

Caso PCA No. 2012-10

EN EL ASUNTO DE UN ARBITRAJE SEGÚN EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE
DE LA CNUDMI DE 1976 DE CONFORMIDAD CON EL TRATADO ENTRE LOS
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR SOBRE LA
PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES, FIRMADO EL
27 DE AGOSTO DE 1993

- entre -

MERCK SHARP & DOHME (I.A). LLC

(la "Demandante")

- y -

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

(la "Demandada", y juntos con la Demandante, las "Partes")

DECISIÓN SOBRE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Tribunal

Sir Franklin Berman KCMG Q.C. (Árbitro Presidente)
Juez Stephen M. Schwebel
Juez Bruno Simma

Asistente del Tribunal

Sra. Amal Clooney

Secretario del Tribunal

Sr. Martin Doe Rodríguez

7 de marzo de 2016

A. INTRODUCCIÓN

1. Esta es la Decisión del Tribunal sobre una solicitud urgente de medidas provisionales, según el artículo 26 del Reglamento de la CNUDMI de 1976, de la Demandante en este arbitraje, Merck Sharp & Dohme (I.A). LLC ('MSDIA'). La Demandada en el Arbitraje es la República del Ecuador. Las Partes están representadas en estos procedimientos por las siguientes personas:

Para la Demandante:

Sra. Mary Bartkus, MSDIA

Sr. Gary B. Born, Sr. David Ogden, Sra. Rachael D. Kent, Sr. Charles S. Beene, y Sr. Claudio Salas, todos de Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP.

Para la Demandada:

Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado

Dra. Blanca Gómez de la Torre, Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje

Dra. Christel Gaibor, Subdirectora de Asuntos Internacionales y Arbitraje

Sra. Diana Terán, Procuraduría General del Estado

Sr Paul Reichler, Sr. Mark Clodfelter, Sr. Ronald Goodman, Sr. Alberto Wray, Sra. Janis Brennan, Sra. Diana Tsutieva, y Sr. Constantinos Salonidis, todos de Foley Hoag LLP.

2. Dada su naturaleza y las circunstancias que la rodean (véase abajo), esta Decisión no contendrá más que el mínimo necesario, a modo de relato, de los antecedentes fácticos y del historial procesal. Estos asuntos serán tratados en su totalidad en el Laudo del Tribunal sobre la jurisdicción y el fondo que vendrá en un futuro próximo.

B. ANTECEDENTES AL ARBITRAJE

3. El arbitraje tiene lugar según el Tratado del 27 de agosto de 1993, entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador, sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, y está regido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI del 15 de diciembre de 1976.
4. La controversia presentada en el arbitraje surge de la demanda presentada en los tribunales ecuatorianos por parte de la Nueva Industria Farmacéutica Asociada, S.A. ('NIFA') contra MSDIA, después de las negociaciones fallidas para la venta de la planta industrial de MSDIA a NIFA, ubicada en Los Chillos, en Ecuador.¹ NIFA y MSDIA habían llegado, de forma provisional, a un precio de compra que ascendía a \$1.5 millones de dólares, pero la planta fue vendida posteriormente a otro comprador por menos de un millón de dólares. La Demandante alega violaciones a los Artículos II (3)(a), II (3)(b) y II (7) del Tratado, a consecuencia de las acciones realizadas por los tribunales ecuatorianos.

C. HISTORIAL PROCESAL

5. El 12 de junio de 2012, la Demandante presentó una Primera Petición de Medidas Provisionales, que fue objeto de argumentos por las Partes en su totalidad, por escrito y oralmente, culminando en una audiencia en el Palacio de la Paz en La Haya entre el 4 y 5 de septiembre de 2012. El 28 de septiembre de 2012, invocando una decisión reciente de la

¹ En agosto de 2010, NIFA se volvió PROPHAR S.A. y será, por conveniencia, referida de aquí en adelante en esta Decisión como 'PROPHAR'.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador ('CNJ'), la Demandante solicitó que el Tribunal temporalmente suspendiera los trabajos adicionales sobre la Petición, y posteriormente retiró la Petición por completo el 11 de marzo de 2013, reservando su derecho a presentarla de nuevo.

6. Desde entonces hasta febrero de 2015, las Partes presentaron sus alegatos por escrito en el arbitraje principal, según un horario acordado, y una audiencia sobre la jurisdicción y el fondo tuvo lugar en Londres, del 16 al 20 de marzo de 2015.
7. Por comunicación de fecha 5 de febrero de 2016, la Demandante informó al Tribunal que en vista de una decisión adoptada por la Corte Constitucional del Ecuador el 20 de enero de 2016, presentaba una Segunda Petición de Medidas Provisionales y solicitaba al Tribunal señalar día para una audiencia oral. El Tribunal estaba para entonces muy avanzado en sus deliberaciones y esperaba estar en posición de emitir un lado sobre la jurisdicción y el fondo en un futuro cercano.
8. Por carta de fecha 8 de febrero de 2016, el Tribunal invitó a la Demandada a comentar sobre la Segunda Petición de Medidas Provisionales realizada por la Demandante e invitó a las Partes a consultarse sobre las fechas potenciales para una audiencia sobre medidas provisionales.
9. Por medio de comunicación con fecha 15 de febrero de 2016, la Demandada informó al Tribunal que MSDIA había entablado en la Corte Constitucional una petición de aclaración de su Sentencia y en consecuencia buscaba un aplazamiento de la fecha límite de su respuesta hasta que la Corte Constitucional haya dado su fallo sobre la petición de MSDIA.
10. Por medio de un oficio con la misma fecha, el Tribunal invitó a la Demandante a comentar sobre la cuestión de urgencia hasta el 17 de febrero de 2016 y ofreció a la Demandada una oportunidad final de comentar sobre la solicitud de la Demandante hasta el 19 de febrero de 2016.

11. Por medio de carta fechada el 15 de febrero de 2016, la Demandante contestó a las comunicaciones de la Demandada y del Tribunal, afirmando que su petición de aclaración no afectaba la urgencia de su Segunda Petición de Medidas Provisionales.
12. Por carta de 16 de febrero de 2016, la Demandada puntualizó que, aunque ella considerara injusto que se le requiriera comentar sobre la decisión de la Corte Constitucional del 20 de enero de 2016 antes de que la Corte haya respondido a la petición de aclaración de MSDIA, ella respondería a la solicitud de la Demandante como lo solicitó el Tribunal, lo que debidamente hizo por medio de comunicación del 18 de febrero de 2016.
13. Por medio de comunicación fechada el 21 de febrero de 2016, el Tribunal concedió a ambas Partes una oportunidad adicional de comentar, pero únicamente sobre las cuestiones de urgencia y el rango y alcance de las facultades que tiene la Corte Nacional de Justicia después de la última decisión de la Corte Constitucional. El Tribunal reiteró su petición de que las Partes deben consultar sobre las fechas de una posible audiencia oral, si el Tribunal pensara que es necesaria una.
14. Por comunicaciones de 23 y 25 de febrero de 2016, las Partes presentaron sus comentarios adicionales, como se les solicitó, e indicaron las fechas más tempranas en las que ambas estarían disponibles para una audiencia.
15. Subsecuentemente, por carta del 26 de febrero de 2016, la Demandante manifestó que—basándose en la audiencia de La Haya en septiembre de 2012, la audiencia de Londres en marzo de 2015, y en los últimos alegatos escritos— el Tribunal tenía la información suficiente para conceder su solicitud de medidas provisionales sin procedimientos adicionales.

