

cuatrocientos veinte julio 2012

SEÑORES JUECES DE LA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA DE

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

Ingeniero MIGUEL EDUARDO GARCÍA COSTA, en mi calidad de Gerente General y representante legal de Prophar S.A., ante Ustedes comparezco dentro del juicio ordinario No. 1140-2011 WP que mi representada sigue en contra de Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation y hallándose recurriendo el término previsto en el artículo 60 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, interpongo la siguiente **acción extraordinaria de protección**, de acuerdo con los artículos 94 y 437 de la Constitución y 58 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en los siguientes términos:

I. CALIDAD EN LA QUE COMPAREZCO:

Comparezco en mi calidad de Gerente General y representante legal de Prophar S.A., persona jurídica sucesora de Nifa S.A., compañía que demandó en juicio ordinario a Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation la reparación de los daños ocasionados por los actos contrarios a la libre competencia que la demandada ejecutó en el año 2002 e inicios del año 2003, por lo que, de conformidad con el artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, me encuentro legitimado activamente para proponer la presente acción, en razón de que mi representada ha sido parte en el proceso judicial en el que se dictó la sentencia que impugno.

II. SENTENCIA EJECUTORIADA QUE SE IMPUGNA:

1.- Identificación de la sentencia impugnada.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA	
SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA	
SECRETARIA	
RECIBIDO: ...	AG-
FECHA: 19-11-2012	HORA: 11:25
FIRMA:	<i>[Firma]</i>

Impugno mediante esta acción constitucional la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia el 21 de septiembre de 2012, las 16h44, y del auto evacuatorio de los recursos horizontales de ampliación y aclaración formulados por las partes, dictado el 27 de octubre de 2012, las 11h35, dentro del juicio ordinario No. 1140-2011 WP que mi representada ha seguido en contra de Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation.

Los Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, aceptaron parcialmente el recurso de casación propuesto por Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation y reformaron la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 23 de septiembre de 2011, las 15h30, y auto evacuatorio de la aclaración de 6 de octubre de 2011, las 16h10, dentro del juicio ordinario de daños y perjuicios No. 0421-2008 propuesto por Nifa S.A. (actualmente Prophar S.A.) a través de su Gerente General y representante legal ingeniero Miguel Eduardo García Costa, en contra de Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation. Al haber aceptado parcialmente el recurso de casación propuesto por Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation los jueces han violentado varios derechos constitucionales, tal como lo demostraré más adelante.

La sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro del juicio ordinario de daños y perjuicios No. 0421-2008, el 23 de septiembre de 2011, las 15h30, y auto evacuatorio de la aclaración de 6 de octubre de 2011,

las 16h10, confirmó la sentencia que fuera dictada por la Jueza Segunda de lo Civil de Pichincha el 17 de diciembre de 2007, las 14h06, que aceptó la demanda de daños y perjuicios propuesta por Nifa S.A. en contra de Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation, dentro del juicio ordinario de daños y perjuicios No. 0421-2008. Sin embargo, esta sentencia disminuyó el monto de la indemnización fijada por la jueza de instancia, razón por la cual presenté el correspondiente recurso de casación que no fue atendido por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia..

2.- Constancia de la que la sentencia está ejecutoriada.

Esta **sentencia está ejecutoriada**, toda vez que no existen otros recursos ordinarios o extraordinarios para impugnarla, por lo cual se cumple el presupuesto de admisión establecido en los artículos 94 y 437, número 1, de la Constitución y 61, número 2, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

3.- Acción dentro de término.

El auto aclaratorio de la sentencia fue notificado el 22 de octubre de 2012, por lo que el presente recurso se lo plantea dentro del término establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

III. ÓRGANO Y JUECES QUE DICTARON LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sentencia violatoria de los derechos fundamentales de mi representada que impugno mediante esta acción fue dictada dentro del juicio ordinario No. 1140-2011, por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia integrada por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Paulina Aguirre Suárez y

María Rosa Merchán Larrea, el 21 de septiembre de 2012, las 16h44, y el auto evacuatorio de los recursos de aclaración y ampliación que impugno mediante esta acción fue dictado el 27 de septiembre de 2012, las 11h35, y notificado el 22 de octubre de 2012.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta acción se presenta ante el órgano que dictó la decisión definitiva, en este caso, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, órgano que debe notificar con su contenido a la otra parte, esto es a Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation.

