



# REGISTRO OFICIAL

## ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado  
Presidente Constitucional de la República

### SEGUNDO SUPLEMENTO

**Año I - Nº 209**

**Quito, viernes 21 de  
marzo de 2014**

**Valor: US\$ 1.25 + IVA**

**ING. HUGO ENRIQUE DEL POZO  
BARREZUETA  
DIRECTOR**

Quito: Avenida 12 de Octubre  
N23-99 y Wilson

Edificio 12 de Octubre  
Segundo Piso

Dirección: Telf. 2901 - 629  
Oficinas centrales y ventas:  
Telf. 2234 - 540

Distribución (Almacén):  
Mañosca Nº 201 y Av. 10 de Agosto  
Telf. 2430 - 110

Sucursal Guayaquil:  
Malecón Nº 1606 y Av. 10 de Agosto  
Telf. 2527 - 107

Suscripción anual: US\$ 400 + IVA  
para la ciudad de Quito  
US\$ 450 + IVA para el resto del país  
Impreso en Editora Nacional

12 páginas

[www.registroficial.gob.ec](http://www.registroficial.gob.ec)

**Al servicio del país  
desde el 1º de julio de 1895**

### SUMARIO:

Págs.

#### FUNCIÓN EJECUTIVA

#### ACUERDOS:

#### SECRETARÍA NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

- |     |   |   |
|-----|---|---|
| 416 | Autorízase la comisión de servicios del doctor Marco Albuja, Viceministro de Relaciones Exteriores .....                                  | 1 |
| 433 | Legalízase la comisión de servicios del doctor Claudio Galarza Maldonado, Gerente General de ENFARMA EP .....                             | 2 |
| 435 | Legalízase la comisión de servicios del Ing. César Antonio Navas Vera, Director General del Servicio Integrado de Seguridad ECU 911 ..... | 3 |

#### SENTENCIA:

#### CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:

- |               |   |   |
|---------------|---|---|
| 028-14-SEP-CC | Acéptase la acción extraordinaria de protección presentada por la empresa Prophar S. A. | 3 |
|---------------|---|---|

**No. 416**

**Cristian Castillo Peñaherrera  
SECRETARIO NACIONAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

#### Considerando:

Que, mediante acuerdo ministerial Nro. 037.1, de 29 de marzo de 2010, el Eco. Ricardo Patiño Aroca, Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, delega al Jefe/a de Gabinete las siguientes atribuciones conforme indica al artículo 3 en su literal g) "Autorizar y suscribir resoluciones, acciones de personal para conceder licencias, comisiones de servicio y para asistir a reuniones, conferencias, pasantía y visitas de observación en el exterior o en el país, que interese a la Institución incluyendo feriados y fines de semana..."

Que, mediante oficio Nro. MREMH-DARH-2013-0503-O de 14 de noviembre de 2013, la Dra. Vilma Paredes, Directora de Administración de Recursos Humanos, Encargada del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, solicita a la Secretaría Nacional de la Administración Pública, autorización para el desplazamiento del Dr. Marco Albuja, Viceministro de Relaciones Exteriores, a la ciudad de Panamá - Panamá, del 19 al 20 de octubre de 2013, con la finalidad de participar en la Reunión Parlamentaria Iberoamericana.

Que, mediante memorando Nro. MREMH-GVMREIP-2013-0386-M del 18 de octubre de 2013, la Arq. Patricia Dávila Aveiga, Jefe de Gabinete del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, avala el desplazamiento Dr. Marco Albuja, Viceministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

Que, en el presente caso se verifica el cumplimiento de las disposiciones para viajes al exterior, estipuladas en el oficio No. PR-SNADP-2013-000551-O, de fecha 30 de julio de 2013, de conformidad con la revisión realizada a la documentación anexa y presentada para el efecto.

Que, en ejercicio de las facultades y atribuciones conferidas en el artículo 15 letra n) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y conforme a lo que establece el artículo 7 del Reglamento de Viajes al Exterior de los Servidores Públicos de la Función Ejecutiva y entidades adscritas emitido mediante Acuerdo No. 1101 de 22 de marzo de 2012.

**Acuerda:**

**Artículo Primero.-** Legalizar la comisión de servicios del Dr. Marco Albuja, Viceministro de Relaciones Exteriores, a la ciudad de Panamá - Panamá, del 19 al 20 de octubre de 2013, con la finalidad de participar en la Reunión Parlamentaria Iberoamericana.

**Artículo Segundo.-** Los gastos que generó este desplazamiento fueron financiados con recursos del presupuesto del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

**Artículo Tercero.-** Este acuerdo entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en el Despacho Principal de la Secretaría Nacional de la Administración Pública, en la ciudad de Quito, a los 27 días del mes de febrero del 2014.

f.) Cristian Castillo Peñaherrera, Secretario Nacional de la Administración Pública.

Es fiel copia del original.- **LO CERTIFICO.**

Quito, 15 de marzo del 2014.

f.) Ab. Teresa Roca Espinel, Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Subrogante, Secretaría Nacional de la Administración Pública.

No. 433

**Cristian Castillo Peñaherrera**  
**SECRETARIO NACIONAL DE LA**  
**ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**Considerando:**

Que, mediante Oficio Nro. ENFARMA EP-GG-2014-0011-O del 13 de enero de 2014, el Dr. Claudio Galarza Maldonado, Gerente General de ENFARMA EP, solicita a la Secretaria Nacional de la Administración Pública, autorización para su desplazamiento, a las ciudades de Minsk - Bielorrusia y Seúl- Corea, del 27 de octubre de 2013 al 8 de noviembre de 2013, a fin de participar en la Gira Presidencial a Bielorrusia y Corea.

Que, en el presente caso se verifica el cumplimiento de las disposiciones para viajes al exterior, estipuladas en el oficio No. PR-SNADP-2013-000551-O, de fecha 30 de julio de 2013, de conformidad con la revisión realizada a la documentación anexa y presentada para el efecto.

Que, en ejercicio de las facultades y atribuciones conferidas en el artículo 15 letra n) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y conforme a lo que establece el artículo 7 del Reglamento de Viajes al Exterior de los Servidores Públicos de la Función Ejecutiva y entidades adscritas emitido mediante Acuerdo No. 1101 de 22 de marzo de 2012.