D. ANTECEDENTES DE HECHO

16. El 16 de diciembre de 2003, PROPHAR² presentó en Quito una demanda contra la Demandante en el Juzgado Segundo de lo Civil de de Pichincha ('Tribunal de primera instancia') por el pago de \$200 millones de dólares en daños resultantes de las negociaciones fallidas por la venta de la planta de los Chillos, respaldándose en particular en el Artículo 244 núm. 3 de la Constitución ecuatoriana de 1998, el cual dispone que "el Estado debe [...] [p]romover la libre competencia y castigar, según la ley, las prácticas monopolísticas y otras prácticas que la previenen y la distorsionan."
17. MSDIA alegó ante el Tribunal que el Juez injustamente le impidió tener la capacidad de hacer preguntas a un testigo propuesto por PROPHAR y tener sus propias pruebas correctamente consideradas. MSDIA además alega, que cuando el Juez fue ascendido después a la Corte de Apelaciones y el caso fue asignado a un Juez Temporal, el Juez Temporal "avocó conocimiento" del caso temprano en la tarde y emitió ese mismo día una sentencia de 15 páginas, en la cual encontró a MSDIA responsable de pagar \$200 millones de dólares para violar el Artículo 244 núm. 3 de la Constitución ecuatoriana de 1998.

E. LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LA CORTE DE APELACIONES

18. MSDIA apeló esta sentencia ante la Corte Provincial de Justicia, Sala de Asuntos Civiles y Mercantiles ('la Corte de Apelaciones'). En el transcurso de estos procedimientos de apelación, PROPHAR pidió a la Corte de Apelaciones designar expertos en las áreas de derecho antimonopolio y de daños, y, en una etapa posterior, a expertos adicionales en estos campos, mientras que MSDIA solicitó que se designe un experto para que examinara las conclusiones alcanzadas por su propio perito antimonopolio y un experto en el mercado de bienes inmuebles en la región de Quito. MSDIA se queja ante el Tribunal del proceso seguido por la Corte para la designación de los expertos solicitados por PROPHAR, de su falta de competencia y de la falta de base de sus opiniones en cuanto a la pérdida o daño sufrido por

² Como se ha indicado anteriormente, NIFA/PROPHAR va a ser, por conveniencia, referida como 'PROPHAR' a lo largo del documento.

PROPHAR. En cambio invoca la conclusión de sus propios peritos en cuanto a que PROPHAR tenía disponible alternativas a la Planta de los Chillos, que MSDIA no ha cometido ninguna violación al derecho de competencia, y que PROPHAR no ha sufrido ningún tipo de daño por el fracaso en la compra de la Planta.

19. El 8 de junio de 2009, mientras los procesos de apelación estaban en curso, la Demandante envió un oficio al Procurador General del Estado, en el cual inter alia: "MSDIA por medio del presente acepta la oferta hecha por la República del Ecuador de remitir las controversias de inversión para su resolución por medio de un arbitraje vinculante ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión ("CIADI"), de acuerdo con el Artículo VI del TBI [...] No obstante y sin el perjuicio al derecho del MSDIA de iniciar el arbitraje del CIADI en alguna futura fecha, MSDIA reserva sus derechos de seleccionar, en cualquier momento, cualquier forma de arbitraje establecido según el Artículo VI (3)(a) del TBI."
20. El 23 de septiembre de 2011, el Tribunal de apelación sostuvo la decisión del tribunal de primera instancia, pero redujo la cantidad de daños a \$150 millones de dólares.

F. LOS PRIMEROS PROCEDIMIENTOS DE LA CNJ

21. MSDIA y PROPHAR presentaron solicitudes de casación buscando la revisión de la decisión de la Corte de Apelaciones por la Corte Nacional de Justicia ('CNJ'), en el transcurso de las cuales MSDIA llamó la atención de la CNJ que el Consejo de la Judicatura de Pichincha había concluido que dos de los expertos solicitados por PROPHAR carecieron de conocimiento y experiencia en sus supuestas áreas de experticia, y que en consecuencia la acreditación de uno de ellos (el Sr. Cabrera) como un experto en daños había sido suspendida. Debería notarse en este punto, debido a la importancia que esto adquirió en etapas subsecuentes, que el informe del Sr. Cabrera concluyó que PROPHAR tenía el derecho a \$204 millones de dólares por el concepto de daños, por las ganancias no percibidas, y que el Tribunal debería

emitir un laudo adicional contra MSDIA a favor del "pueblo ecuatoriano" en un monto de más de \$642 millones de dólares.

22. El 29 de noviembre de 2011 se inició este arbitraje.

23. La sentencia de la CNJ, emitida el 21 de septiembre de 2012, determinó que la controversia entre NIFA y MSDIA no era una disputa antimonopólica, sino una controversia sobre la competencia desleal. Encontró que la Corte de Apelaciones no había podido justificar la base factual para su conclusión sobre responsabilidad y que había actuado *ultra petita* al calcular la compensación para un período de 15 años, con base en lo cual, encontró a MSDIA responsable de pagar la suma de \$1.570.000,00 dólares como la cantidad total de la compensación, incluyendo la pérdida y el daño de cualquier clase. El Tribunal de primera instancia ordenó que MSDIA pagara a PROPHAR ese monto, que fue puntualmente pagado por MSDIA.

G. LA PRIMERA ACCIÓN EXTRAORDINARIA PARA PROTECCIÓN EN LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

24. El 19 de noviembre de 2012, PROPHAR presentó una Acción Extraordinaria de Protección ('AEP') en la Corte Constitucional alegando una violación de sus derechos constitucionales, concretamente en cuanto al tratamiento de las pruebas del Sr. Cabrera y en cuanto a su derecho a una completa reparación; la cual además buscaba la adjudicación de una "compensación punitiva." MSDIA no era parte de la AEP, pero le fue concedida la oportunidad de participar como parte interesada. La decisión de la Corte Constitucional fue finalmente dictada el 12 de marzo de 2014. Sobre la base de que la CNJ se había equivocado al considerar prueba inadmisibles, anuló la decisión de la CNJ y remitió al caso para que un nuevo panel de la CNJ conociera las dos peticiones de casación *de novo*.

H. EL SEGUNDO PROCEDIMIENTO ANTE LA CNJ

25. El nuevo panel de la CNJ se pronunció el 10 de noviembre de 2014, anulando la sentencia de la Corte de Apelaciones, otra vez, ya que no encontró ninguna violación antimonopólica. Rechazó la competencia desleal como base para la responsabilidad, pero en sustitución invocó como fundamento la responsabilidad pre-contractual, por lo cual otorgó \$7.7 millones de dólares por concepto de daños.
26. Después de haberse rechazado su petición de aclaración y corrección en el cálculo de daños, MSDIA cumplió con la sentencia de la CNJ y pagó a PROPHAR en julio de 2015 el saldo de \$7.7 millones de dólares.

