

**Caso PCA No. 2012 – 10**

**EN EL ASUNTO DE UN ARBITRAJE EN EL MARCO DEL REGLAMENTO  
DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI DE 1976 EN VIRTUD DEL TRATADO  
ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE  
INVERSIONES, SUSCRITO EL 27 DE AGOSTO DE 1993**

**-entre-**

**MERCK SHARP & DOHME (I.A.) LLC**

**(La “Demandante”)**

**-Y-**

**LA REPÚBLICA DE ECUADOR**

**(La “Demandada, en conjunto con la Demandante, las “Partes”)**

---

**SEGUNDA ORDEN SOBRE MEDIDAS PROVISIONALES**

---

*Tribunal*

Sir Franklin Berman KCMG QC (Presidente)

Juez Stephen M. Schwebel

Juez Bruno Simma

*Asistente para el Tribunal*

Sra. Amal Clooney

*Secretario Relator del Tribunal*

Sr Martin Doe Rodríguez

**6 de septiembre de 2016**

### A. Introducción

1. El 7 de marzo de 2016, el Tribunal emitió una Decisión sobre Medidas Provisionales en virtud del artículo 26 del Reglamento de la CNUDMI de 1976 (la “Orden de Medidas Provisionales” u “Orden” en el cual ordenó lo siguiente:

1. **Ordene** que, en el supuesto de una Sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia que reincorpore las sentencias de la Corte de primera instancia o la Corte Provincial en el litigio por PROPHAR contra MSDIA.
  - 1) Ecuador deberá garantizar, a través de los medios de su propia elección, que todos los procesos y acciones orientadas a la ejecución de las mentadas sentencias se suspendan hasta que el Tribunal emita su Laudo definitivo, y deberá informar al Tribunal sobre la medida que ha adoptado a tal efecto;
  - 2) Cada Parte en el Arbitraje podrá solicitar al Tribunal una variación de esta Orden en vista de los términos de la Sentencia de la Corte Nacional de Justicia.
2. **Ordena además** que el Ecuador tiene la obligación de comunicar esta Orden sin dilación a la Corte Nacional de Justicia y toda otra autoridad competente para ejecutar las sentencias referidas en el párrafo 1 *supra*.
3. **Solicita que**, las partes mantengan al Tribunal informado si poseen conocimiento de la fecha o la fecha estimada de la Sentencia de la Corte Nacional de Justicia.

2. El 4 de agosto de 2016, la Corte Nacional de Justicia (CNJ) emitió su Sentencia (“la nueva Sentencia de la CNJ”), misma que la Demandante trasladó al Tribunal al día siguiente y en una versión completa el 9 de agosto de 2016, seguida por una traducción al inglés el 11 de agosto de 2016 y adjuntando una solicitud urgente de una nueva decisión que confirmara la solicitud de una Orden de Medidas Provisionales a la nueva Sentencia de la CNJ. Esta luego fue ampliada en el curso de posterior correspondencia para incluir, en subsidio, una solicitud de una nueva decisión que variara los términos de la Orden para tomar en cuenta la nueva Sentencia de la CNJ.

3. En estas circunstancias, el Tribunal considera que no es necesario recitar una vez más los antecedentes procesales y fácticos de un arbitraje o la representación de las Partes. La presente Decisión deber ser leída en conjunto con la Orden de Medidas Provisionales para dichas finalidades. Consecuentemente, no incluirá más que una descripción breve de la correspondencia y un resumen de las presentaciones escritas y orales de las Partes con respecto a la Sentencia de la CNJ. Los antecedentes fácticos y el historial procesal serán incluidos en el próximo Laudo del Tribunal.

### B. ANTECEDENTES PROCESALES

4. Mediante oficio de fecha 12 de marzo de 2016, la Demandada informó al Tribunal respecto a que el Procurador General de Ecuador, cumpliendo con la Orden de Medidas Provisionales, había comunicado sus términos junto con una traducción no oficial a los Jueces alternos de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, al Juez Titular de la Unidad Judicial Civil del Distrito Metropolitano de Quito,

con copias al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de la Judicatura.

5. La nueva Sentencia de la CNJ en el litigio *PROPHAR c. MSDIA* fue emitida el 5 de agosto de 2016. Le concedía US\$ 41.966.571,60 a PROPHAR en daños por responsabilidad pre-contractual.

6. En su oficio del 10 de agosto de 2016, la Demandante solicita al Tribunal: (i) que confirme que la Orden de Medidas Provisionales aplica a la nueva Sentencia de la CNJ y que Ecuador por tanto, tiene la obligación de “garantizar, a través de los medios de su propia elección, que todos los procesos y las acciones orientadas a la ejecución de la Sentencia se suspendan hasta que el Tribunal emita su Laudo Definitivo”; (ii) que “ordene al Ecuador que mantenga al Tribunal informado acerca de las medidas particulares que ha adoptado y que adoptará para asegurar el cumplimiento con la Decisión del Tribunal, según se le ordena en virtud de los términos de la Decisión”.

