industriales y que abusó de ella, toda vez que efectivamente la demanda de PROPHAR no se sustentó en tal argumento, sino en

daños y perjuicios por cuasidelito civil, que tiene su origen en actos de competencia desleal; y también, *ultra petita*, al resolverse sobre una indemnización calculada por 15 años, mientras que en la demanda solo se reclama por un retraso en la producción de 2 años.

DÉCIMO PRIMERO.- Para proceder conforme el inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, y para expedir la sentencia que en lugar de la que se casa corresponde, este Tribunal de Casación se remite a los siguientes hechos que se desprenden de la sentencia impugnada:

11.1.- Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.) (Actualmente PROPHAR S.A.), es una compañía farmacéutica ecuatoriana que ha venido produciendo y comercializando para el mercado nacional medicinas a lo largo de los últimos veinte y ocho años. En estos recientes 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 el país.

Que durante el año 2002 la participación de Finalín alcanzó el treinta y tres por ciento de las ventas en dicho mercado de analgésicos. Que desde hace aproximadamente tres años, 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 esta ha caducado, razón por la cual se encuentran en el dominio público, lo que equivale a decir que se lo puede producir libremente, sin autorización de ninguna persona y sin que se deba pagar regalías a ningún laboratorio nacional o extranjero.

Que el departamento de investigación y desarrollo de PROPHAR S.A., ha

venido trabajando durante los últimos años en el desarrollo de varias familias de productos farmacéuticos, y que por tanto su representada tiene la capacidad técnica para producir todos los productos genéricos que ha venido desarrollando durante los últimos años, **pero que lamentablemente hasta esa fecha no poseía la infraestructura industrial para producir en los volúmenes que exigía la demanda. Por lo que tenía la necesidad de contar con una nueva planta de producción que tenga una mayor capacidad productiva de la que en ese entonces poseía.**

Que durante el año 2001 se iniciaron los contactos con Good Manufacturing Practices S.A., compañía que el 1 de junio del 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. Que todo lo descrito no ha llegado a concretarse en buena medida como consecuencia de los actos de engaño que ha sufrido por parte de MERCK SHARP & DOHME (INTER AMERICAN) CORPORATION, **toda vez en el mes de febrero de 2002 ejecutivos de MERCK hicieron conocer en forma verbal a la Subgerencia General de Nifa S.A. ahora PROPHAR S.A., la decisión de MERCK de vender su planta industrial ubicada en el Valle de Los Chillos, cantón Rumiñahui, provincia de Pichincha.**

11.2.- Que como la oferta de negociación de la planta industrial de aquella compañía parecía seria y había indicios de que se podía llegar a un acuerdo en el menor tiempo posible, Nueva Industria Farmacéutica Asociada (NIFA S.A.) suspendió la planificación tendiente a la ampliación de la planta industrial de su propiedad o a la construcción de una nueva. **Que 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.

- 396. Inciendes novados > mox

Que el 17 de septiembre de 2002 PROPHAR hizo una oferta de adquisición de la planta por la suma de USD 1'400.000 dólares, oferta que fue confirmada mediante comunicación de 23 de septiembre de 2002. Que al día siguiente PROPHAR mejoró su propuesta a USD 1'500.000 dólares. Que en los días siguientes se mantuvieron reuniones con el objeto de afinar los detalles finales de la negociación, y que el 30 de octubre del 2002 se remitió la escritura de compraventa y una copia de la carta del impuesto predial 2002 de MERCK, con el objeto de que se elabore el proyecto de minuta de compraventa del inmueble de propiedad de esta última compañía.

11.3.- Que de manera inesperada el 16 de diciembre del 2002 MERCK envió a PROPHAR una carta en la que solicitaba se le informara sobre la utilización que ésta última hacía del medicamento "Roficoxib", de propiedad de MERCK; medicamento éste que PROPHAR sostenía que se encontraba en el dominio público, suposición que la basaba en una información equivocada que le había proporcionado el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, IEPI, y que por tal motivo PROPHAR había procedido a obtener el registro sanitario del medicamento mencionado Rofecoxib, pero que apenas supo que la patente de MERCK se encontraba vigente había desistido de seguir utilizando dicho medicamento, mientras estuviere vigente la misma.

11.4.- Que el 10 de enero de 2003, cuando prácticamente las partes habían llegado a un acuerdo sobre todos los puntos en discusión en el proceso de negociación de la planta industrial referida, MERCK hizo saber a PROPHAR que se abstuviera de producir varios medicamentos genéricos por cinco años, que producía MERCK pese a que no se encontraban patentados en el Ecuador, y a que en la negociación inicial nunca se incluyó dicha condición. Que los técnicos de PROPHAR procedieron a revisar la lista entregada por MERCK y que 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, que otros tantos correspondían a productos que eran fabricados Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation y por otros laboratorios, y que el tercer grupo correspondía a fármacos que únicamente eran producidos por dicha compañía.