A. LA SEGUNDA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN PRESENTADA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

27. El 9 de enero de 2015, PROPHAR presentó una segunda AEP contra la nueva sentencia de la CNJ. Esta acción estuvo todavía pendiente al momento de la audiencia oral en el arbitraje en marzo de 2015 (arriba en el párrafo 6). La decisión de la Corte Constitucional en enero de 2016, concediendo la segunda AEP de PROPHAR, es la que ha provocado la presente nueva solicitud de MSDIA para medidas provisionales. En su decisión, la Corte Constitucional (a) anuló la sentencia de la CNJ del 10 de noviembre de 2014; (b) restauró los procedimientos subyacentes entre PROPHAR y MSDIA al estado en el que se encontraban antes de la sentencia; y (c) remitió las dos peticiones de casación a la Sala de Conjuces para Asuntos Civiles y Mercantiles de la CNJ, con la indicación de que, al hacerlo, la Sala debía "considerar [] la *decisum* o resolución así como los argumentos centrales que son la base la base de la decisión y que constituyen la *ratio* ; bajo prevenciones de aplicación de lo dispuesto en el Artículo 86 numeral 4 de la Constitución en caso de no hacerlo." Para llegar a esta decisión, la Corte Constitucional se basó en particular en una violación del derecho constitucional a la seguridad jurídica derivado del tratamiento que proviene del tratamiento dado al informe pericial del Sr. Cabrera, concretamente respeto de la valoración de los daños hecha por el Sr. Cabrera sobre la base de un período de 15 años, el cual se extendió hasta 2018.

28. El 29 de enero de 2016, la Corte Constitucional envió su decisión y el archivo del caso a la CNJ y notificó a la Demandante. El 3 de febrero de 2016, la Demandante presentó una petición de aclaración que buscaba inter alia un indicio de cómo la decisión de 2014 de la CNJ no había dejado de observar la decisión previa de la Corte Constitucional.
29. La Demandante, MSDIA, ahora solicita "medidas provisionales de protección dirigidas a Ecuador—incluyendo expresamente a sus tribunales, a su poder ejecutivo, y a su policía nacional— para que tome todas las medidas necesarias, dentro de su alcance, con el fin de prevenir la imposición de cualquier sentencia en contra de MSDIA en el caso de *PROPHAR c. MSDIA*, tanto dentro como fuera de Ecuador"³, e invoca en su respaldo los documentos presentados anteriormente, en su primera solicitud de medidas provisionales en 2012 (ver el párrafo 5 encima). La Demandante además manifiesta que la decisión de la Corte Constitucional "expone a MSDIA a la amenaza inmediata de la pérdida de su negocio en Ecuador" a través de la anulación de la decisión de la CNJ de 2014 y la consiguiente reincorporación de la sentencia de la Corte de Apelaciones; añade "[e]n virtud de las órdenes y amenazas hechas por la Corte Constitucional a la CNJ, hay un grave riesgo de que la CNJ emita una decisión final en contra de MSDIA ya sea afirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de \$150 millones de dólares o concediendo a *PROPHAR* una cantidad aun mayor a la mencionada."⁴
30. La Demandada afirma que la segunda petición de medidas provisionales debería ser desestimada.⁵ Exige que "la emisión de la decisión del 20 de enero de 2016 por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana en la controversia subyacente entre *PROPHAR c. MSDIA* expresamente no da origen a una 'necesidad urgente de medidas provisionales de protección.'"⁶ Y más allá de eso, que la Demandante no ha podido proporcionar algún hecho que demuestre que una nueva decisión de la CNJ le causaría daño, ni ha probado que cualquier daño sería irreparable.

³ Oficio de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, pág. 8.

⁴ Oficio de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, págs. 4-7.

⁵ Oficio de la Demandada al Tribunal, el 18 de febrero de 2016, pág. 9.

⁶ Oficio de la Demandada al Tribunal, el 18 de febrero de 2016, pág. 1.

31. Considerando las circunstancias particulares en las cuales la petición de las actuales medidas provisionales surge, los escritos remitidos por las Partes se han concentrado en los nuevos acontecimientos y en la situación presentada a raíz de la última sentencia de la Corte Constitucional. El Tribunal sin embargo ha considerado y ha abordado el tema teniendo en cuenta también las actuaciones de las Partes durante la Primera Petición de Medidas Provisionales, en un cuanto sean todavía relevantes.

32. Como se ha indicado (entre los párrafos 2-7 de arriba), los argumentos de las Partes han sido expuestos completamente, tanto por escrito como oralmente, y el Laudo del Tribunal está en un estado avanzado de preparación. Sin embargo, en ausencia de algún conocimiento de cómo el Tribunal decidirá sobre la jurisdicción o el fondo, las Partes no tienen más remedio que alegar sobre la presente solicitud como si todos estos asuntos estuvieran todavía por definirse. La Demandante afirma que, para el propósito de las medidas provisionales, ella sólo tiene que establecer *prima facie* que el Tribunal tiene jurisdicción, y cuando más un caso *prima facie* sobre el fondo, lo que en el último contexto significa nada más que una evaluación de plausibilidad y de razonabilidad del caso, y no una revisión completa.⁷ La Demandada insiste en que demostración *prima facie* sobre el fondo es un requerimiento estricto, pero no discute el estándar propuesto por la Demandante.⁸

J. EL ESTÁNDAR PARA EVALUAR UNA PETICIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES

33. La Demandante basa su petición en el Artículo 26 (1) del Reglamento de la CNUDMI, el cual establece que "el tribunal arbitral puede tomar cualquier medida provisional que considere necesaria con respecto a la materia en disputa." Sostiene que dicha disposición confiere a los tribunales una amplia autoridad para conceder una variada gama de potenciales recursos.

⁷ Transcripción de la Audiencia sobre Medidas Provisionales, pág. 20.

⁸ Transcripción de la Audiencia sobre Medidas Provisionales, pág. 88, 204.

34. La Demandante manifiesta que tanto la Corte Internacional de Justicia como la mayoría de los tribunales en casos de de tratados de inversión, que actúan bajo el Reglamento de la CNUDMI, han aplicado los tres requisitos siguientes para medidas provisionales de protección: (1) que el tribunal tenga jurisdicción *prima facie*; (2) que las medidas solicitadas sean necesarias para prevenir una amenaza de daño o perjuicio sustancial o irreparable; y (3) que exista urgencia debido ya que la amenaza de daño ocurrirá probablemente antes de que el proceso arbitral se haya concluido.
35. Además, la Demandante nota que una "minoría de los tribunales" ha considerado dos factores adicionales:⁹ (1) el balance el daño potencial causado al estado si las medidas provisionales solicitadas son concedidas, frente al daño causado al inversionista si las medidas no son concedidas; y (2) una demostración *prima facie* sobre el fondo por la Demandante.¹⁰ Aunque se cuestione que estos factores son ampliamente aceptados como un requisito para conceder medidas provisionales, la Demandante afirma que ha cumplido ambos.¹¹
36. La réplica de la Demandada es que las medidas provisionales son medidas extraordinarias que no pueden ser concedidas a la ligera. Al estar de acuerdo en términos generales con la Demandante en cuanto a los tres requisitos dispuestos en el párrafo 35 de arriba, la Demandada dice que la Demandante también debe cumplir con los dos requisitos adicionales de una constatación *prima facie* sobre el fondo y mostrar que la imposición de medidas no sería desproporcionada, basándose en un balance entre las cargas que soportarían las Partes.

K. JURISDICCIÓN DE PRIMA FACIE

37. El Tribunal no cree que tenga alguna utilidad recapitular en detalle en esta Decisión provisional los argumentos de las Partes en cuanto a la jurisdicción, , lo cual se hará

⁹ Transcripción de la Audiencia sobre Medidas Provisionales, pág. 19.

¹⁰ Petición de la Demandante de Medidas Provisionales, párrafos. 81-82.