**Acuerda:**

**Artículo Primero.-** Legalizar la comisión de servicios del Dr. Claudio Galarza Maldonado, Gerente General de ENFARMA EP, a la ciudades de Minsk - Bielorrusia y Seúl - Corea, del 27 de octubre de 2013 al 8 de noviembre de 2013, a fin de participar en la Gira Presidencial a Bielorrusia y Corea.

**Artículo Segundo.-** Los gastos de desplazamiento y permanencia serán cubiertos con recursos del presupuesto de la Empresa Pública de Fármacos ENFARMA EP.

**Artículo Tercero.-** Este acuerdo entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en el Despacho Principal de la Secretaría Nacional de la Administración Pública, en la ciudad de Quito, a los 7 días del mes de marzo del 2014.

f.) Cristian Castillo Peñaherrera, Secretario Nacional de la Administración Pública.

Es fiel copia del original.- **LO CERTIFICO.**

Quito, 15 de marzo del 2014.

f.) Ab. Teresa Roca Espinel, Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Subrogante, Secretaría Nacional de la Administración Pública.

No. 435

**Cristian Castillo Peñaherrera**  
**SECRETARIO NACIONAL DE LA**  
**ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**Considerando:**

Que, mediante Oficio Nro. SIS-CGAF-2014-0004 del 8 de marzo de 2014, la Dra. Janeth Yolanda Gamboa Gamboa, Coordinadora General Administrativa Financiera del Servicio Integrado de Seguridad ECU 911, solicita a la Secretaría Nacional de la Administración Pública, autorización para el desplazamiento del Ing. Cesar Antonio Navas Vera, Director General del Servicio Integrado de Seguridad ECU 911, a la ciudad de Farnbrough - Inglaterra, del 8 al 16 de marzo de 2014, para mantener reuniones con organismos británicos especializados en materia de seguridad ciudadana.

Que, en el presente caso se verifica el cumplimiento de las disposiciones para Viajes al exterior, estipuladas en el oficio No. PR-SNADP-2013-000551-O, de fecha 30 de julio de 2013, de conformidad con la revisión realizada a la documentación anexa y presentada para el efecto.

Que, en ejercicio de las facultades y atribuciones conferidas en el artículo 15 letra n) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y conforme a lo que establece el artículo 7 del Reglamento de Viajes al Exterior de los Servidores Públicos de la Función Ejecutiva y entidades adscritas emitido mediante Acuerdo No. 1101 de 22 de marzo de 2012.

**Acuerda:**

**Artículo Primero.-** Legalizar la comisión de servicios del Ing. Cesar Antonio Navas Vera, Director General del Servicio Integrado de Seguridad ECU 911, a la ciudad de Farnbrough - Inglaterra, del 8 al 16 de marzo de 2014, para mantener reuniones con organismos británicos especializados en materia de seguridad ciudadana.

**Artículo Segundo.-** Los gastos de desplazamiento y hospedaje serán cubiertos con recursos de la Embajada Británica en Quito y los gastos de alimentación por el Servicio Integrado de Seguridad ECU 911, de conformidad con lo indicado por parte de la referida Institución del estado.

**Artículo Tercero.-** Este acuerdo entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en el Despacho Principal de la Secretaría Nacional de la Administración Pública, en la ciudad de Quito, a los 8 días del mes de marzo del 2014.

f.) Cristian Castillo Peñaherrera, Secretario Nacional de la Administración Pública.

Es fiel copia del original.- **LO CERTIFICO.**

Quito, 15 de marzo del 2014.

f.) Ab. Teresa Roca Espinel, Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Subrogante, Secretaría Nacional de la Administración Pública.

**CORTE CONSTITUCIONAL**  
**DEL ECUADOR**

Quito, D. M., 12 de febrero del 2014

**SENTENCIA N.º 028-14-SEP-CC**

**CASO N.º 1926-12-EP**

**CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

**I. ANTECEDENTES**

**Resumen de admisibilidad**

La empresa Prophar S. A., representada por su gerente y representante legal, el señor Miguel Eduardo García Costa, amparada en lo dispuesto por el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador, presenta acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de casación dictada el 21 de septiembre de 2012, y el auto de aclaración y ampliación de esta, emitido el 27 de octubre de 2012 por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio ordinario N.º 1140-2011 WP que por daños y perjuicios ha seguido en contra de Merck Sharp & Dohme (Interamerican) Corporation.

El 16 de enero de 2013, la Sala de Admisión, de conformidad con las normas de la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, admitió a trámite la presente acción extraordinaria de protección.

Efectuado el sorteo correspondiente, de conformidad con el artículo 195 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el artículo 18 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, correspondió la sustanciación de la presente causa a la jueza constitucional Tatiana Ordeñana Sierra.

La jueza sustanciadora, mediante auto del 17 de abril de 2013, avocó conocimiento de la acción y dispuso notificar a los jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en su calidad de legitimados pasivos, a fin de que presenten un informe debidamente motivado de descargo.

**Sentencia o auto que se impugna**

**Sentencia de casación dictada el 21 de septiembre de 2012, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia**

“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 CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:

A) Se casa la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2011, las 15h30, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de 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 PROHPAR la suma de veinte tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América, que por caución consta consignada a fojas 11.890 del proceso.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.- (...)”.