Que a fin de concretar la adquisición de la planta industrial **PROPHAR** estuvo **dispuesta a no producir durante dos años aquellos productos que no se encontraban dentro de la lista de genéricos, pero que no podían aceptar la pretensión de no fabricar los productos clasificados como genéricos, toda vez que ello hubiera puesto a dicha compañía en una situación de grave desventaja frente a sus competidores. Que MERCK no aceptó razones y pretendió que se aceptaran todas las condiciones o caso contrario no le vendería la planta industrial de su propiedad ubicada en el Valle de Los Chillos. Que había trascurrido cerca de un año en el que se estuvieron realizando las negociaciones para la adquisición de dicha planta industrial, hasta que el 29 de enero de 2003 MERCK les informó que las conversaciones entre dichas compañías habían terminado, sin que a MERCK le importe el gravísimo daño que se estaba causando a PROPHAR S.A. (antes NIFA S.A.).**

11.5.- Que PROPHAR consideró que resultaba muy predecible que MERCK la haya considerado un competidor a tener en cuenta, ya que se conocía que pese a sus pequeñas dimensiones se trataba de una compañía eficiente que cuenta con personal altamente calificado en todas las áreas de producción y comercialización, por lo **que MERCK ingenió una estrategia para demorar su entrada en los mercados de productos genéricos. Que se puede apreciar que dicha estrategia partió de la oferta de venta de la planta industrial, oferta que daría inicio a un largo proceso de negociación, proceso que debía ser largo y complicado, tal como aconteció. Que solamente en el momento de que dichas negociaciones, que se habían prolongado a lo largo de los meses sin que hubiera razón para ello y estuvieran por finalizar se trataría de imponer el**

compromiso de no producir aquellos medicamentos que MERCK producía y que no contaba con una patente vigente en el país, a fin de evitar la competencia en los diferentes mercados en los que tales productos se encontraban compitiendo.

Que las negociaciones para la adquisición de la planta industrial de propiedad de MERCK se prolongaron durante un lapso cercano a un año, lapso durante el cual PROPHAR 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, PROPHAR podría adquirir la necesaria capacidad productiva para poder llevar adelante su programa de expansión. Que el engaño al que en forma dolosa MERCK le llevó tuvo como consecuencia que ésta retardara la ampliación de su planta industrial o la 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 ha podido lanzar al mercado todos los productos farmacéuticos que su departamento de investigación y desarrollo tenía listos para la producción y que en los casos en que ha podido iniciar la producción, no ha alcanzado a satisfacer la demanda.

Que el hecho de no contar con la nueva planta industrial impidió a PROPHAR competir en los mercados con varios de sus productos farmacéuticos genéricos; que de la misma manera, aquellos productos con los que han podido entrar a competir en los mercados, lo han hecho en pequeñas cantidades, ya que carece de la adecuada capacidad de producción. Que de haber contado con la nueva planta industrial, suponen, sobre la base de los estudios de mercados que han realizado, que la participación de PROPHAR en los respectivos mercados hubiera sido alta, por lo que, como consecuencia del error al que les llevó al engaño perpetrado por Merck, PROPHAR sufrió 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 2003 ha retomado los diversos proyectos para construir la nueva planta industrial.

11.6.- Que para poder determinar el daño real que MERCK ha ocasionado a PROPHAR es necesario conocer que en Ecuador durante el año 2002 se negociaron productos farmacéuticos por valores cercanos a los cuatrocientos millones de dólares y se estima que en el ejercicio económico del año 2003 los montos negociados superarán los quinientos millones de dólares y que 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%.

Que durante el año 1998 el total de ventas de productos genéricos alcanzó la suma de USD 9'306.313 dólares, en tanto que estimaban que para el año 2003 las ventas de estos productos ascenderán a la suma de USD 25'998.017 dólares, ya que el crecimiento porcentual de las ventas de productos genéricos en relación con el total de las ventas de productos farmacéuticos ha pasado del 2,76 % en el año 1998 al 5,12 % que proyectado para el año 2003 y que dicho porcentaje se incrementaría durante el año 2004. Que sobre la base de lo expuesto, PROPHAR (antes NIFA S.A.) considera que los perjuicios económicos que ha sufrido alcanzan los doscientos millones de dólares (USD. 200'000.000,00) ya que ha retrasado más de dos años el contar con su nueva planta industrial, daños que deberán ser resarcidos por Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation, en razón de su actuación fraudulenta. Con estos antecedentes y fundado en lo dispuesto por el artículo 272 y el artículo 273 de la Constitución Política de la República, los artículos 18, 29, 2241, 2256, 2260, del Código Civil, los artículos 63, 404 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, demanda a Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation el pago de doscientos millones de dólares americanos (USD. 200'000.000,00) por concepto de indemnización de los daños y

perjuicios ocasionados a Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.) por los actos ejecutados por Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation que llevaron a que sufriera un grave daño, más los correspondientes intereses de mora, así como las costas judiciales en las que se incluirán los honorarios de su abogado defensor.