¹¹ *Id.*

en su totalidad en el próximo Laudo. Recuerda simplemente que la Demandada afirma que el Tribunal manifiestamente carece de jurisdicción con fundamento en los tres argumentos: que la Demandante había hecho antes una opción exclusiva e irrevocable de arbitraje ante el CIADI, excluyendo el recurso subsecuente del arbitraje bajo el Reglamento de la CNUDMI; que la Demandante carece de alguna inversión protegida por el TBI; y que la Demandante en forma manifiesta ha incumplido la exigencia de agotar los recursos locales.¹²

38. En particular, la Demandada dice que, a falta del agotamiento de los recursos locales, no pudo haber ocurrido ninguna violación del TBI o del derecho internacional y por consiguiente no pudo haber surgido ninguna "controversia sobre inversión" bajo el Artículo VI del Tratado. La Demandada afirma que el agotamiento de los recursos locales es un requisito de todas las reclamaciones internacionales que provengan de una mala conducta judicial. La Demandada además afirma que la Demandante tenía el deber de presentar una AEP por su cuenta ante la Corte Constitucional, aun si esto constituyera un nuevo proceso, ya que obviamente aquel no sería un recurso fútil. La Demandada no acepta el argumento de la Demandante de que no puede requerírsele que agote todos los recursos locales posibles cuando existe un círculo interminable de sentencias de la CNJ y de la Corte Constitucional, ya que, afirma, es razonable creer que el círculo tendrá un final, tan pronto como la Corte Constitucional esté segura de que no queda ninguna violación constitucional.¹³ La Demandada añade que el hecho de que las sentencias de la CNJ sean ejecutables no exime a la Demandante del requisito de agotar los recursos locales; tener que cumplir con una sentencia es un daño normal que una Demandante puede sufrir en el proceso de agotar los recursos locales.

39. La Demandante por su parte, refuta estas objeciones. Sostiene en particular que la regla de los recursos locales es un asunto que pertenece al fondo y no a la jurisdicción,

¹² Oposición de la Demandada, párrafo. 79.

¹³ Oficio de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, págs. 9-10.

y que sus reclamaciones bajo el Artículo II (7) del TBI están, en ese sentido, sujetas como máximo a un "requisito calificado de agotamiento de los recursos locales". La Demandante sostiene que ha agotado en todo caso todos los recursos legales disponibles y efectivos, considerando, por una parte, que la CNJ es una Corte de último instancia en el sistema judicial ecuatoriano y, por el otro, que no debería requerirse que MSDIA busque una AEP completamente inefectiva por sí misma, ya que la regla de recursos locales no puede requerir que MSDIA inicie nuevos procedimientos por completo.

40. Por los motivos ya mencionados, el Tribunal no considera necesario o apropiado adelantarse a su futura decisión sobre las objeciones jurisdiccionales. Es suficiente decir que el Tribunal está satisfecho de la existencia de jurisdicción prima facie que respalde en este procedimiento una decisión sobre la sustancia de la solicitud de medidas provisionales presentada por la Demandante. .

I. LA NECESIDAD DE LAS MEDIDAS SOLICITADAS PARA PREVENIR UN DAÑO SUSTANCIAL E IRREPARABLE

41. La Demandante afirma que el daño a su negocio resultante de una nueva decisión de la Corte Nacional de Justicia sería sustancial e irreparable, ya que la ejecución de la sentencia en contra de ella acabaría "rápidamente" con su inversión en Ecuador.¹⁴ Según la Demandante, el riesgo de daño sustancial e irreparable a MSDIA es aún mayor ahora, después de la decisión de la Corte Constitucional, al que era en el mes de septiembre de 2012, antes de la primera decisión de la CNJ, porque los términos de la decisión implican que tendría cabida daños todavía mayores a la indemnización original de \$150 millones de dólares.¹⁵ La Demandante hace referencia a varios casos donde los tribunales arbitrales han emitido medidas provisionales que impiden a los

¹⁴ Carta de la Demandante al Tribunal, 23 de febrero de 2016, págs. 1-2; oficio de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, págs. 4-8.

¹⁵ Carta de la Demandante al Tribunal, 23 de febrero de 2016, pág. 1; oficio de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, pág. 5.

estados hacer cumplir las medidas legislativas en controversia o las órdenes judiciales.¹⁶

42. La Demandante además afirma que "[e]n virtud de las órdenes y amenazas hechas por la Corte Constitucional a la CNJ, existe un grave riesgo de que la CNJ emita una decisión final contra MSDIA ya sea afirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de \$150 millones de dólares o concediendo a PROPHAR incluso más que esa cantidad."¹⁷ Aunque está de acuerdo con la Demandada que como cuestión legal la Corte Constitucional no tiene el poder de limitar a la CNJ y de obligarla a emitir una cierta decisión,¹⁸ afirma que la Corte Constitucional ha "efectivamente obligado a la CNJ a emitir una gran indemnización a favor de Prophar prohibiéndole considerar pruebas independientes y requiriéndole aceptar el Informe de Cabrera,"¹⁹ "castig[ando] al anterior panel de la CNJ por no adoptar las conclusiones sobre los daños realizadas por la Corte de Apelaciones" y amenazando a los Jueces de la CNJ con sanciones si no obedecen.²⁰

43. La Demandante sostiene que la filial ecuatoriana de MSDIA no tiene activos suficientes para cumplir con la sentencia de la CNJ de \$150 millones de dólares;²¹ incluso antes de cualquier incautación de activos, MSDIA perdería a sus clientes claves, empleados, proveedores, distribuidores y arrendatarios quienes inmediatamente buscarían a nuevos proveedores confiables.²² Por consiguiente, "si la CNJ mantiene la decisión de la Corte de Apelaciones, el actual negocio de MSDIA en Ecuador sería destruido por completo."²³ La Demandante advierte que, además, es muy probable que PROPHAR

¹⁶ Petición de la Demandante de Medidas Provisionales, párrafos. 43-62.

¹⁷ Carta de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, pág. 7; Carta de la Demandante al Tribunal, 23 de febrero de 2016.

¹⁸ Carta de la Demandante al Tribunal, 23 de febrero de 2016, pág. 4.

¹⁹ Carta de la Demandante al Tribunal, 23 de febrero de 2016, pág. 4-5.

²⁰ Carta de la Demandante al Tribunal, 23 de febrero de 2016, págs. 5-7; Tercer Informe Pericial de Oyarte, 23 de febrero de 2016, párrafos 14-15.

²¹ Carta de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, pág. 7.

²² Carta de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, pág. 8.

²³ Carta de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, pág. 7.

intente ejecutar la sentencia con los activos de MSDIA en otros países, causando de esta forma un daño sustancial e irreparable al negocio.²⁴ Indica que varios tribunales arbitrales han rechazado expresamente la aseveración de que los demandantes que buscan medidas provisionales podrían simplemente pagar las cantidades en controversia y así evitar la amenaza de daño a sus negocios.²⁵

44. La Demandada refuta esta alegación afirmando que la Demandante no ha cumplido con su responsabilidad de demostrar que sufriría un daño que no sería reparado adecuadamente por una indemnización por daños;²⁶ la reparación pretendida por la Demandante ilustra "la naturaleza puramente económica de [su] presunto perjuicio."²⁷

45. La Demandada sostiene además que los argumentos de la Demandante se basan en una "distorsión total" de la decisión de la Corte Constitucional, que no contiene ningún perjuicio de responsabilidad de MSDIA o de daños por parte de PROPHAR, ni alguna orden de que la CNJ se base sobre las conclusiones de la Corte de Apelaciones, sino simplemente una crítica del razonamiento de la CNJ;²⁸

"[No] hay absolutamente nada en la decisión de la Corte Constitucional que inhiba el poder de la CNJ de rechazar las conclusiones y los cálculos de daños de la decisión de la Corte de Apelaciones (incluyendo su utilización del informe del Sr. Cabrera), que no vinculan a la CNJ. En efecto, la CNJ conserva su criterio para decidir que MSDIA no es responsable ante PROPHAR *en absoluto*."²⁹

²⁴ Carta de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, pág. 8; Petición de la Demandante de Medidas Provisionales, párrafos. 64- 67; Respuesta de la Demandante sobre las Medidas Provisionales, párrafo. 140.