**Auto de aclaración y ampliación emitido el 27 de octubre de 2012**

“VISTOS: 1) PROPHAR S.A. mediante escritos de 27 de septiembre de 2012, 14h26 y 28 de septiembre de 2012, 11h35; y MERCK SHARP & DOHME (Inter American) CORPORATION, (en lo sucesivo MSD), mediante escrito de 27 de septiembre de 2012, 16h54, solicitan que se aclare la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2012, 09h30, se corrió traslado mutuo entre las partes con sus escritos de aclaración, habiendo PROPHAR S.A. contestado en escrito de 2 octubre de 2012, 16h40; y escrito de 2 de octubre de 2012, 16h45. 2) Conforme el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, cabe la aclaración si la sentencia fuere oscura. 3) PROPHAR S.A. solicita que el tribunal explique la formula y método matemático utilizado para determinar el valor de la indemnización que se ordena pagar en la sentencia. Al respecto, este Tribunal de Casación hace notar a la peticionaria, que todas las consideraciones y parámetros en los que se fundamentó para fijar la indemnización constan clara y ampliamente analizadas en el considerando Décimo Sexto de la sentencia, páginas 38 a 46 de la misma, por lo que, no hay nada que aclarar al respecto. 4) PROPHAR S.A. solicita se aclare el considerando Décimo Tercero de la sentencia, en el sentido de que la actuación de MSD no sólo afectó el interés particular sino también el interés general. Tal pretensión es improcedente, toda vez se estaría solicitando una reforma de la sentencia, dado que el considerando Décimo Tercero claramente sostiene 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 más bien un tema de cuasidelito civil por práctica desleal, que es un asunto completamente diferente, y en el considerando Décimo Cuarto claramente se determina que en el presente caso se está ante una acción, no de Derecho de Defensa de la competencia como ya de manera muy completa se explicó en el considerando Décimo Tercero de la sentencia (analizando también doctrina jurídica del Derecho de la Competencia Desleal muy actualizada), 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; por lo que no hay nada que aclarar y se rechaza el pedido del peticionario en tal sentido, a más de que evidentemente está prohibido a los jueces, conforme el artículo 281 del CPC, reformar la sentencia. (...). 6) Finalmente, con relación a los puntos 16.4 y 16.5 del considerando Décimo Sexto, éstos son claros, y simplemente se refieren al memorando N° 1942-DP-DPP que consta a fojas 367 del expediente de casación por lo que no hay nada que aclarar al respecto (...).”.

**Argumentos planteados en la demanda**

El legitimado activo, en lo principal, señala como vulnerados el derecho al debido proceso, el derecho a la reparación integral del daño, la tutela efectiva expedita e imparcial de los derechos, el derecho a la seguridad jurídica y el derecho a la defensa.

Sobre la alegación de la vulneración del derecho al debido proceso señala:

“La Sala de lo Civil, Mercantil 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 la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. La sentencia (página 41) hace referencia al memorando N.º 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 N.º 1943-DP-DPP fue remitido a la Corte Nacional de manera extemporánea, ya que el proceso no se encontraba en etapa probatoria. No sé notificó a las partes 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”.

En referencia a la vulneración del derecho a la reparación integral, indica:

“Al momento de fijar el monto de la reparación que debe pagar Merk 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 demanda 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”.

En relación a la vulneración del derecho a la tutela efectiva, el accionante argumenta:

“El Tribunal de Casación tenía la obligación de analizar el recurso de casación presentado por Prophar S.A. y pronunciarse sobre él de manera fundamentada, explicando las razones para aceptarlo o rechazarlo. No lo hizo 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.”

Sobre la vulneración del derecho a la seguridad jurídica expresa:

“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”.

Finalmente, respecto a la alegación de la vulneración del derecho a la defensa, argumenta que:

“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”.

#### **Pretensión**

El accionante expresa su pretensión concreta dentro de la presente causa en los siguientes términos:

“(…) 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 Prophar 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 N° 1140-2011 WP.

A fin de reparar de manera integral los derechos constitucionales de Prophar S.A. solicito se fije una indemnización pecuniaria acorde con el daño que se ha ocasionado a Prophar S.A., 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.”

#### **Contestación a la demanda**

##### **Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia**

De fojas 240 a 242 del expediente constitucional obra el escrito del 23 de abril de 2013, presentado por los jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, por el cual remiten informe de descargo respecto a los argumentos que sustentan la acción extraordinaria de protección, en cuyo contenido manifiestan que la sentencia impugnada no ha violado, ni por acción ni por omisión, ningún derecho reconocido en la Constitución o en los tratados internacionales de derechos humanos, por cuanto cumple a cabalidad con la Constitución de República y la Ley de Casación. Indican que la misma es justa, totalmente motivada y realiza una correcta aplicación e interpretación de la ley en la debida conceptualización y diferenciación de lo que implica el derecho de defensa de la competencia y el derecho de la competencia desleal.

Señalan además que la sentencia del 23 de septiembre de 2011, dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, materia de la casación, adolecía de fallas de motivación entre las normas y principios en que se fundó y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los hechos concretos que se discutían entre las partes, por cuanto se transformó un problema cuyo origen era evidentemente civil y de competencia desleal, en un tema exclusivo de derecho de defensa de la competencia; esto es, que de un conflicto que solo afectaba a las compañías Prophar S. A., y Merck Corporation, se dio un salto conceptual para convertirlo en un problema de los consumidores y usuarios de productos farmacéuticos en general, o lo que es peor, de un supuesto tema de mercado relevante de plantas industriales, resultando en una indebida conceptualización y una mezcla de instituciones jurídicas diferentes en tal sentencia de la Corte Provincial, como son el cuasidelito civil, temas de derecho de defensa de la competencia y otros de derecho de la competencia desleal, cuestión que la sentencia de casación corrigió.

Manifiestan que la compañía accionante, por el hecho de que la sentencia de casación no le da toda la razón, pretende, mediante acción extraordinaria de protección, hacer del más alto tribunal de justicia constitucional una cuarta instancia, a más que la acción extraordinaria de

protección incumple lo preceptuado en el artículo 62, numerales 4, 5, 1, 3 y 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Finalmente, concluyen su informe expresando que en la sentencia dictada se respetó el derecho al debido proceso y se realizó una tutela efectiva de los derechos de las partes involucradas, de manera expedita e imparcial, respetando siempre el derecho a la defensa y a la seguridad jurídica, en el complejo tema del derecho de competencia desleal.

#### **Merck Sharp & Dohme, tercer interesado**

El señor Timothy Daveler en su calidad de representante legal de Merck Sharp & Dohme (inter American), comparece y en lo principal señala:

“1. Conforme se ha descrito en detalle en los escritos presentados en la etapa de admisión, en el alegato presentado el pasado 3 de abril y en la audiencia por usted convocada, y se aprecia de la simple lectura del texto de la demanda, la acción no cumple ni con los requisitos de admisibilidad, ni con los requisitos de fondo para su procedibilidad, por lo que debe ser rechazada.