11.7.- MERCK por su parte negó todos los fundamentos, y conforme consta en el considerando tercero de la sentencia impugnada, propuso las excepciones de: 1) Negativa de los fundamentos de hecho de la demanda, especialmente la afirmación de que haya sido Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation la que haya dado término a las negociaciones que se encontraban en trámite, pues fue la actora la que decidió suspender y terminar toda negociación. 2) Niega que Merck haya actuado con dolo, fraude o engaño. 3) Niega que los hechos inclusive aquellos falsamente incluidos en la demanda, tengan las consecuencias jurídicas atribuidas por la actora. 4) Niega que haya existido un delito por parte de Merck esto es que ésta 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 haya causado daño alguno a la actora. 7) Niega 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 Merck. 9) Niega que la actora haya sufrido pérdidas entre 200 y 300 millones de dólares como consecuencia de la fallida negociación. 10) Niega que sean aplicables a la situación las demás normas de derecho mencionadas por la actora en al demanda. 11) Niega 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.

DÉCIMO SEGUNDO.- Este Tribunal de Casación se remite a todo lo dicho en el considerando noveno de esta sentencia, y razona que el hecho de la contratación

fallida entre las dos empresas farmacéuticas PROPHAR (antes Nifa S.A.) y MERCK por la planta industrial de ésta última, no es un tema de Derecho de la Competencia como ya se explicó, sino un conflicto de Derecho Civil, circunscrito al alcance ya mencionado en el punto 4.5 de esta sentencia que dio PROPHAR (antes Nifa S.A.) a su demanda de daños y perjuicios por la comisión de un ilícito de carácter civil contra MERCK, que fundamentó en los actuales artículos 29, 2214, 2229 y 2235 del Código Civil, en concordancia con el artículo 244 numerales 1 y 3 de la Constitución Política de 1998. Que dicha acción civil tuvo como objeto que se le repare el daño civil que las prácticas anticompetitivas de MERCK ocasionaron a PROPHAR, que debe ser indemnizada tal como lo admite la doctrina y la legislación extranjera; **que tal demanda se fundamentó en los actos contrarios a la libre competencia que MERCK realizó en contra de PROPHAR, al incurrir en una práctica prohibida por el artículo 244 numeral 3 de la Constitución Política de 1998, razón por la cual cometió un ilícito.**

Que de ninguna manera la falta de ley que regulara la competencia en esos momentos, implicaba que la conducta de la demandada fuera lícita, que su conducta continuó siendo ilícita y prohibida por la Constitución Política, **y que la ilicitud de la práctica permitía que los afectados particulares pudieran reclamar el pago de una indemnización de daños y perjuicios por la comisión de un acto ilícito que le hubiera ocasionado daño. Todo acto ilícito se constituye como un delito o cuasidelito, por lo que las disposiciones legales contenidas en los artículos 2214 y siguientes del Código Civil son perfectamente aplicables al presente caso.**

DÉCIMO TERCERO.- 13.1.- Este Tribunal tiene claro, por tanto que el presente litigio nunca fue un tema a ser considerado dentro, propiamente, del “Derecho de Defensa de la Competencia”, cuyas normas tienen una *ratio* de mantenimiento del orden organizativo del sistema económico, que distingue con claridad a los operadores económicos, de los consumidores y usuarios a

quienes finalmente intenta proteger, de los acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas de poder de mercado en que incurran los primeros, a efectos de evitar que tales abusos de los operadores económicos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional como un todo, afectando negativamente la eficiencia económica del sistema o el bienestar general de los consumidores o usuarios; **en definitiva el Derecho de Defensa de la Competencia busca la protección del "orden público económico"**, por lo que si el acto desleal de un operador económico no afecta al interés general, éste será descartado por la defensa de la competencia, **siendo claro que la negociación fallida entre PROPHAR y MERCK por la compra de una planta industrial, de ninguna manera es un tema de Derecho de Defensa de la Competencia, siendo mas bien un tema de cuasidelito civil por práctica desleal, que es un asunto completamente diferente.**

13.2.- Por lo que este Tribunal de Casación comparte plenamente, lo que nos enseña autorizada doctrina jurídica, en la obra "COMPETENCIA DESLEAL. Actos de desorganización del Competidor", García Menéndez, Sebastián, edit. Lexis Nexis, Buenos Aires-Argentina, 2004, Pág. 21, que señala:

"Por otro lado, existe el fenómeno contrario al anterior, el otro aspecto problemático de la competencia: la degeneración en la lucha competencial con la utilización de prácticas desleales. No se trata en este caso de "pérdida" de agresividad mediante acuerdos entre empresarios para restringir la competencia y dividirse el mercado, sino de "exceso" de agresividad empresarial a través del recurso a cualquier medio ilícito o desleal para atraerse a los consumidores. Este fenómeno no tiene su origen en la fuerza o la intensidad con que el operador mercantil intenta atraerse el mercado (es más, dicho esfuerzo competitivo y de superación de las propuestas del resto de los competidores es lo que se espera del operador y lo que le conviene al tráfico), sino en la utilización de medios reprochables y que se consideran incorrectos para dejar fuera del mercado a

otros operadores, influyendo así en la toma de decisión a cualquier nivel del tráfico mercantil. Contra el primero de los fenómenos surge la defensa de la competencia, la cual persigue garantizar la existencia de una competencia suficiente, protegiéndola contra cualquier ataque al interés público. De esta manera se vela por el correcto funcionamiento del mercado en general. Mediante la protección contra el segundo de los fenómenos, la competencia desleal, se persigue salvaguardar los intereses concretos y la integridad de los operadores de mercado. Si bien ambas vertientes de esta intervención legislativa están centradas en la protección de un mismo bien común que es la "competencia" (y a través de ella se protege a los competidores, consumidores y a la sociedad en general), la protección contra la competencia desleal responde a una finalidad más marcada de derecho privado: el impedir, evitar o reparar el daño provocado a un competidor por otro operador de mercado que actúa deslealmente. Sin embargo, la defensa de la competencia hace hincapié en el "daño al mercado" y no en las "consecuencias particulares" que produjo un acto desleal sobre un competidor determinado. Ello se pone de manifiesto en el Art. 51 de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia (Argentina), el cual establece que: "Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia".

13.2.1.- Argumento jurídico éste mencionado en el punto anterior que es correcto, y que es recogido también por nuestra actual Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado que dice:

"Art. 71.- Responsabilidad civil.- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas de derecho común...", pero que al estar vigente desde el año

2011 no es aplicable directamente al presente caso, por el principio de irretroactividad de la ley.

13.3.- Podemos apreciar así que, en el ámbito de la defensa de la competencia el empresario no podrá obtener reparación de los daños y perjuicios causados por otro competidor; sólo se podrá limitar a obtener, mediante el recurso a la acción administrativa, el reproche de la conducta desleal desde el punto de vista de su contradicción con el interés general, y la aplicación de sanciones generales y preestablecidas (que no de resarcimiento particular) contra el condenado.

Como apunta Molina Sandoval, Carlos, en la obra "El interés económico general en la ley de defensa de la competencia", citado por García Menéndez, ibídem, Pág. 22 y 23, para la defensa de la competencia:

"...de nada sirve prohibir un acto, conducta, acuerdo u otras formas de distorsionar la competencia si este acto no produce [ni tiene aptitud] efectos algunos contra el orden económico. Si el acto no produce o puede producir perjuicio al interés económico, no tiene sentido su prohibición". Por lo tanto, mientras que la defensa de la competencia lucha contra aquellos fenómenos que intentan limitar la competencia y poner en peligro el interés económico en general, a través de la protección contra la competencia desleal se pone el acento sobre el amparo de los intereses privados del competidor contra los actos de su propio competidor, reprochando aquellas prácticas desleales que logran que los consumidores se vean atraídos no por el mejor empresario, sino por aquel que utilizó medios que escapan a los parámetros socialmente aceptados. A grandes rasgos, la defensa de la competencia protege al orden público económico de la acción de los competidores, mientras que la protección contra la competencia desleal sanciona a los actos desleales de los competidores "entre sí". La defensa de la competencia defiende a la competencia como institución del

*mercado; no protege directamente a los empresarios frente a los actos desleales de sus pares, sino que garantiza la libre competencia en beneficio del interés general; es decir, que exista una oferta plural y una igualdad de acceso al mercado. En consecuencia, como expresa Chaloupka, "las disposiciones de índole administrativa... no abren la vía para una controversia entre los competidores circunstancialmente involucrados, sino que se trata de actuaciones de oficio de la administración". **En resumen, sin el derecho de la competencia desleal, la prevención y represión de los actos desleales entre competidores que no llegaran a afectar el interés general quedaría huérfana.**" (Las negritas y el subrayado son nuestras).*

13.4.- En la misma obra citada "*COMPETENCIA DESLEAL. Actos de desorganización del Competidor*, en las páginas 78, 79, 166, claramente se menciona **que los actos de desorganización del competidor:**

*"son aquellos que persiguen la desestabilización de la organización de los factores productivos y de la estructura logística del competidor... Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente a la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno. Dentro de este grupo encontrarán cabida: la violación de secretos, los actos de inducción a la violación contractual, la violación de la no-competencia, la discriminación y el boicot empresarial, **la negativa injustificada a entablar relaciones comerciales**, los actos de obstaculización, los actos de agresión, los actos de imitación que no generen confusión, la competencia parasitaria y los actos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, entre otros." **"La negativa a entablar relaciones comerciales, comúnmente conocida como "negativa de venta"**, es el acto de competencia desleal de carácter discriminatorio mediante el cual un operador de mercado rechaza contratar con otro operador en competencia directa o indirecta con aquél, **o finaliza una relación comercial en vigencia, sin que dicha ruptura implique una violación contractual.** Asimismo,*

la ruptura o la negativa a contratar puede manifestarse indirectamente en aquellos casos en los que, a pesar de no existir una negativa expresa, las condiciones impuestas por el actor imposibiliten o tornen antieconómica en la práctica la aceptación de éstas por la contraparte (como sucede en el caso de las ventas o compras atadas, a las que nos referiremos más adelante, que tornan antieconómica la adquisición o venta del servicio o producto que efectivamente quiere adquirirse o vender)". (Las negritas y el subrayado son nuestras).