²⁵ Respuesta de la Demandante sobre las Medidas Provisionales, párrafos. 136-137.

²⁶ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág. 2; Oposición de la Demandada, párrafos. 120, 128-129; Dúplica de la Demandada sobre las Medidas Provisionales, párrafos. 163-164.

²⁷ Dúplica de la Demandada sobre las Medidas Provisionales, párrafos. 161-163.; Oposición de la Demandada, párrafos. 132-133.

²⁸ Carta de la Demandada al Tribunal, 25 de febrero de 2016, págs. 6-9; Segundo Informa de Guerrero, párrafos 8-13; 46.

²⁹ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, págs. 4, 7 (notas al pie de página internas omitidas); Informe del Profesor Guerrero, 15 de febrero de 2016; Carta de la Demandada al Tribunal, 25 de febrero de 2016 pág.5.

Añade que "las referencias a [las potenciales sanciones por el incumplimiento] no son inhabituales en las decisiones de la Corte Constitucional sobre acciones extraordinarias de protección".³⁰

46. La Demandada niega que el negocio de la Demandante en Ecuador, aun menos todo su negocio, vaya a sufrir un daño irreparable como consecuencia de la amenaza de ejecución, ya que los estados de resultados de la Demandante mostraron, al menos en el momento de la Primera Solicitud de Medidas Provisionales, que sus operaciones no fueron afectadas por los procesos judiciales.³¹

47. La Demandada también sostiene que la Demandante podría evitar fácilmente el daño que alega resultaría de una sentencia adversa, por medio del pago de la sentencia contra la Demandante.³² Según la Demandada, no hay duda de que la Demandante tenga los medios financieros para cubrir con el pago de la peor sentencia que pudiera ser emitida en su contra;³³ la Demandada resume varios modos de financiamiento disponibles para la Demandante y su filial ecuatoriana con el objetivo de pagar cualquier sentencia adversa, si MSDIA quisiera hacerlo, a fin de proteger su negocio.³⁴ La Demandada concluye que no es el sistema judicial ecuatoriano el que causaría el daño irreparable a la Demandante, "es la Demandante por sí misma quien elegiría el daño irreparable."³⁵

³⁰ Carta de la Demandada al Tribunal, 25 de febrero de 2016, págs. 9-10; Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, p.6; Primer Informe de Guerrero, párrafos 41-43; Segundo Informe de Guerrero, párrafos 27-29.

³¹ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág.8

³² Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág.8

³³ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág.8; Oposición de la Demandada, párrafos 139-140; Transcripción de la Audiencia sobre Medidas Provisionales, pág. 106; Informe Pericial de Timothy H. Hart con fecha 24 de julio de 2012, párrafo 25 ("Informe de Hart").

³⁴ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág.8; Oposición de la Demandada, párrafos 157-163.

³⁵ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág.8; Oposición de la Demandada, párrafos 148-155; Transcripción de la Audiencia sobre Medidas Provisionales, pág. 107; Segundo Informe Pericial de Hart, párrafo 34.

48. El Demandado La Demandada nota finalmente que no es un beneficiario del juicio, lo que también distingue a las autoridades citadas por la Demandante.³⁶

M. URGENCIA

49. Según la Demandante, dado que la Corte Constitucional ya envió su sentencia y que el caso fue presentado de nuevo a la CNJ el 29 de enero de 2016, la CNJ podría decidir el caso dentro de un mes o seis semanas desde el momento en que recibió el archivo del caso, sobre todo porque se le ha dejado a la CNJ muy poco para decidir en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional.³⁷ La Demandante añade que la decisión "muy extraña" de la Corte Constitucional de enviar el archivo del caso a la CNJ sin esperar el vencimiento del período para peticiones de aclaración es ya un indicativo del intento por acelerar el proceso.³⁸

50. La Demandante niega que su petición de aclaración a la decisión de la Corte Constitucional reduzca la urgencia de su solicitud, ya que una petición de aclaración no puede afectar la esencia de la decisión de la Corte y ninguna de las preguntas planteadas tiene relevancia alguna sobre los puntos propuestos como base para la solicitud de medidas provisionales. Aunque la Demandante reconoce que no es posible predecir con certeza el momento para acciones adicionales en las Cortes de Ecuador, sostiene que hay un riesgo muy significativo de que la Corte Constitucional responda a la petición del MSDIA dentro de unos días y que a partir de entonces la CNJ emita rápidamente una nueva decisión.³⁹

51. La Demandada responde que según el Artículo 26 del Reglamento de la CNUDMI la presunta acción perjudicial para el solicitante debe ser inminente en el momento que

³⁶ Oposición de la Demandada, párrafo 168.

³⁷ Carta de la Demandante al Tribunal, 23 de febrero de 2016, págs. 2-3; Tercer Informe Pericial de Oyarte, 23 de febrero de 2016, párrafo. 29.

³⁸ Carta de la Demandante al Tribunal, 23 de febrero de 2016, págs. 3; Tercer Informe Pericial de Oyarte, 23 de febrero de 2016, párrafo. 27.

³⁹ Carta de la Demandante al Tribunal, 15 de febrero de 2016, pág. 1-2.

el solicitante hace su petición de medidas provisionales y que no simplemente pueda haber un daño antes del laudo final.⁴⁰ La Demandada afirma que la Demandante no cumple con el requisito de urgencia debido a que la Demandante no ha establecido si la Corte Nacional de Justicia va a emitir una decisión adversa a ella, cuando esa sentencia sea emitida, o cuando sea ejecutada.⁴¹

52. Al estar a pesar de estar de acuerdo con la Demandante en que es imposible predecir exactamente cuando la CNJ va a emitir su sentencia, el argumento de la Demandada es que "la experiencia pasada y las obligaciones procesales de los procedimientos de la CNJ establecen, de hecho, que no se puede esperar ninguna decisión hasta varios meses."⁴² La Demandada alude al tiempo que la CNJ necesitó para emitir sus dos sentencias anteriores en la controversia entre *PROPHAR c. MSDIA* después del último acto procesal de MSDIA admitido en los procedimientos (9 y 7 meses respectivamente),⁴³ y sostiene que "[no] hay por lo tanto ninguna razón para suponer que la CNJ decidirá antes del tiempo que el Tribunal está razonablemente esperando para emitir su laudo final simplemente porque la CNJ 'ahora tiene el poder de actuar en cualquier momento.'"⁴⁴

53. La Demandada insiste en que la Corte Constitucional no entorpeció de ningún modo la capacidad de la CNJ de decidir sobre el caso libremente y por consiguiente rechaza el argumento de la Demandante de que la CNJ va a emitir una sentencia rápidamente porque la Corte Constitucional la dejó con poco para decidir.⁴⁵ La "mera posibilidad

⁴⁰ Carta de la Demandada al Tribunal, 25 de febrero de 2016, págs.2-4; Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág.2.