2. La acción debe ser rechazada porque no se han violado derechos fundamentales ni normas del debido proceso, y porque no cumple, la demanda, con los presupuestos establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”). PROPHAR pretende, de esta Corte, la determinación de un nuevo monto de indemnización, lo cual es ajeno a la naturaleza de la acción y a la competencia de la Corte Constitucional, que en su jurisprudencia reiterada ha señalado que no es un tribunal de cuarta instancia y que no puede ni valorar prueba ni resolver sobre asuntos discutidos en la justicia ordinaria, conforme se expone ampliamente en los párrafos 216 a 228 del memorial presentado el 3 de abril de 2013, en donde se transcriben citas textuales de la parte de la extensa jurisprudencia de la Corte en la materia.

...Prophar pide que esta Corte Constitucional, a título de reparación integral, incremente la ya excesiva indemnización de carácter civil, ordenada pagar por la Corte Nacional de Justicia, cubierta por MSD, a pedido de Prophar, y recibida por Prophar, sin reserva alguna, para lo cual exige que la Corte Constitucional valore nuevamente prueba que no se halla en el expediente enviado por la Corte Nacional de Justicia, pues ésta, sin objeción por parte de Prophar, sólo remitió el cuaderno de casación, en el cual ni siquiera los textos de los recursos de casación constan.

Tal pretensión desborda la competencia de la Corte Constitucional y significa exigir que, después de la resolución de un recurso de casación, guardián del ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional se convierta en un nuevo tribunal de instancia para que resuelva un asunto exclusivamente civil. Respetuosamente señalamos que la acción encaminada a este objetivo no debió ser admitida a trámite.

Adicionalmente señalamos que cuando la acción fue, sin embargo, admitida, el auto de admisión no fue adecuadamente motivado lo cual ocasiona su nulidad.”

No obstante lo argumentado por parte del representante legal de Merck Sharp & Dohme (inter American), cabe destacar que se ha remitido a esta Corte Constitucional de manera íntegra el proceso de casación N.º 1140-2011 por parte de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

#### **Procuraduría General del Estado**

A fojas 250 a 252 del expediente constitucional consta escrito presentado por el abogado Marcos Arteaga Valenzuela, en su calidad de director nacional de Patrocinio, delegado del procurador general del Estado, quien en relación a la presente acción manifiesta:

“La Procuraduría General del Estado mediante oficio No. 0087-CC-FAS-2013 ha sido notificada con la copia de la demanda presentada por la compañía PROPHAR S.A. y el auto de 17 de abril de 2013, en el que se avoca conocimiento y se convoca a las partes a ser oídas en audiencia dentro de la presente acción extraordinaria de protección para el 30 de abril de 2013 a las 10h30. Se menciona en dicha providencia que esta acción se presenta contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, expedida dentro del recurso de casación No. 1140-2011, en el juicio ordinario por indemnización de daños y perjuicios; y, el auto evacuatorio de aclaración.

En el referido litigio, del cual el Estado ecuatoriano no es parte, intervienen como actor y demandado dos personas jurídicas privadas: Nueva Industria Farmacéuticos Asociados S.A. (Nifa S.A.), hoy compañía PROPHAR S.A. y MERCK SHARP & DOHME (Inter American) Corporation, respectivamente. En estas circunstancias, a la Procuraduría General del Estado no le corresponde pronunciarse respecto del asunto materia de esta acción constitucional.

Sin perjuicio de lo dicho me limito a informar a usted sobre el arbitraje internacional planteado por la compañía MERCK SHARP & DOHME (Inter American) Corporation en contra del Estado ecuatoriano en relación con el litigio que enfrenta en cortes locales, cuya defensa está a cargo de la Procuraduría General del Estado.

(...) La empresa norteamericana alega la violación del TBI por supuesta denegación de justicia, en referencia al Juicio 2003-1022, por Daños y Perjuicios iniciado por la compañía Nueva Industria Farmacéutica Asociada S. A. (NIFA S.A.), actualmente PROPHAR S.A. en contra de la compañía Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation que posteriormente fue resuelto en apelación por la Primera Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales dentro del proceso 2008-0421; y, finalmente conocido por la Corte Nacional de Justicia, cuya Sala de lo Civil, Mercantil y Familia decidió sobre la Casación planteada por las partes, signada con el N° 1140-2011.

A esta fecha, el Tribunal Arbitral que conoce el caso está por establecer el calendario procesal en el que las partes presentaron sus alegaciones por escrito, así como la fecha de la audiencia o audiencias necesarias dentro del procedimiento arbitral.”

#### **De la audiencia**

Mediante providencia del 17 de abril del 2013, de conformidad con lo establecido por los artículos 19 y 38 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, se convocó a las partes a ser oídas en audiencia pública. Conforme consta en la razón sentada por el actuario, el 30 de abril del 2013 se llevó a cabo la audiencia señalada y se contó con la participación del doctor Juan Carlos Andrade, en representación del legitimado activo, y los doctores Raúl Moscoso y Alejandro Ponce Martínez, a nombre del tercero interesado, no asistiendo representante alguno por parte del legitimado pasivo, así como tampoco por parte de la Procuraduría General del Estado.

El representante del legitimado activo señala que el fundamento de la acción extraordinaria de protección presentada es la vulneración de varios derechos constitucionales en la sentencia de casación, la cual, pese a ser favorable a PROPHAR, no reparó de manera integral sus derechos.

El legitimado activo, a través de su representante, manifestó en lo principal que ha existido vulneración al debido proceso por cuanto los jueces han valorado prueba en casación, atacando la idoneidad del perito.

Señala que los jueces emplean un memorando para a través de él desechar un peritaje aportado dentro del proceso, lo cual, según el accionante, atentó el principio de imparcialidad judicial. Expresa además que en la sentencia no se determinó cuáles son las normas de derecho que se aplicaron o se dejaron de aplicar.

Manifiesta que la Sala atentó el principio de seguridad jurídica, toda vez que no podía entrar a valorar prueba; señala que la Sala resuelve con elementos que no han sido incorporados al proceso, ya que según el accionante, el memorando fue adjuntado, mas no incorporado dentro del proceso.