DÉCIMO CUARTO.- 14.1.- Este Tribunal de Casación considera por tanto, conforme la doctrina citada, que **está ante una acción, no de Derecho de Defensa de la Competencia como ya se lo ha explicado, sino ante un caso de cuasidelito civil, por daños y perjuicios causados provenientes de otras prácticas que impidan y distorsionen la competencia,** dentro de la institución mercantil que la doctrina del Derecho de la Competencia Desleal (no de "defensa" de la competencia), **la califica de competencia desleal, por actos de desorganización del competidor, por negativa de venta.**

DÉCIMO QUINTO.- Este Tribunal de Casación tiene claro que **dentro de este procedimiento no es relevante la consideración respecto a la discusión mencionada en el punto anterior, que se dio entre MERCK y PROPHAR en relación a la patente, registro y uso del medicamento "Roficoxib" a partir del 16 de diciembre de 2002, pues las partes debían ventilar esa situación principalmente dentro del ámbito del Derecho de Propiedad Intelectual, pero indudablemente MERCK, trajo ese tema a colación dentro de una negociación que no tenía nada que ver con medicamentos específicos, ni su uso o venta, sino que usó tal argumento de su patente sobre Roficoxib, para entorpecer, condicionar, y finalmente dejar sin efecto una negociación que se venía desarrollando desde febrero de 2002; MERCK pretendió condicionar la negociación de su planta industrial, que se venía dando ya por 10 meses a esa fecha, a un tema que nada tenía que ver con la misma.**

Ante el advenimiento de PROPHAR a dejar de vender temporalmente el medicamento Roficoxib, inmediatamente MERCK trató de presionar más para que PROPHAR adicionalmente deje de producir y vender, no solo el medicamento tantas veces señalado, sino incluso otros medicamentos genéricos. **MERCK, con esta actitud, indudablemente incurrió "en otras prácticas que impidan y distorsionen" la competencia, conforme se explicó en el considerando 8.1 y otros, que afectaba una negociación de carácter civil, dando lugar a que se configure un cuasidelito civil, conforme el artículo 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998 entonces vigente, y artículos 2214 y 2229, primer inciso, del Código Civil, con los correspondientes daños y perjuicios a ser resarcidos a PROPHAR (antes Nifa S.A.) dentro de lo que la doctrina jurídica conoce como actos de desorganización del competidor, por negativa de venta, en el Derecho de la Competencia Desleal.**

DÉCIMO SEXTO.- 16.1.- La sentencia de primera instancia, del Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha, de 17 de diciembre de 2007, acoge completamente la demanda y sentenció a MERCK al pago de doscientos millones de dólares de los Estados Unidos de América; y la sentencia de 23 de septiembre del 2011, de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, confirma la sentencia, pero se la reforma en cuanto al monto de la indemnización, y se la fija en ciento cincuenta millones de dólares de los Estados Unidos de América.

16.2.- Resulta entonces de todo lo anterior, que la mencionada Sala de la Corte Provincial con sus erradas conceptualizaciones, ha fijado una indemnización de USD 150'000.000,00 por una negociación fallida de venta de una planta industrial, cuya oferta final fue de USD 1'500.000,00, ¡¡esto es, con un valor que equivale a cien (100) veces el valor de la planta industrial objeto de la negociación fallida!!.

Tal monto carece de toda proporción; toda vez, como se ha explicado, el conflicto dado entre las dos empresas farmacéuticas referidas, se dio como consecuencia de un cuasidelito civil originado en un acto de competencia desleal por actos de desorganización del competidor por negativa de venta.