⁴¹ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, págs.2-4; Carta de la Demandada al Tribunal, 25 de febrero de 2016, págs.2-4;

⁴² Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág.2-4; Carta de la Demandada al Tribunal, 25 de febrero de 2016, págs.2-3;

⁴³ Carta de la Demandada al Tribunal, 25 de febrero de 2016, pág.3; Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, págs.3-4;

⁴⁴ Carta de la Demandada al Tribunal, 25 de febrero de 2016, pág.2.

⁴⁵ Carta de la Demandada al Tribunal, 25 de febrero de 2016, pág.4.

de acción, que es de lo que se trata el argumento de MSDIA sobre la urgencia, no implica *la probabilidad* de acción."⁴⁶

N. BALANCE DE DIFICULTADES

54. La Demandante afirma que la cuestión del balance de dificultades solamente es considerada por un grupo pequeño de tribunales que maneja casos de inversionista-Estado, e incluso ahí sólo de forma auxiliar, no como un requisito previo para la adopción de medidas provisionales. Sin embargo, en su opinión, las medidas provisionales no impondrían un perjuicio desproporcionado a la Demandada en este caso; en el escenario improbable de que el Tribunal encuentre que la sentencia de la Corte de Apelaciones no resulta de una negación de justicia, PROPHAR podría hacer cumplir la sentencia sufriendo una tardanza gradual mínima, lo que no llegaría a ser una violación de derechos, según la Constitución Ecuatoriana o según la Convención Americana sobre Derechos Humanos ('CADH'). La Demandante afirma que una norma fundamental del derecho internacional es que un Estado no puede invocar su ley nacional para excusar o justificar la violación de una de sus obligaciones internacionales. Finalmente, la Demandante sostiene que, aun si el Tribunal encontrara que existe un daño potencial hacia la Demandada (o PROPHAR, si es relevante), este sería menor comparado con la pérdida total del negocio de la Demandante si las medidas provisionales no fueran concedidas.⁴⁷

55. La Demandada afirma que la proporcionalidad es un estándar internacionalmente reconocido según el Artículo 26 del Reglamento de la CNUDMI. La Demandada asevera que los derechos de MSDIA en cuestión son totalmente remediabiles por medio de daños monetarios, mientras que ordenar medidas provisionales "pondría a Ecuador en una situación imposible," excediendo cualquier beneficio que pueda otorgarle a la Demandante, en particular porque pediría a Ecuador violar su Constitución, sus leyes

⁴⁶ Carta de la Demandada al Tribunal, 25 de febrero de 2016, pág.3

⁴⁷ Carta de la Demandante al Tribunal, 23 de febrero de 2016, pág.2

nacionales, y la CIADH, ya que cualquier interferencia estatal en una controversia privada violaría los principios de independencia judicial y legalidad así como el derecho fundamental a la protección legal efectiva. La Demandada además sugiere que la Demandante tiene los recursos financieros necesarios para cumplir con la sentencia, y que MSDIA tiene otras alternativas disponibles para importar, distribuir y vender sus medicinas en Ecuador.

O. CAUSA *PRIMA FACIE* SOBRE EL FONDO

56. La Demandante argumenta que, en virtud de las Reglas de Arbitraje aplicables de la CNUDMI, por lo general no se considera el fondo en relación con una petición de medidas provisionales. De todas formas, la Demandante alega que “en la medida que el Tribunal considere que existe un [...] requisito *prima facie* sobre el fondo, MSDIA también cumplió fácilmente con ese requisito”.⁴⁸ Según la Demandante, el criterio *prima facie* solo exige que esta demuestre que las reclamaciones no son “a primera vista, frívolas o evidentemente ajenas a la competencia del Tribunal”.⁴⁹

57. Sobre el fondo, la Demandante alega que la Demandada cometió una denegación de justicia en contra de ella y por eso no cumplió con diversas obligaciones en virtud del TBI, entre ellas las obligaciones del trato justo y equitativo conforme al Artículo II(3)(a), el derecho a medios efectivos de reivindicar reclamaciones y exigir el cumplimiento de derechos en virtud del Artículo II(7), las obligaciones de protección y seguridad plenas en virtud del Artículo II(3)(a), y la prohibición de medidas arbitrarias o discriminatorias en virtud del Artículo II(3)(b).⁵⁰ La Demandante alega que debe probar o bien una mala conducta procesal o una decisión escandalosa, pero no ambas cosas.⁵¹ En todo caso, la Demandante afirma, la decisión más reciente de la Corte Constitucional prueba que MSDIA se encuentra “atrapada en una espiral

⁴⁸ Carta de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, pág. 5.

⁴⁹ Réplica de la Demandante sobre Medidas Provisionales, pár. 197-198.

⁵⁰ Memorial de la Demandante, pár. 255, 379-393; Memorial de Réplica, pár. 774-779.

⁵¹ Memorial de Réplica, pár. 298-304.

interminable de pleitos en Ecuador” y “confirma que MSDIA está siendo objeto de repetidas denegaciones de justicia en las cortes de Ecuador y que el sistema judicial ecuatoriano no brinda medios efectivos para reivindicar y defender reclamaciones, y hacer cumplir derechos”.⁵²

58. La Demandada alega que una parte que solicita medidas provisionales debe demostrar la probabilidad razonable de éxito de sus argumentos, bajo la hipótesis de que se presume que sus alegaciones fácticas son verdaderas. Si bien está de acuerdo en que la denegación de justicia podría consistir o bien en procedimientos fundamentalmente injustos o en un resultado sustantivo manifiestamente erróneo, la Demandada alega que los estándares que se aplican en cualquiera de los dos casos son sumamente altos y que los tribunales internacionales llamados a resolver sobre causas de denegación de justicia no pueden actuar como cortes de apelaciones sobre las decisiones de cortes locales. La Demandada se sustenta en la afirmación de que, en vista de la falta de una medida final por parte de la judicatura de Ecuador, y que la Demandante no puede probar que exista una excepción al requisito de agotamiento de los recursos locales, la Demandante no puede probar que exista un caso *prima facie* sobre el fondo.

59. La Demandada insiste en que una decisión judicial simplemente errónea o equivocada no se puede categorizar como una denegación de justicia; el hecho de que los peritos difieran en cuanto a si las decisiones de las cortes fueron correctas o no demuestra en sí que el error sustantivo no fue escandaloso.⁵³

60. Con respecto a la designación de un segundo grupo de peritos por parte de la Corte de Apelaciones, la Demandada afirma que se realizó en total cumplimiento del Derecho Procesal de Ecuador y que la falta de cumplimiento no sería por sí sola suficiente para fundamentar una denegación de justicia. La Demandada añade que la

⁵² Carta de la Demandante al Tribunal, 5 de febrero de 2016, pág. 9.

⁵³ Dúplica, pár. 329.

Demandante renunció a sus derechos de objetar al participar durante todo el proceso de designación, e incluso proponiendo el mecanismo por el cual se designó al Sr. Cabrera, y luego al no objetar inmediatamente. La Demandada además alega que no existe nada irregular en el hecho de que la Corte de Apelaciones se basó en los informes del segundo grupo de peritos porque el Derecho de Ecuador otorga discrecionalidad a la Corte en ese sentido.