IV VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y

FUNDAMENTACIÓN:

A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el número 5 del artículo 61 de la LOGJCC debo señalar que los derechos violados en virtud de la decisión impugnada son los siguientes:

1.- el derecho al debido proceso: la Sala de lo Civil, Mecantil y Familia de la Corte Nacional no ha respetado las garantías básicas del debido proceso contempladas en el artículo 76 número 4 de la Constitución que determina que no hacen fe en juicio las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

La sentencia (página 41) hace referencia al memorando No. 1943-DP-DPP del Jefe de Personal de la Dirección Provincial de Pichincha, y sobre la base de este memorando desecha el peritaje del ingeniero Cristian Augusto Cabrera

Fonseca. Ahora bien, el referido memorando No. 1943-DP-DPP fue remitido a la Corte Nacional de manera extemporánea, ya que el proceso no se encontraba en etapa probatoria. No se notificó a las partes de su recepción y tampoco se dio al perito la posibilidad de que se defienda sobre lo aseverado en el mismo. No se trata de prueba que se actuó válidamente en el proceso, ni en primera ni en segunda instancia, y si bien se adjuntó al expediente de casación de forma ilegal y extemporánea, no por ello podía pasar a formar parte de los autos

Sin embargo de carecer de validez probatoria, este memorando No. 1943-DP-DPP fue utilizado por los Jueces de la Sala Civil de la Corte Nacional para dejar sin efecto prueba válidamente actuada, el peritaje elaborado por el ingeniero Cristian Augusto Cabrera Fonseca que realizó una valoración de los daños y perjuicios que la demandada ocasionó a mi representada y que fue valorado y ratificado por los jueces que dictaron la sentencia de segunda instancia.

Al proceder de esta manera, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional violó de manera grosera la garantía del artículo 76.4 de la Constitución, por lo que esta violación debe ser subsanada por los señores Magistrados de la Corte Constitucional y se deben tomar las medidas correctivas del caso, esto es, la sentencia debe fundamentarse en las pruebas válidamente actuadas por las partes.

El artículo 76 de la Constitución de la República establece que el derecho al debido proceso debe ser observado "en todo proceso", lo que se corrobora en los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos. Es deber del Estado

y de sus órganos, como son los órganos de la administración de justicia, juzgados, cortes provinciales, Corte Nacional y Corte Constitucional, respetar y proteger los derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos según lo establecido en los artículos 3, 11, 417, 424 y 426 de la Constitución.

2.- El derecho a la reparación integral del daño.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica se ha manifestado en múltiples casos de jurisprudencia mandatoria sobre la forma en que se debe reparar el daño y la manera de determinación de valores indemnizatorios en los fallos de tribunales internos, y ha dicho: *“En específico, la Corte estima que para mantener el efecto útil de las decisiones, los tribunales internos al dictar sus fallos en favor de los derechos de las personas y ordenar reparaciones, deben establecer de manera clara y precisa —de acuerdo con sus ámbitos de competencia— el alcance de las reparaciones y las formas de ejecución de las mismas. De acuerdo con los estándares de este Tribunal y del derecho internacional de los derechos humanos, el alcance de estas medidas debe ser de carácter integral, y de ser posible, con el fin de devolver a la persona al momento previo en el que se produjo la violación (restitutio in integrum). Dentro de estas medidas se encuentran, según el caso, la restitución de bienes o derechos, la rehabilitación, la satisfacción, la compensación y las garantías de no repetición, inter alia”*¹.

¹Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador, Sentencia De 5 De Julio de 2011; Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párrs. 25 y 26; Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450, y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 128.