16.2.1.- Ello se dio porque la Sala de la Corte Provincial referida, sin más, acogió el argumento de PROPHAR, en el considerando primero de su sentencia, al decir que:

*"es necesario conocer **que en Ecuador** durante el año 2002 se negociaron productos farmacéuticos por valores cercanos a los cuatrocientos millones de dólares y se estima que en el ejercicio económico del año 2003 los montos negociados superarán los quinientos millones de dólares, y que 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 otros productos se han incrementado en porcentajes cercanos al trescientos por ciento. Que durante el año 1998 **el total de ventas de productos genéricos** alcanzó la suma de USD 9'306.313 dólares, en tanto que estimaban que para el año 2003 las ventas de estos productos ascenderán a la suma de USD 25'998.017 dólares, ya **que el crecimiento porcentual de las ventas de productos genéricos en relación con el total de las ventas de productos farmacéuticos** ha pasado del 2,76 % en el año 1998 al 5,12 % que proyectado para el año 2003 y que dicho porcentaje se incrementaría durante el año 2004. o) **Que sobre la base de lo expuesto**, Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.) considera que los perjuicios económicos que ha sufrido alcanzan los doscientos millones de dólares (USD. 200'000.000,00) ya que ha retrasado más de dos años el contar con su nueva planta industrial."*

16.3.- Tema éste que se ha pretendido ratificar con un informe pericial, conforme

el Considerando Décimo Sexto de la sentencia del Tribunal ad-quem mencionado, que señala:

“La pérdida de ingresos económicos de la actora ha sido valorada por el perito Cristian Augusto Cabrera Fonseca, quien fue designado y posesionado como perito por la Sala; si bien el peritaje elaborado por el Ing. Cabrera ha sido impugnado por la demandada, la Sala lo encuentra adecuadamente sustentado, ya que el calculo de los daños y perjuicios se lo ha realizado teniendo en cuenta la proyección de ventas a futuro, sobre la base de los costos de producción y comercialización, aplicando el método de mínimos cuadrados a fin de alcanzar la función que mejor aproxima los datos existentes a la realidad. El perito ha calculado el incremento de la producción de la actora sobre datos reales de las ventas de dicha compañía y ha tenido en cuenta lo que ha dejado de producir por carecer de suficiente capacidad de producción.”.

16.4.- Al respecto MERCK señala en el punto un ciento cincuenta y cuatro de su escrito del recurso extraordinario de casación, que *“El perito Cristian Cabrera, designado en contra de la Constitución, demostró su ignorancia al abstenerse de señalar cuál fue el hecho que causó, supuestamente daños a Nifa, pero los jueces de segunda instancia impidieron que se le cuestionará, en una nueva violación de la Constitución. Llegó a la arbitrariedad de considerar como parte del lucro cesante el monto de las ventas obtenidas por Nifa S.A. durante 2003 a 2008. Adicionalmente, calculó el margen de ganancias de Prophar durante ese periodo en casi 50%. Un margen de ganancia del 50% es más de quince veces mayor que el margen histórico de Nifa S.A., y que esta prohibido bajo la ley ecuatoriana (según el artículo 14 del Instructivo para la revisión y fijación de precios de medicamentos de uso humano publicado en el Registro Oficial No. 730 de 23 de diciembre de 2002, el margen de comercialización para productos genéricos es de 25%)”.*

16.5.- Respecto a este peritaje mencionado del Ing. Cabrera, este Tribunal ve con preocupación el memorando No. 1942-DP-DPP, a fojas 367 del expediente de casación, por el cual el Jefe de Personal de la Dirección Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, se dirige al Director del mismo organismo, en el cual en referencia al perito Ing. Cristian Augusto Cabrera Fonseca, dice:

*"... que el mencionado perito solo acredita conocimiento y experticia en **CONTABILIDAD Y AUDITORÍA**, antecedentes que conocía el Ing. Javier Tipán, que entre sus otras funciones estaba a cargo del proceso de acreditación y renovación de peritos... Señor Director, por un error involuntario de desinformación, se emite la renovación de acreditación mediante **MEMORANDO No. 1430-DP-DPP con fecha 25 de abril de 2012 para el ingeniero Cabrera Fonseca Cristian Augusto en la especialidad de "CÁLCULO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, DAÑO EMERGENTE, LUCRO CESANTE. CONTABILIDAD, FINANZAS Y TRIBUTACIÓN"**, sin considerar el antecedente expuesto... Este particular como es de su conocimiento, es informado a su persona y posteriormente una vez analizado, se procede a suspender la renovación que actualmente tiene en su poder el Ing. Cristian Cabrera Fonseca y emitir un nuevo certificado de acreditación con la especialidad en **CONTABILIDAD Y AUDITORÍA** conforme a su memorando, cuya copia adjunto, así como también la modificación pertinente en la página web de la Función Judicial de Pichincha..."*

16.6.- De lo anterior se desprende con claridad, que la sentencia impugnada toma como referencia para la indemnización un parámetro que de manera alguna tiene que ver ni con PROPHAR ni tampoco con MERCK, sino *"con la producción y ventas nacionales que se den de productos genéricos, y además proyectando tal dato farmacéutico del país como tal por varios años" y con márgenes supuestos de ganancia y de comercialización por encima de márgenes*

históricos empresariales y legales adecuados, lo cual resulta evidentemente ilógico; pudiéndose así una vez más apreciar como la sentencia de instancia confunde el “Derecho de Defensa de la Competencia”, con un caso que corresponde a un tema de “Derecho de Competencia Desleal”, al tomar un parámetro nacional de ventas de productos genéricos para un caso particular, con el agravante de que tal caso particular no se refiere ni siquiera a la venta de medicamentos concretos, sino a la venta de una planta industrial como ya tantas veces se ha mencionado.