61. La Demandada alega que la sentencia de la Corte Constitucional del 20 de enero de 2016 no deniega justicia a MSDIA,⁵⁴ sino que más bien demuestra que la acción extraordinaria de protección es un recurso efectivo que MSDIA debió haber utilizado como parte de su deber de agotar los recursos locales.⁵⁵ La Demandada niega que la Corte Constitucional, en su última sentencia, haya ordenado a la CNJ que decidiera sobre la causa de determinada manera;⁵⁶ simplemente ordena a la CNJ “que realice un análisis más completo de la causal de casación y las presentaciones sobre daños y perjuicios de las partes, en caso de que la CNJ encuentre que MSDIA es responsable ante PROP HAR, y no cómo debe resolver sobre esos asuntos”.⁵⁷

62. La Demandada finalmente rechaza el argumento de la Demandante de que MSDIA es objeto de una espiral interminable de sentencias que le deniegan la justicia; “[s]i el funcionamiento normal del sistema tuvo como consecuencia múltiples acciones extraordinarias de protección y múltiples decisiones de la CNJ, ello se debe a los rasgos particulares del ordenamiento jurídico ecuatoriano y no a que exista una conspiración para atrapar a MSDIA en una ‘espiral interminable de pleitos en Ecuador’”.⁵⁸

P. DECISIÓN

⁵⁴ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág. 9.

⁵⁵ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág. 9.

⁵⁶ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, pág. 10.

⁵⁷ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, págs. 4-7, 10.

⁵⁸ Carta de la Demandada al Tribunal, 18 de febrero de 2016, págs. 9-10.

63. Para llegar a su decisión sobre la Segunda Petición de la Demandante de Medidas Provisionales, el Tribunal ha revisado todos los alegatos escritos y la correspondencia de las Partes en relación con la petición original de medidas preliminares presentada en 2012, y la petición actual presentada en 2016. También tomó en cuenta los alegatos orales de las Partes en la audiencia sobre medidas provisionales que se realizó en 2012. El Tribunal agradece a las partes por haber presentado sus argumentos sobre las medidas provisionales con tanto cuidado y de manera tan completa. Sin embargo, no encuentra que sea necesario en las circunstancias específicas responder detalladamente a todos los argumentos y alegatos ya resumidos.
64. El Tribunal emite esta Decisión en una etapa de los procedimientos arbitrales en la que la causa ya fue argumentada a cabalidad, tanto de manera escrita como oral, y el Tribunal emitirá su Laudo final en un futuro cercano. Por tal motivo, esta Decisión incorpora anteriormente solo un recuento abreviado de los antecedentes fácticos y procesales, excepto en lo relativo a la cuestión de las medidas provisionales. Nada de lo que aparece en esta Decisión debe considerarse como una resolución adelantada de tales cuestiones, con respecto a la jurisdicción y el fondo, las cuales se determinarán dentro de poco de manera definitiva en el Laudo.
65. Las facultades del Tribunal respecto del otorgamiento de medidas provisionales son los expuestos en el Artículo 26 de las Reglas de la CNUDMI, el cual lo autoriza a “adoptar las medidas provisionales que considere necesarias respecto de la materia de la controversia”. Las Partes coinciden en que esas facultades son amplias y generales, y están diseñadas para permitir que un tribunal adopte cualquier curso de acción que considere adecuado para la circunstancia específica del caso individual, en el contexto de que las circunstancias de los casos individuales pueden variar mucho y no se pueden predecir por adelantado. Vale la pena observar además que, como está formulado en la Regla, el criterio de si las medidas provisionales son necesarias, y en tal caso qué medidas específicas son adecuadas, queda en manos del

propio Tribunal, en ejercicio de la amplia medida de discrecionalidad que se le ha otorgado. En vista de ello, el Tribunal no considera que esté obligado en forma alguna por las decisiones de otros tribunales arbitrales respecto al otorgamiento o denegación de medidas provisionales, y todavía menos cuando la decisión del tribunal en cuestión se tomó conforme a algún otro sistema de tratados o norma procesal que puede contener sus propios requisitos específicos. No obstante, el Tribunal buscará guía, en la medida en que sea adecuado, en la forma en que otros tribunales (y en especial la Corte Internacional de Justicia) han abordado en principio la cuestión de otorgar medidas provisionales en una etapa en la que la jurisdicción del Tribunal para conocer la causa todavía no ha sido objeto de un fallo definitivo.

66. Está totalmente fuera de duda que las circunstancias del presente caso son poco habituales. Su carácter especial surge del hecho de que las quejas de la Demandante son en contra de las medidas de las cortes del Estado Demandado, pero en circunstancias en que las cortes de la Demandada todavía no se han manifestado de manera definitiva, aunque (afirma la Demandante) cuando lo hagan, y si la decisión de estas va en un sentido en vez del otro, ello la llevará a encarar de manera inmediata un perjuicio sustancial o irreparable. Ese es el hecho central que ha sido el elemento principal del argumento entre las Partes ante el Tribunal en todas las etapas de los procedimientos. La Demandada saca la conclusión de que la Demandante, en estas circunstancias, simplemente no tiene derecho a dirigirse al Tribunal para el otorgamiento de medidas interinas, pues no tiene derecho ni reclamación conforme al TBI mientras la cuestión en disputa permanezca abierta ante las cortes, y porque como máximo no puede demostrar otra cosa más que un riesgo especulativo de perjuicio sustancial o irreparable, dado que no existen medios de predecir de qué forma resolverán al final las cortes. El Tribunal puede aceptar, hasta cierto punto, la segunda de esas proposiciones, pero no la primera. Aunque la decisión definitiva del Tribunal todavía queda por emitirse, a primera vista los intereses de la Demandante en Ecuador sí constituyen una 'inversión' en virtud del TBI. El Tribunal no tiene ninguna duda de que, desde el momento en que un demandante demuestra que tiene

una 'inversión' en Ecuador, adquiere conforme al TBI el derecho a que esa inversión sea tratada de manera justa y equitativa, y a disfrutar respecto de esa inversión de las otras protecciones establecidas en el Artículo II. La cuestión en disputa no es tanto la existencia de un derecho conforme al TBI (aunque eso, también, será objeto de un fallo del Tribunal en su Laudo próximo), sino más bien una diferencia en cuanto a si ese derecho fue o no vulnerado como para que entren en juego las disposiciones de arbitraje establecidas en el Artículo VI. El Tribunal no tiene ninguna duda, como se evidencia por la profundidad y la extensión de los argumentos sustantivos expuestos ante este por ambos lados, de que, para los fines presentes, no se precisa nada más para establecer, del lado de la Demandante, una causa debidamente defendible en cuanto al fondo.

67. En cuanto a la segunda proposición de la Demandada, respecto del carácter especulativo del perjuicio alegado, si bien el argumento presentado es innegable fácticamente, son las consecuencias lo que causan gran dificultad al Tribunal. Un demandante tendría que verse obligado a esperar hasta haber sufrido el perjuicio concreto que previó, no simplemente a fundamentar su causal de acción para obtener una reparación y reparar el incumplimiento de sus derechos sustantivos, sino que además tendría que fundamentar su derecho a dirigirse al Tribunal en busca de las medidas que el propio Tribunal pudiera juzgar adecuadas para evitar que el perjuicio se vuelva sustancial o irreparable, a la espera de que el Tribunal resuelva de manera definitiva en cuanto a su jurisdicción y/o el fondo sustantivo de la controversia. Eso forma un círculo inextricable. El Tribunal no puede aceptar que se haya tenido la intención de circunscribir – o en realidad anular o evitar— de esta manera la generalidad de sus facultades para otorgar una reparación provisional.

68. Queda pendiente, en las pruebas específicas planteadas por la Demandante, y en vista de los argumentos contrarios de la Demandada, si las circunstancias son adecuadas para que se otorguen medidas interinas, y (tal vez de igual importancia) qué medidas

serían adecuadas para las circunstancias específicas, dado el carácter poco habitual ya descrito.