Al momento de fijar el monto de la reparación que debe pagar Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation, la Corte debió determinar una indemnización suficiente para reparar los daños ocasionados a Prophar S.A. El cálculo de los daños ocasionados por la demandada fueron debidamente determinados por el perito Cristian Augusto Cabrera Fonseca. Sin embargo, la Corte Nacional, de manera ilegítima desestimó este peritaje y procedió a determinar una indemnización calculada de manera arbitraria, sin ningún sustento en el proceso, tal como se explica previamente.

El derecho a la reparación integral de los daños se enmarca dentro del derecho a la tutela efectiva imparcial y expedita de los derechos e intereses, derecho consagrado en el artículo 75 de la Constitución. Si la reparación no es integral, sino sólo parcial, no existe una tutela efectiva de los derechos e intereses, en razón de que la protección que el Estado otorga al perjudicado por la violación de un derecho no es suficiente para reparar el daño ocasionado.

Por tanto, muy comedidamente solicito a los Señores Magistrados de la Corte Constitucional que se corrija el error en que ha incurrido el Tribunal de Casación y se repare debidamente el derecho de Prophar S.A. afectado por los actos ilegales llevados adelante por la demandada.

3.- la tutela efectiva, expedita e imparcial de los derechos: la sentencia impugnada no se pronunció sobre el recurso de casación presentado por Prophar S.A., sino que únicamente analizó el recurso de Casación presentado por Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation y se pronunció sobre éste. Este proceder del Tribunal de Casación demuestra claramente que no tenía ningún interés en precautelar los derechos de mi representada, actuación

que también atentó contra el derecho a la tutela efectiva expedita e imparcial de los derechos de Propfar S.A., reconocido y garantizado por el referido artículo 75 de la Constitución.

El Tribunal de Casación tenía la obligación de analizar el recurso de casación presentado por Propfar S.A. y pronunciarse sobre él de manera fundamentada, explicando las razones para aceptarlo o rechazarlo. No lo hizo y para comprobar la omisión del Tribunal de Casación es suficiente con leer la sentencia y verificar que no existe ninguna referencia al recurso de casación presentado por mi representada, peor aún un pronunciamiento expreso sobre su contenido. Únicamente hacen referencia a este recurso en el auto evacuatorio de los pedidos de aclaración y ampliación, más no analizan los argumentos esgrimidos en él, sino que se limitan a manifestar que devino en improcedente en virtud de lo resuelto en la propia sentencia.

La Constitución de la República en su artículo 75, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial de los derechos e intereses de las personas, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, con la finalidad de que las personas no queden en **estado de indefensión**.

Respecto a la aplicación de este principio no existe criterio contrario alguno que excluya a los jueces y tribunales de su puesta en práctica, es más, si nos remitimos a lo dispuesto en el artículo 426 de la Constitución, se determina que los órganos de administración de justicia deben aplicar de forma directa la Constitución. Por ello, al no haberse pronunciado sobre el recurso de casación presentado por Propfar, no sólo que le dejaron en estado de indefensión, sino

que también violaron su obligación de velar por el cumplimiento de las garantías y derechos de las partes.

4.- Derecho a la seguridad jurídica: En la sentencia impugnada los jueces vulneraron el derecho a la seguridad jurídica reconocido en el artículo 82 de la Constitución que establece que este principio se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Para que sea procedente la impugnación de una sentencia de instancia por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, el casacionista debe determinar de forma clara y expresa qué normas de valoración de la prueba han sido inaplicadas, indebidamente aplicadas o erróneamente interpretadas. Pero no sólo ello, sino que deben determinar que como consecuencia de la inaplicación, indebida aplicación o errónea interpretación de las normas de valoración de la prueba, se ha aplicado indebidamente o se ha dejado de aplicar alguna norma de derecho sustantivo. Es por ello que a la causal tercera se la conoce como violación indirecta, ya que se puede casar el fallo sólo si como consecuencia de una indebida valoración de la prueba se aplica indebidamente o se deja de aplicar normas de derecho sustantivo.

Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation en su recurso de casación no fundamentó debidamente los cargos contra la sentencia fundados en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, ya que no especificó qué normas de valoración de la prueba fueron inaplicadas, o qué normas de valoración de la prueba fueron indebidamente aplicadas o qué normas de valoración de la prueba fueron erróneamente interpretadas, así como tampoco

determinó qué normas de derecho sustantivo se aplicaron indebidamente o se dejaron de aplicar.

El Tribunal de Casación no está facultado a valorar la prueba de oficio, sino que únicamente puede valorar la prueba cuando se ha determinado la violación indirecta de manera adecuada. Si el Tribunal de Casación procede a valorar prueba de oficio se excede de sus competencias, lo que le está prohibido por lo dispuesto por el artículo 226 de la Constitución. En este caso, el Tribunal de Casación se extralimitó en sus competencias, ya que procedió a valorar una prueba de oficio y, además sustentó esta valoración en documentos que no tenían eficacia probatoria, por lo que esta actuación violentó lo dispuesto por el referido artículo 226 de la Constitución.

Al haber irrespetado la Constitución y haber actuado excediéndose de sus competencias, el Tribunal de Casación vulneró el derecho a la seguridad jurídica contemplado en el artículo 82 de la Constitución, por lo que este derecho debe ser reparado por la Corte Constitucional.

5.- el derecho de defensa: se ha violado el derecho a la defensa de mi representada, ya que la actuación de los Jueces que dictaron la sentencia demostró estar parcializada a favor de Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation, por lo que se ha violado la garantía contenida en el artículo 76.7.k) de la Constitución.

En efecto, luego de recibir la sentencia, solicité se aclare la forma en que el Tribunal había calculado el monto de los daños y perjuicios que Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation debía pagar a mi representada, ya que este cálculo no estaba sustentado sobre ninguna prueba válidamente actuada en el

proceso. La aclaración que solicité no fue realizada por el Tribunal de Casación, sino que esta aclaración fue realizada por el abogado de la parte demandada, quien en el escrito en el que contestó el traslado con el que se le hacía conocer mi solicitud de aclaración determinó la forma en la que se había realizado el cálculo de los daños y perjuicios que la demandada debía pagar. El Tribunal de Casación, por su parte, no se pronunció sobre mi pedido de aclaración, sino que manifestó que todas las consideraciones y parámetros que se utilizó constan en el considerando décimo sexto de la sentencia.

Estos hechos permiten ver claramente que la cuantificación del daño no fue realizada por el Tribunal de Casación, sino que fue hecha por la parte demandada, quien igualmente remitió al Tribunal de Casación el memorando No. 1943-DP-DPP del Jefe de Personal de la Dirección Provincial de Pichincha que luego fue utilizado para desechar prueba validamente actuada.

Una de las garantías del derecho a la defensa es contar con un juez o Tribunal imparcial, que resuelva el diferendo entre las partes sin inclinar la balanza a favor de una de ellas. No es factible que el Tribunal de Casación realice una valoración de daños sin tener ningún elemento objetivo para ello y que, en cambio, utilice elementos que no han sido incorporados al proceso válidamente, pero que han sido proporcionados por las partes, sin respetar el derecho de contradicción. Los dichos del abogado de Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation nos permiten apreciar la claridad meridiana que tenía sobre el método utilizado para valorar los perjuicios, por lo que fácilmente se puede concluir que fue la compañía demandada quien realizó tal cálculo de daños y perjuicios.

V. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIÓN.

He señalado claramente los derechos violados y la relación directa e inmediata de esas vulneraciones con la emisión de la sentencia dentro del juicio ordinario No. 1140-2011 WP que mi representada sigue en contra de Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation, dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso.

La relevancia constitucional del problema jurídico se centra en la necesidad de que exista seguridad jurídica para poder ejercer las actividades económicas que el país requiere para poder progresar. Se busca que el Estado proporcione la seguridad jurídica a los actores económicos, y que garantice el respeto al ordenamiento jurídico, vital para el ejercicio de las actividades económicas.

El asunto es de tal relevancia constitucional que, en este caso, se encuentran en juego no sólo derechos al debido proceso y derechos fundamentales en general, sino la seguridad jurídica que se refleja en la confianza que tenemos los actores económicos en el sistema jurídico y político de la República. Sin seguridad jurídica no hay inversión, no hay progreso y no puede haber crédito para los agentes económicos.