16.7.- Pero aún en el no consentido supuesto que ello hubiese sido así, **para tener una idea del despropósito de la indemnización impuesta por la sentencia impugnada, podemos apreciar que incluso hoy, la nueva Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Registro Oficial No. 555, Suplemento, de 13 de octubre del 2011), para "infracciones muy graves", da un parámetro objetivo, entre otros, de cuarenta mil remuneraciones básicas unificadas, lo que actualmente sería once millones seiscientos ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD. 11'680.000,00).**

16.8.- La sentencia impugnada contiene además el yerro conceptual de suponer que ese valor podría constituir una indemnización a favor de un competidor, cuando en la realidad tal valor, de ser teóricamente impuesto a un operador económico dentro del Derecho de Defensa de la Competencia, jamás incrementaría las cuentas privadas de un particular, pues constituiría una multa a depositarse en una de las cuentas del Tesoro Nacional del país, en razón de la infracción que un operador económico comete por abuso de poder de mercado o prácticas restrictivas, por el perjuicio general que ha causado a consumidores y usuarios y el riesgo en que ha puesto al orden público económico.

16.9.- Más bien, en la sentencia se menciona que **la propia MERCK cuantificó las pérdidas que le podría ocasionar la competencia de la actora durante el periodo 2003-2008 en la suma de USD cuatro millones cien mil dólares (aproximadamente USD ochocientos veinte mil dólares por año), "lo que es significativo, ya que deja ver que a la demandada le preocupa la posible competencia que le podía hacer la actora y que había cuantificado la incidencia de tal competencia, al punto de valorar las posibles pérdidas que le ocasionaría."**

16.10.- Por lo que este Tribunal de Casación establece como parámetro de indemnización, la oferta final realizada por PROPHAR de un millón quinientos mil dólares (USD. 1'500.000,00), y la propia fijación que MERCK señala del potencial daño de mercado que PROPHAR, en óptimas condiciones, le hubiese podido causar en pérdidas de hasta ochocientos veinte mil dólares (USD 820.000,00) por año.

16.10.1.- Además este Tribunal toma también como parámetro temporal, el periodo de dos años para fijar la indemnización correspondiente; pues de la propia sentencia de la Corte Provincial se desprende que **a decir del propio PROPHAR (antes Nifa S.A.) se "ha retrasado más de dos años el contar con su nueva planta industrial", y que el programa de crecimiento de PROPHAR "se ha visto frenado por al menos dos años, en razón de que recién en el mes de marzo de 2003 ha retomado los diversos proyectos para construir la nueva planta industrial"**.

16.11.- Este Tribunal considera que los parámetros de indemnización clásicos del Código Civil, bajo el esquema de daño material directo, y sus categorías de daño emergente, lucro cesante y daño moral, no son los únicos aplicables en el moderno concepto de Derecho de la Competencia Desleal, que como hemos visto se rige por otros conceptos jurídicos que están más allá del Derecho Civil, para conformar un nuevo binomio jurídico que comprende el nuevo Derecho de la Competencia

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

en sus dos vertientes, de "*Derecho de Defensa de la Competencia*" y "*Derecho de la Competencia Desleal*".

Por ejemplo **una categoría indemnizatoria nueva del Derecho de la competencia Desleal, lo constituye "la pérdida de chances"**, que la doctrina nos indica que *"... la pérdida de chance ha sido reconocida como daño indemnizable... cuando la gente, mediante su actuación ilícita, ha roto o interrumpido un proceso que podría haber conducido a la obtención de una ganancia o a la evitación de un daño. Si la posibilidad frustrada era bastante fundada -o sea, más que posibilidad era una probabilidad- la frustración de ella debe ser indemnizada por el responsable... en tal caso, la indemnización es de la chance mismo, que el juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o pérdida que era el objeto de aquella, ya que lo frustrado es la chance..."* (Míguez Isabel, "La empresa y las responsabilidades emergentes de la competencia desleal", Revista Prudentia Iuris, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2000. citado por García Menéndez, *ibídem*, Pág. 198. *Lo subrayado es nuestro*).

16.12.- En este mismo sentido, y al igual que la doctrina jurídica argentina de competencia desleal antes citada, la doctrina jurídica colombiana más actualizada, nos indica también:

"La "pérdida de la oportunidad" o "pérdida del chance" es un concepto diferente al del lucro cesante... Definida por la doctrina francesa como la "desaparición de la probabilidad de un suceso favorable" o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia la cual tiene que contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable al perjudicado. La pérdida de la oportunidad debe ser indemnizada cuando alcance un determinado grado de probabilidad... Para calcular la pérdida de la oportunidad o del chance debe acudir a ficciones que no se encuentran basadas

- 400 - cuasidelitos y

en pruebas realmente existentes. En tiempos recientes, la pérdida de una oportunidad comporta a la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable, evitando por un lado, la injusticia de no repararlo, y por otro lado, la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no causarlo...". (Isaza Posse, María Cristina. "De la cuantificación del daño", segunda edición, Edit. Temis, Bogotá-Colombia, 2011, Págs.46-47).