69. Con respecto al primero, y volviendo para tal efecto a la guía que se puede obtener de las decisiones de otros tribunales, el Tribunal acepta el análisis de la Demandante de que los tres elementos centrales que se han planteado son la jurisdicción *prima facie*, una amenaza de perjuicio sustancial o irreparable, y la urgencia. El Tribunal no ve la necesidad, para los efectos presentes, de entrar en la cuestión de si en todos los casos es adecuado considerar otros elementos, como el equilibrio de dificultades o un caso *prima facie* sobre el fondo.

70. Basándose en la distinción elaborada más arriba entre la existencia de derechos en virtud del TBI y su vulneración, y en vista de la definición de ‘disputa sobre una inversión’ en el Artículo VI(1) del TBI, el Tribunal está convencido de que la Demandante ha presentado suficientes pruebas de jurisdicción *prima facie* para los efectos presentes. El Tribunal también está convencido de que, para los fines de la presente decisión, la Demandante ha presentado una prueba *prima facie* de que no tiene prohibido escoger a la CNUDMI como foro del presente arbitraje en virtud del Artículo VI(3)(a) del TBI debido a que antes dio su consentimiento al arbitraje del CIADI en su Notificación de Controversia, según la interpretación que la Demandante da al Artículo VI(3). Las cuestiones que queden respecto de si la Demandante agotó los recursos internos en Ecuador para los efectos de una reclamación conforme al TBI se abordarán asimismo en el Laudo final del Tribunal.

71. Con respecto a la magnitud y la urgencia del perjuicio previsto, el Tribunal ha estudiado detenidamente las opiniones periciales del Dr. Rafael Oyarte presentado por la Demandante y del Dr. Juan Francisco Guerrero del Pozo presentado por la Demandada. Una vez hecho eso, el Tribunal se encuentra en el medio de dos perspectivas que son diametralmente contrarias manifestadas por dos peritos en Derecho sumamente cualificados y muy respetados, sobre el significado y el efecto

del Derecho de Ecuador que rige las respectivas facultades y atribuciones de la Corte Constitucional y de la Corte Nacional de Justicia la una con respecto de la otra. Eso pone al Tribunal en una situación de la que no existe escapatoria evidente. El Tribunal no puede erigirse en autoridad final para decidir el desacuerdo existente entre estos dos prominentes peritos en Derecho. Sin embargo, en el análisis final, el Tribunal llega a la conclusión de que es justamente la imprevisibilidad del funcionamiento del Derecho de Ecuador lo que constituye un factor fundamental en el contexto presente. Puede ser correcto desde un punto de vista teórico, como el Dr. Guerrero del Pozo ha instado al Tribunal, que la Corte Constitucional tiene un mandato estrictamente limitado, uno que no le permite influenciar o determinar la decisión sustantiva de la Corte Nacional de Justicia o de las cortes civiles inferiores en un caso puesto ante estas. Pero aunque sea así en teoría, ello no parece ofrecer una explicación adecuada de la forma en que las cortes ecuatorianas se han conducido concretamente respecto de la materia de la controversia específica ante el Tribunal. El Tribunal no puede evadir la conclusión de que existen ciertos aspectos de la última Sentencia de la Corte Constitucional los cuales, a primera vista, son fuera de lo común y, por lo tanto, suscitan la aprehensión justificable de parte de la Demandante (como ha planteado el Dr. Oyarte) de que su finalidad es ejercer influencia en el resultado de la decisión futura de la Corte Nacional de Justicia lo cual resultará en un grave perjuicio (a la Demandante). Se debe recordar en este sentido que la sustancia de la controversia planteada ante el tribunal por la Demandante, MSDIA, no es respecto del funcionamiento teórico del ordenamiento jurídico de Ecuador, sino más bien sobre el efecto de las decisiones que concretamente han estado surgiendo de dicho ordenamiento sobre los intereses jurídicamente protegidos de MSDIA. Existe una conexión inevitable, como lo ve el Tribunal, entre las cuestiones de imprevisibilidad y de urgencia. La posición de la Demandada en cuanto a demostrar con pruebas jurídicas que no existe urgencia no es superior a la posición de la Demandante en cuanto a probar que el perjuicio que teme es forzosamente inminente. Habiendo dicho esto, la Demandante tuvo éxito en convencer al Tribunal de que no se puede desechar la posibilidad de que ocurra la peor situación, y que las

consecuencias, si ocurriese esa peor situación, serían suficientemente graves como para justificar medidas provisionales.

72. La pregunta más difícil es entonces qué medidas es adecuado adoptar en las circunstancias específicas y poco habituales del caso presente. El Tribunal es profundamente consciente de la importancia del principio de que las cortes de Ecuador, al igual que las cortes de cualquier otro país, deberían ser independientes y estar libres de influencia de parte del poder Ejecutivo. La independencia de la judicatura representa un principio esencial del estado de derecho que se debe respetar. El Tribunal observa, sin embargo, que la cuestión subyacente es una que han encarado otros órganos judiciales internacionales, entre ellos, en varias ocasiones recientes, la propia Corte Internacional de Justicia, tanto en el contexto de sentencias sobre el fondo de controversias y en el contexto de medidas provisionales, y nunca se determinó que impidiera la cuestión de una reparación debidamente formulada. Desde luego, es un punto de coincidencia entre las Partes del presente arbitraje y el Tribunal, que en virtud del derecho internacional, los actos y omisiones de las Cortes activan la responsabilidad internacional del Estado de la misma forma que otros órganos del Estado.

73. Las medidas que se ordenan a continuación fueron formuladas con detenimiento teniendo presentes tales principios. Fueron diseñadas para hacerse sentir solo una vez que la amenaza para los intereses de la Demandante llegue al nivel necesario de gravedad. También fueron diseñadas para que incorporen un elemento de flexibilidad a fin de permitir que se tomen en cuenta los acontecimientos futuros. Las Partes deben prestar atención específica en ese sentido al párrafo 1B, que sigue.

Por tales motivos, el Tribunal, de acuerdo con el Artículo 26 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de 1976:

1. **Ordena** que, en caso de una Sentencia pronunciada por la Corte Nacional de Justicia que restablezca, en su totalidad o en parte, las sentencias de la Corte de Primera Instancia o de la Corte de Apelaciones en el pleito de PROPHAR en contra de MSDIA:

- A. Ecuador inmediatamente asegure, por los medios que escoja, que se suspendan todos los procedimientos y acciones posteriores dirigidos hacia la ejecución de las sentencias mencionadas más arriba a la espera del pronunciamiento del Laudo final por parte del Tribunal, y que informe al Tribunal de la medida adoptada en tal sentido;
- B. Cualquiera de las dos Partes del Arbitraje podrá posteriormente solicitar al Tribunal la variación de esta Orden a la luz de los términos de la Sentencia de la Corte Nacional de Justicia.

2. Ordena además que Ecuador está obligado a comunicar esta Orden sin demora a la Corte Nacional de Justicia y a cualquier otra autoridad con jurisdicción para ejecutar las sentencias mencionadas en el párrafo 1 anterior.

3. Solicita que si las partes son notificadas de la fecha o probable fecha de la Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, deberán informar al Tribunal de ello.

(Firmado)
Juez Stephen M. Schwebel
Fecha: 6 de marzo de 2016
2016

(Firmado)
Juez Bruno Simma
Fecha: 6 de marzo de

(Firma)
Sir Franklin Berman KCMG QC
(Árbitro Presidente)
Fecha: 5 de marzo de 2016