La inseguridad jurídica ha permitido que se vulneren derechos fundamentales, garantizados en la Constitución de la República. Esto debe ser corregido, a fin de que los actores económicos podamos desempeñar con tranquilidad nuestras actividades diarias.

Como se observa, mis alegaciones no se refieren a lo injusto o equivocado del fallo, en la aplicación errónea de la ley o a la apreciación de la prueba. Se

sustenta exclusivamente en las violaciones a los derechos fundamentales que he señalado, por lo que solicito que a través de esta acción extraordinaria de protección se solventen las graves violaciones a los derechos fundamentales antes señalados.

VI. PETICIÓN

Por lo aquí señalado, cumplido el trámite establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicito a la Corte Constitucional que, en aras de una correcta administración de justicia y en consonancia con los postulados y principios del Estado constitucional de derechos y justicia, disponga la reparación integral de los derechos constitucionales de Propfar S.A., que han sido vulnerados por la sentencia de la Corte Nacional de Justicia dictada dentro del juicio 1140-2011 WP que mi representada sigue en contra de Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation No. 1140-2011 WP.

A fin de reparar de manera integral los derechos constitucionales de Propfar S.A. solicito se fije una indemnización pecuniaria acorde con el daño que se ha ocasionado a mi representada, indemnización que deberá ser calculada sobre la base de la prueba debidamente actuada en el proceso y de la que se puede extraer parámetros objetivos a fin de fijar su monto.

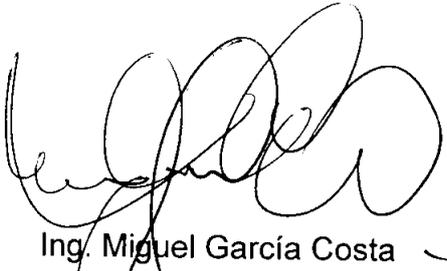
VIII. NOTIFICACIONES Y REPRESENTACIÓN

Ante la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, continuaré recibiendo notificaciones en el **casillero judicial 809**.

Ante la Corte Constitucional, recibiré notificaciones que me correspondan en la **casilla constitucional N° 939**.

Designo como abogado en este caso al doctor Juan Carlos Andrade Dávila, a quien autorizo para que con su sola firma, presente todos los escritos y realice todas las diligencias necesarias para la defensa de la presente causa.

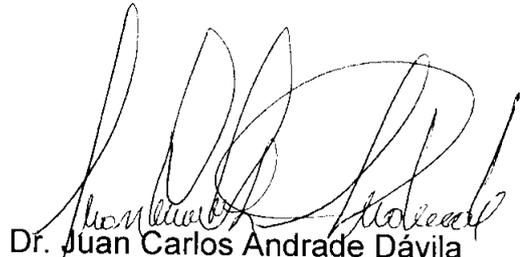
Firmo conjuntamente con mi abogado patrocinador,



Ing. Miguel García Costa

Gerente General

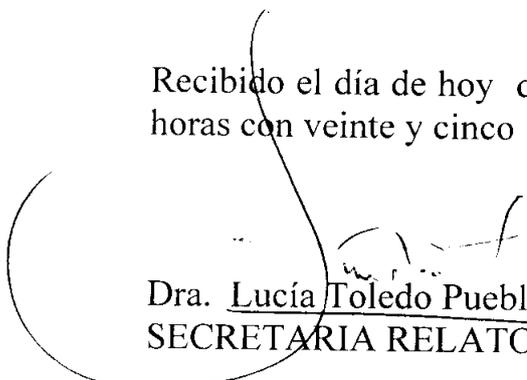
Prophar S.A.



Dr. Juan Carlos Andrade Dávila

Matrícula 17-1995-19 del Foro

Recibido el día de hoy diecinueve de noviembre de dos mil doce, las once horas con veinte y cinco minutos; con una copia igual.-



Dra. Lucía Toledo Puebla
SECRETARIA RELATORA