Sostiene adicionalmente que se vulneró el derecho a la reparación integral del daño, ya que según el accionante se determina la indemnización sin tener ningún elemento objetivo.

Por otro lado, los terceros con interés (MERCK) manifiestan que a través de la acción extraordinaria de protección se trata de fijar un nuevo monto de una indemnización civil, ante lo cual no se trata de un tema de constitucionalidad, sino de legalidad. Señala que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental, pretendiendo que la Corte Constitucional se convierta en una cuarta instancia y valore prueba, y que la parte actora quiere valerse de esta acción para obtener una “fortuna”.

Señala que existió una negociación fallida entre las firmas, y la compañía demandante busca un “enriqueciendo

exorbitante de Prophar”, por un negocio fallido por la compra de un inmueble. Expresa que la firma accionante fue la que se retiró de la negociación, y que la compra fallida de un inmueble no evidencia la existencia de un cuasi delito ni competencia desleal; por tanto, no se puede establecer responsabilidad subjetiva porque a través de un acta de confidencialidad las dos empresas suscribieron que si una de las partes se retira de la negociación, no se debía pagar multas.

Señala que PROPHAR solo quiere obtener ventaja con ayuda de actuaciones judiciales en todas las instancias procesales. Que los jueces provinciales nombraron a peritos no calificados y desecharon peritajes calificados. Que los jueces de la Corte Nacional determinan la existencia de un daño, en donde no existe, al establecer un daño por el cuasi delito civil de competencia desleal por dejar de producir dos años, fijando adicionalmente un monto indemnizatorio, el cual MERCK cumplió ante la amenaza inminente de embargo.

Finalmente, señala que la Sala de Admisión de la Corte Constitucional se equivocó al aceptar a trámite la acción extraordinaria de protección, y según el interviniente el auto no es motivado, señalando que la demanda presentada por el legitimado activo no cumple los requisitos de admisibilidad.

## **II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

### **Competencia**

La Corte Constitucional es competente para conocer y pronunciarse sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 63.

### **Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección**

La acción extraordinaria de protección procede en contra de sentencias, autos en firme o ejecutoriados y resoluciones judiciales que pongan fin al proceso; en esencia, la Corte Constitucional, por medio de esta acción excepcional, se pronunciará respecto a dos cuestiones principales: la vulneración de derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso.

La Corte Constitucional, para el período de transición, respecto a esta acción, estableció que:

“La acción extraordinaria de protección se incorporó para tutelar, proteger y remediar las situaciones que devengan de los errores de los jueces, (...) que resulta nueva en la legislación constitucional del país y que responde, sin duda alguna, al anhelo de la sociedad que busca protección efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, puesto que así los jueces ordinarios, cuya labor de manera general radica en la aplicación del derecho común, tendrían un control que

deviene de jueces constitucionales en el más alto nivel, cuya labor se centraría a verificar que dichos jueces, en la tramitación de las causas, hayan observado las normas del debido proceso, la seguridad jurídica y otros derechos constitucionales, en uso del principio de la supremacía constitucional”<sup>1</sup>.

En este contexto, la acción extraordinaria de protección se origina como un mecanismo de control respecto a la constitucionalidad de las actuaciones de los órganos judiciales; en lo que compete al presente caso, a la actuación de la Sala cuya resolución se impugna, quienes en ejercicio de la potestad jurisdiccional, conferida constitucional y legalmente, administran justicia y por ende se encuentran llamados a asegurar que el sistema procesal sea un medio para la realización de la justicia y hacer efectivas las garantías del debido proceso; en tal virtud, la Corte Constitucional, como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional, en virtud de lo prescrito en el artículo 429 de la Constitución de la República, en el trámite de una acción extraordinaria de protección, debe constatar que, efectivamente, las sentencias, autos y resoluciones con fuerza de sentencia se encuentren firmes o ejecutoriados y que, durante el juzgamiento, no se hayan vulnerado, por acción u omisión, el debido proceso u otro derecho constitucional.

Finalmente, esta Corte considera oportuno recordar que la acción extraordinaria de protección no es una "instancia adicional", es decir, a partir de ella no se puede pretender el análisis de asuntos de mera legalidad propios e inherentes de la justicia ordinaria. En virtud de ello, la Corte Constitucional no puede entrar a analizar, menos aún resolver, cuestiones eminentemente legales. El objeto de su análisis debe estar dirigido directamente a la presunta violación de derechos constitucionales y normas del debido proceso en el curso de la decisión impugnada.

#### **Análisis constitucional**

Con estas consideraciones, la Corte Constitucional sistematizará el análisis del caso a partir de la formulación del siguiente problema jurídico:

**Las decisiones judiciales impugnadas ¿vulneraron el derecho al debido proceso de las partes, en la garantía establecida en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución; el derecho a una tutela judicial efectiva y el derecho a la seguridad jurídica?**

En el caso *sub examine* el accionante manifiesta que los jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la tutela efectiva y a la seguridad jurídica, principalmente a partir del argumento que "...la sentencia hace referencia al memorando N° 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...".

<sup>1</sup> Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador para el Periodo de Transición, N.º 067-10-SEP-CC, caso N.º 0945-09-EP, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 364 del 17 de enero de 2011.

Previo a analizar el problema jurídico concreto se debe manifestar que la sentencia que es objeto de acción extraordinaria de protección tiene como fundamento la sentencia emitida el 23 de septiembre de 2011 a las 15h30, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del juicio ordinario por pago de daños y perjuicios 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, la misma que manifestó: "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"; ante la cual, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia aceptó a trámite los recursos de casación propuestos por PROPHAR (quien fundó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 283 y 284 del Código de Procedimiento Civil; por indebida aplicación de los artículos 1572 inciso primero, 1574, 2214 y 2216 del Código Civil; y por falta de aplicación de los artículos 1573 y 1575 del Código Civil); y por MERCK SHARP & DOHME, quien fundamentó el recurso en las causales primera, segunda, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación, aplicación indebida y errónea interpretación de varias normas jurídicas del ordenamiento jurídico ecuatoriano y decisiones de la Comunidad Andina. Posteriormente, emitió la sentencia que es objeto de acción extraordinaria de protección.