16.13.- Se aprecia en el presente caso, que efectivamente la posibilidad frustrada era bastante fundada, cuando a fojas 5.662 del proceso se puede apreciar que de acuerdo al impuesto a la renta de Nifa S.A. incrementó el total de ventas de manera consistente desde el año 2001 al 2004, así en el año 2001 se generaron ventas por USD 2'024.316,96, en el año 2002 USD 2'778.680,91, en el año 2003 USD 3'311.242,52, y en el año 2004 USD 4'881.770,63. E igualmente que el margen de ganancias netas que obtuvo Nifa S.A. en sus operaciones durante los años 2001 a 2004 fue de, en el año 2001 USD 63.797,35, en el año 2002 USD 1.458,19, en el año 2003 USD 34.866,33, y en el año 2004 USD 354.298,78. Esto implica que PROPHAR pese a no tener la propiedad de la planta industrial, siguió muy activa en la industria farmacéutica y generando porcentajes de venta y utilidad significativos.

16.14.- Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation, incurrió en prácticas que impiden o distorsionan la competencia en perjuicio de PROPHAR S.A. (antes Nifa S.A.), conforme lo señalado especialmente en el punto 8.1 y considerandos décimo cuarto y décimo quinto de esta sentencia; la cual da lugar a un cuasidelito civil, dentro de lo que la doctrina jurídica conoce en el Derecho de la Competencia Desleal, como actos de desorganización del competidor, por negativa de venta.

16.15.- Con los parámetros señalados, este Tribunal obtiene la suma de un millón quinientos setenta mil dólares de los Estados Unidos de América, como suma indemnizatoria total, que incluye los daños y perjuicios de cualquier naturaleza producidos.

Por todo lo anterior, y sin necesidad de ya más consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:**

A) se casa la sentencia dictada el 23 de septiembre del 2011, 15h30, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por las causales quinta y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

B) Se ordena que MERCK SHARP & DOHME (INTER AMERICAN) CORPORATION indemnice por daños y perjuicios, a PROPHAR S.A. (antes Nifa S.A.), conforme los artículos 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998, y artículos 2214 y 2229 del Código Civil, por el cuasidelito civil 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, por todo concepto indemnizatorio.

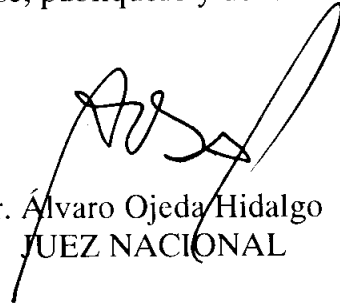
C) Sin costas; ni honorarios profesionales que regular.

D) De conformidad con el artículo 12 de la Ley de Casación, entréguese a PROPHAR la suma de veinte tres mil quinientos dólares

- 406. en adelante en 4

Recurso Extraordinario de Casación No. 1140-2011

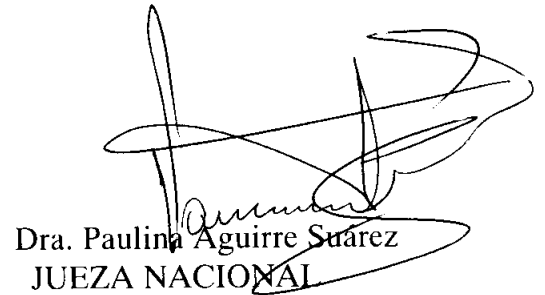
de los Estados Unidos de América, que por caución consta consignada a fojas 11.890 del proceso.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-



Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo
JUEZ NACIONAL




Dra. María Rosa Merchán Larrea
JUEZA NACIONAL




Dra. Paulina Aguirre Suárez
JUEZA NACIONAL

Certifico.-



Dra. Lucía Toledo Puebla
SECRETARÍA RELATORA

En Quito, a veinte y cuatro de septiembre de dos mil doce, a partir de las catorce horas con veinte y tres minutos, notifico con la vista en relación y resolución que antecede a: ING. MIGUEL EDUARDO GARCIA COSTA, GERENTE GENERAL Y REPRESENTANTE LEGAL DE PROPHAR S.A., en la casilla judicial No. 809; a la COMPAÑÍA MERCK SHARP & DOHME (INTER AMERICAN) CORPORATION, en la casilla judicial No. 3943; COMPAÑÍA MERCK SHARPA & DOHME (INTERAMERICAN) en la casilla judicial No. 572; y, al DEFENSOR DEL PUEBLO en la casilla judicial No. 998.- Certifico.-


Dra. Lucía Toledo Puebla
SECRETARIA RELATORA