Para analizar este principal argumento esgrimido por el accionante, esta Corte considera pertinente establecer, en primer lugar, los elementos conceptuales de los derechos constitucionales que se alegan vulnerados: derecho al debido proceso (artículo 76 de la Constitución), el derecho a una tutela judicial efectiva (artículo 75 ibídem) y el derecho a la seguridad jurídica (artículo 82 ibídem). Así, metodológicamente se expone:

#### **Sobre el derecho al debido proceso**

En relación al debido proceso, la Corte Constitucional colombiana ha entendido a este derecho "como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia (...). En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias

de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos<sup>2</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que: “el debido proceso *-due process*, de raíz anglosajona, que en algún país se traduce como garantías esenciales del procedimiento-, es una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además constituye, él mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela judicial efectiva. Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa. Es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y se depositan, igualmente, en las manos del inculpado, así como objetividad, serenidad y voluntad de dar a cada quien lo suyo por parte del tribunal; en suma, *fair trial*. Todas estas nociones, cada una con su propia caracterización y su emplazamiento en los órdenes jurídicos nacionales, tienen un denominador común en su origen, desarrollo y objetivo, y pueden congregarse en el concepto de debido proceso<sup>3</sup>”.

Así, en esta misma línea, la Corte Constitucional ecuatoriana ha precisado que: “...el debido proceso se constituye en el axioma madre, el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar<sup>4</sup>, siendo por esto que los jueces, como garantes de la observancia de la Constitución y del ordenamiento jurídico, deben ejercer todas las acciones necesarias para el cumplimiento y respeto de este derecho<sup>5</sup>”.

### Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva

Sobre la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional, para el período de transición, precisó que “La tutela judicial efectiva que consagra la Constitución es el derecho no solo a acudir a los órganos jurisdiccionales sino a que a través de los debidos cauces procesales y con mínimas garantías, obtenga una decisión fundada respecto de sus pretensiones<sup>6</sup>”.

En similar sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha sabido señalar al respecto que “La garantía constitucional de la protección jurídica abarca: el acceso efectivo a los tribunales, que la pretensión jurídica (el objeto de la litis) sea analizada dentro de un proceso formal, y que sea resuelta por los tribunales mediante una sentencia vinculante<sup>7</sup>”.

### Sobre el derecho a la seguridad jurídica

En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en relación al derecho a la seguridad jurídica, ha señalado que “El postulado de la seguridad jurídica, inmanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra, y que pueda comportarse en forma correspondiente<sup>8</sup>”; y, en símil razonamiento, el Tribunal Constitucional Español expresó que “La seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio<sup>9</sup>”.

Por su parte, la Corte Constitucional ecuatoriana para el período de transición, en reiterados fallos, al referirse a la seguridad jurídica, ha determinado que:

“Es un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. La palabra seguridad proviene de *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (de *secura*) que, significa estar seguros de algo y libre de cuidados. El Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer “seguridad jurídica” al ejercer su “poder” político, jurídico y legislativo<sup>10</sup>”.

Tal como lo ha señalado en anteriores sentencias esta Corte Constitucional, los derechos analizados constituyen una “tríada indispensable para el sostén del modelo de Estado previsto en la Constitución<sup>11</sup>”; siendo además que por el principio constitucional de interconexión de derechos y principios, fundado sobre la igual jerarquía de los mismos – artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República–, se establece que si del análisis que esta Corte realice se desprendiere la existencia de vulneración a uno de los derechos analizados, se deberá también realizar la respectiva declaración de violación de los demás derechos que conforman esta tríada.

Dicho lo anterior, en el *caso sub judice* el accionante manifiesta que sobre la base del memorando N.º 1942-DP-DPP del jefe de personal de la Dirección de Pichincha, la Corte Nacional de Justicia desechó el peritaje del ingeniero Cristian Augusto Cabrera Fonseca, no obstante que dicho memorando fue remitido a la Corte Nacional de manera extemporánea, ya que el proceso no se encontraba en etapa probatoria. Además, textualmente el accionante alega que

<sup>2</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-980/10

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 07 de septiembre de 2004.

<sup>4</sup> Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia No. 011-09-SEP-CC, caso No. 038-08-EP.

<sup>5</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 008-13-SEP-CC; caso N.º 0545-12-EP.

<sup>6</sup> Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia 034-12-SEP-CC. Pg. 9

<sup>7</sup> Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe”, pág. 526.

<sup>8</sup> Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, pág. 536.

<sup>9</sup> Tribunal Constitucional Español sentencias N.º 27/1981; N.º 99/1987; N.º 227/1988, N.º 150/1990.

<sup>10</sup> Cf. Corte Constitucional para el período de transición, sentencia No. 0007-10-SEP-CC, caso No. 0132-09-EP.

<sup>11</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 020-13-SEP-CC, caso N.º 0563-12-EP.

“...no se notificó a las partes de su recepción y tampoco se dio al perito la posibilidad de que se defiendan 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”.

Con la finalidad de comprobar si la valoración del memorando N.º 1942-DP-DPP vulneró los derechos alegados por el accionante, esta Corte hará un análisis de los principales hechos identificados en el caso materia de esta acción extraordinaria:

1. Dentro del expediente de casación N.º 1140-2011-WG, a fojas 362 consta la providencia del 30 de mayo de 2011, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en la que se dispone: “(...) 3) Atento el estado de la causa, pásense los autos para resolver”.
2. A fojas 367 y 368 consta el memorando N.º 1942-DP-DPP suscrito por el señor Wilson Rosero Gómez, jefe de personal; Javier Tipán, analista 3; y Mauricio Aguirre, analista 1, dirigido al señor Iván Escandón Montenegro, director provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, el cual en su parte pertinente se indicó: “Mediante MEMORANDO N.º 00196-DPP-CIT-IEM-A-2012 del 27 de enero del 2012 suscrito por su persona en el cual y en el numeral 2 indica que el mencionado perito [Cabrera Fonseca Cristian Augusto] sólo acredita conocimiento y experticia en CONTABILIDAD Y AUDITORIA. Señor Director, por un error involuntario de desinformación, se emite la renovación de acreditación mediante MEMORANDO N.º 1430-DP-DPP con fecha 25 de abril de 2012 para el ingeniero Cabrera Fonseca Cristian Augusto en la especialidad de “CALCULO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, DAÑO EMERGENTE, LUCRO CESANTE, CONTABILIDAD, FINANZAS Y TRIBUTACION”, sin considerar el antecedente expuesto”.
3. A fojas 373 y 374 consta el escrito presentado el 27 de junio del 2012 por Merck Sharp & Dohme, siendo que en su parte pertinente se señala: “Conforme consta en la copia certificada del Memorando N.º 1942-DP-DPP de 31 de mayo del 2012 suscrito por el Ing. Wilson Rosero Gómez, Jefe de Personal e Ing. Javier Tipán y Lic. Mauricio Aguirre, Analistas 3 y 1 respectivamente, el Consejo de la Judicatura, decidió NO RENOVAR LA ACREDITACIÓN del Ingeniero CRISTIAN AGUSTO CABRERA FONSECA como perito experto en CALCULO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE por falta de conocimiento y experticia en dichas materias, quedando dicho perito únicamente habilitado para temas de Contabilidad y Auditoria”.
4. A fojas 376 consta la providencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia que en lo principal dispone: 1) Se corrige el lapsus

del auto de 30 de mayo del 2012. 2) Se señala que Merck Sharp & Dohme solicitó la revocatoria del auto 30 de mayo del 2012. 3) Se aceptó la petición de dejar sin efecto la solicitud de Merck Sharp & Dohme con respecto a la solicitud de revocatoria de la providencia de 30 de mayo de 2012.

5. A fojas 378 a 401 consta la sentencia impugnada y en la cual, con respecto al memorando N.º 1942-DP-DPP, en el considerando décimo sexto, párrafo 16. 5, señala: “Respecto a este peritaje mencionado del Ing. Cabrera, este Tribunal ve con preocupación el memorando N.º 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 (...)”.

Con los elementos fácticos relatados del caso, esta Corte puede determinar que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia dio valor de prueba al memorando N.º 1942-DP-DPP suscrito por el señor Wilson Rosero Gómez, jefe de personal; Javier Tipán, analista 3; y Mauricio Aguirre, analista 1, que estaba dirigido al señor Iván Escandón Montenegro, director provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura; documento que fuera presentado por la empresa Merck Sharp & Dohme dentro del recurso de casación y que, basándose en el contenido de dicho memorando, la citada Sala de lo Civil decidió no tomar en consideración la prueba pericial presentada ante la Corte Provincial de Justicia de Quito.

Ahora bien, con la finalidad de establecer si la valoración de nueva prueba, en la forma realizada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, vulneró los derechos alegados por el accionante, debemos remitirnos a lo que sobre este tema ha señalado esta Corte Constitucional, al establecer que:

“(...) Al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: “Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley”<sup>12</sup>.

Vale también tener en consideración aquí lo que, en similar sentido, la ex Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, sobre este tema ha dicho:

“No está en la esfera del tribunal de casación revalorizar la prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal ad quem. La valoración o

<sup>12</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 008-13-SEP-CC; caso N.º 0545-12-EP.

apreciación probatoria, o sea la determinación de la fuerza de convicción de los medios probatorios incorporados al proceso, es una atribución reservada a los jueces y tribunales de instancia; la potestad del tribunal de casación se reduce a controlar o fiscalizar que en esa valoración no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, yerros que han conducido o traído como consecuencia la transgresión de normas sustantivas o materiales<sup>13</sup>.

Al respecto, debemos tener presente también que el artículo 15 de la Ley de Casación dispone: “Art. 15.- SUSTANCIACION.- Durante el trámite del recurso de casación no se podrá solicitar ni ordenar la práctica de ninguna prueba ni se aceptará incidente alguno”.

Por lo tanto, esta Corte reitera que en el recurso de casación está prohibido actuar prueba o admitir incidentes, pues al hacerlo se desconocería la naturaleza jurídica propia de dicho recurso, que es realizar un análisis de la sentencia frente a la ley, lo que implica que no se puede discutir acerca de las pretensiones que originaron el litigio que produjo aquella sentencia.

En el caso *sub judice*, se debe considerar que en la decisión judicial impugnada, específicamente en el considerando décimo, la sala juzgadora llega a la conclusión que “la sentencia impugnada incurrió en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación” y que “la sentencia impugnada incurrió también en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación”.

En el considerando décimo primero de la sentencia impugnada se señala textualmente que “Para proceder conforme el inciso primero del artículo 16 de la 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”.

En este punto, es preciso tomar en cuenta lo señalado por la Ley de Casación respecto de la sentencia en este recurso:

“Art. 16.- SENTENCIA.- Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere, y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto.

Cuando se trate de casación por la causal segunda del artículo 3, la Corte Suprema anulará el fallo y remitirá dentro de un término de cinco días el proceso al juez u órgano judicial al cual tocaría conocerlo en caso de recusación de quién pronunció la providencia casada, a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho”.

Sobre la interpretación de dicho artículo, fallos de la ex Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, han señalado que:

“Cuando determina que la sentencia de instancia adolece de vicios de fondo (causal quinta), es incompleta o excesiva (causal cuarta), ha incurrido en violación directa (causal primera) o indirecta del derecho sustancial (causal tercera) se produce el “*iudicium rescissorium*”, la sala de casación se convierte momentáneamente en tribunal de instancia y procede a dictar dos fallos, el uno revocando (anulando o dejando sin efecto) la resolución impugnada y el otro que contendrá la nueva decisión sobre el asunto de fondo (...). Son numerosos los casos en que se ha resuelto que el tribunal de casación, actuando como tribunal de instancia, está facultado para revisar el proceso in integrum y si de este examen, concluye que los hechos establecidos en la resolución casada no corresponden a la realidad procesal (...) procederá en primer lugar a establecer los hechos para a continuación subsumirlos en la norma correspondiente y de esta manera dictar una sentencia que corresponda a la verdad procesal<sup>14</sup>”.

A la luz de la normativa señalada y de la interpretación legal que de dicho artículo se ha producido, en el caso en análisis esta Corte observa que cuando la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia concluyó que la sentencia impugnada incurrió en la causal quinta y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, esta se convirtió momentáneamente en tribunal de instancia, por lo que, en cumplimiento de la norma legal correspondiente, procedió, a partir del considerando décimo primero de la sentencia, a dictar la nueva decisión sobre el asunto de fondo.

Así, para dictar la nueva decisión sobre el asunto de fondo, el límite que establece la Ley de Casación es que el Tribunal de Casación deberá emitir la nueva sentencia “por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto”, ante lo cual, insistimos, le está vedado al Tribunal de Casación solicitar u ordenar la práctica de pruebas, ni siquiera como diligencias para mejor proveer, porque las situaciones fácticas que fueron el fundamento del proceso de instancia han sido ya declaradas en la sentencia que es objeto de casación, en el cual no cabe la revisión de nuevos hechos.

En la sentencia impugnada se verifica que a partir del considerando décimo primero hasta el considerando décimo sexto, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia actuó como juez de instancia y, en lo principal, en el considerando décimo sexto, se establece lo referente a la indemnización fijada en contra de la empresa Merck Sharp & Dohme, para lo cual la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia valoró como prueba el memorando N.º 1942-DP-DPP antes mencionado, mismo que fue presentado dentro del recurso de casación, tal como se demuestra a continuación:

<sup>13</sup> Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, resolución N° 178 de 24 de junio de 2003, juicio N° 19-2003 (Bravo vs. Palma).

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución N° 72-2002 de 23 de agosto del 2002, juicio 26-2002; R.O. 666 de 19 de septiembre del 2002; Resolución N° 229-2002 de 20 de octubre del 2002, GJS XVII N° 10, pp. 3011-3044.

Considerando décimo sexto, párrafo 16. 5 de la sentencia impugnada:

“Respecto a este peritaje mencionado del Ing. Cabrera, este Tribunal ve con preocupación el memorando N° 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 (...).”

En cuanto al auto de aclaración de la sentencia, también impugnado por el legitimado activo, resta aclarar que el mismo fue rechazado en su totalidad por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, limitándose dicha sala, en lo atinente a la valoración de la prueba, a indicar que “PROPHAR S.A. solicita que el tribunal explique la fórmula y método matemático utilizado para determinar el valor de la indemnización que se ordena pagar en la sentencia. Al respecto, este Tribunal de Casación hace notar a la peticionaria, que todas las consideraciones y parámetros en los que se fundamentó para fijar la indemnización constan clara y ampliamente analizadas en el considerando Décimo Sexto de la sentencia, páginas 38 a 46 de la misma, por lo que, no hay nada que aclarar al respecto”, por lo que esta Corte evidencia que el auto impugnado mantiene la línea argumentativa de la sentencia de casación.

Como consecuencia de lo expuesto, esta Corte advierte claramente que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia ha rebasado el ámbito de sus competencias vía recurso de casación al admitir y considerar una prueba no actuada debida y oportunamente ante los jueces de instancia, accionar que deviene de forma clara en una vulneración al derecho al debido proceso de las partes, conforme lo dispone el artículo 76 numeral 1 de la Constitución, y por consiguiente al derecho a una tutela judicial efectiva y al derecho a la seguridad jurídica, en los términos reconocidos en el artículo 75 y 82 de la Carta Fundamental.

Como corolario de lo señalado, esta Corte constata que los jueces de la mencionada Sala de la Corte Nacional de Justicia actuaron indebidamente al haber valorado la prueba presentada dentro del recurso de casación N.° 1140-2011, transgrediendo la naturaleza jurídica y la esencia del recurso de casación, así como la independencia judicial consagrada en el artículo 168 de la Constitución de la República.

En mérito de lo expuesto, esta Corte concluye que existió efectivamente una vulneración del derecho al debido proceso de las partes, y ante lo cual, en atención a la interdependencia de los derechos constitucionales, se vulneraron en igual manera el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la seguridad jurídica, constitucionalmente consagrados.

### III. DECISIÓN

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

### SENTENCIA

1. Declarar vulnerado el derecho constitucional al derecho al debido proceso de las partes, establecido en el artículo 76 de la Constitución; el derecho a la tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 75 ibídem, y el derecho a la seguridad jurídica, en los términos reconocidos el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.
  2. Aceptar la acción extraordinaria de protección presentada.
  3. Como medidas de reparación integral, se dispone lo siguiente:
    - 3.1 Dejar sin efecto la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia el 21 de septiembre del 2012 dentro del recurso de casación N.° 1140-2011, así como todos los actos procesales y demás providencias dictadas como consecuencia de la misma.
    - 3.2 Disponer que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia realice el sorteo correspondiente para definir el Tribunal que resuelva en sentencia el recurso de casación con observancia de las garantías del debido proceso, tutela judicial y seguridad jurídica.
  4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.
- f.) Wendy Molina Andrade, **PRESIDENTA (e)**.
- f.) Jaime Pozo Chamorro, **SECRETARIO GENERAL**.

**RAZÓN.-** Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con seis votos de las señoras juezas y señores jueces: Antonio Gagliardo Llor, Tatiana Ordeñana Sierra, Ruth Seni Pinoargote, Alfredo Ruiz Guzmán, Manuel Viteri Olvera y Wendy Molina Andrade, sin contar con la presencia de los jueces Marcelo Jaramillo Villa, María del Carmen Maldonado Sánchez y Patricio Pazmiño Freire, en sesión extraordinaria del 12 de febrero de 2014. Lo certifico.

f.) Jaime Pozo Chamorro, **SECRETARIO GENERAL**.

**CORTE CONSTITUCIONAL.-** Es fiel copia del original.- Revisado por: ... f.) Ilegible.- Quito, a Marzo 18 del 2014.- f.) Ilegible, Secretaría General.

### CASO Nro. 1926-12-EP

**RAZON.-** Siento por tal, que la jueza Wendy Molina Andrade, suscribió la presente sentencia el martes 11 de marzo del 2014, en calidad de presidenta de la Corte Constitucional, al momento de expedirse la misma.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, **Secretario General**.

**CORTE CONSTITUCIONAL.-** Es fiel copia del original.- Revisado por: ... f.) Ilegible.- Quito, a Marzo 18 del 2014.- f.) Ilegible, Secretaría General.