7. Mediante oficios del 9 y el 11 de agosto del 2016, el Tribunal le recordó a las Partes de los términos de la Orden de Medidas Provisionales con respecto a la ejecución (ver *supra*), y: (a) le ofreció a las Partes la oportunidad, en vista del aparente significado de la nueva sentencia de la CNJ, a que presenten sus observaciones sobre los efectos de la misma en sus escritos finales en el arbitraje y en otros aspectos, y (b) solicitó que la Demandada respondiera a la pregunta respecto a si la nueva Sentencia de la CNJ entraba en el alcance de la Orden de Medidas Provisionales, así como indicara al Tribunal las medidas que había adoptado para cumplir con el párrafo 2 de la Orden y cualquier medida que había adoptado en vista del párrafo 1.A. de la Orden.

8. Mediante oficio del 13 de agosto de 2016, la Demandada se opuso a la petición de la Demandante, fundándose en el hecho que la Sentencia de la CNJ no estaba dentro del alcance de la Orden de Medidas Provisionales; recordó las medidas que había tomado el Procurador del Ecuador (párrafo 4 *supra*).

9. Tras otro intercambio de correspondencia entre las Partes y el Tribunal los días 13, 15 y 16 de agosto de 2016, la Demandante aclaró, vía correo electrónico, que su petición en primer lugar solicitaba que el Tribunal debía confirmar que la nueva Sentencia de la CNJ se encontraba dentro del alcance de la Orden de Medidas Provisionales y que, solo si el Tribunal concluía lo contrario, el Tribunal debía modificar su Orden para protegerla de la ejecución de la Sentencia.

10. El 17 de agosto de 2016, la Demandada, por su parte, alegó: (i) que la Orden de Medidas Provisionales no aplicaba a la nueva Sentencia de la CNJ; (ii) que la solicitud de la Demandante para que se variaran los términos de la Orden eludiría los requisitos para medidas provisionales; (iii) que Ecuador había cumplido con los términos de la Orden a cabalidad; (iv) y que cualquier cronograma para presentaciones adicionales debería tomar en cuenta la fecha límite de cualquier Acción Extraordinaria de Protección que pudiera ser presentada en contra de la Sentencia de la CNJ.

11. El 18 de agosto de 2016 la Demandante, mediante correo electrónico, objetó al “intento unilateral [de la Demandada] por cambiar el procedimiento establecido por el Tribunal para presentaciones escritas respecto de las impugnancias de la sentencia de la CNJ”, y señaló que la Demandada no había podido confirmar que Ecuador tomaría todas las medidas para preservar el *status quo* hasta que el Tribunal emitiera su decisión sobre la solicitud de la Demandante.

12. El 22 de agosto de 2016, se realizó una audiencia mediante conferencia telefónica. Todos los miembros del Tribunal, y los Representantes y Asesores de ambas Partes, participaron en la audiencia, así como el Asistente del Tribunal y los miembros de la CPA. Hubieron dos rondas de argumentos orales y las Partes respondieron a las preguntas del Tribunal. Al concluir la audiencia, el Tribunal permitió que cada Parte presentara documentos adicionales, mismos que fueron presentados oportunamente al día siguiente.

13. El 24 de agosto de 2016, la Demandada solicitó el permiso del Tribunal para presentar una breve respuesta a un argumento nuevo que presentó la Demandante durante la audiencia. El Tribunal lo otorgó y le concedió a la Demandante la posibilidad de replicar brevemente a los comentarios de la Demandada, una vez que estos fueran presentados. Las respuestas de las Partes fueron recibidas oportunamente el 24 y el 26 de agosto, respectivamente.

### **C. LA NUEVA SENTENCIA DE LA CNJ DEL 4 DE AGOSTO DE 2016**

14. En base a las presentaciones escritas y orales de las Partes, mismas que han sido descritas anteriormente, y la traducción al idioma inglés presentada por la Demandante, el Tribunal comprende que la naturaleza fundamental de la Sentencia de la CNJ es la siguiente: -

- a. La CNJ “revocó parcialmente” la sentencia de la Corte Provincial del 23 de septiembre de 2011, porque omitió “ampliar la norma sustantiva que se indica en el punto 6.5.2. [Artículo 4 de la Ley 200 – 12 (Registro Oficial No. 59 del 17 de abril de 2000)] y tampoco proporcionó suficiente motivación en el punto 6.2.1 en la sección SEIS de esta decisión”.
- b. La CNJ después procedió “a hacer de veces de corte de instancia, para completar y rectificar los errores y emitir una sentencia en mérito de los hechos que se establecieron en la sentencia, según lo dispone el Artículo 16 de la Ley de Casación”.
- c. La CNJ concluyó que MSDIA era responsable extra-contractualmente, al haber cometido un acto que generaba responsabilidad extracontractual en virtud del artículo 2211 del Código Civil del Ecuador.
- d. El monto por concepto de daños fue calculado en base de un peritaje que fue preparado por el Sr. Cabrera durante el proceso ante la Corte Provincial. Posteriormente, se aplicaron los resultados obtenidos en ese informe y se obtuvo la utilidad máxima del 20 % permitida por el Artículo 4 de la Ley Ecuatoriana sobre la Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano del 27 de abril del 2000.
- e. En base a esto, a PROPHAR se le otorgó US\$ 41.966.571,60 por concepto de daños.

**D. LAS PRESENTACIONES DE LAS PARTES SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA ORDEN SOBRE MEDIDAS PROVISIONALES PARA LA NUEVA DECISIÓN DE LA CNJ**

**1. La Posición de la Demandante**

15. La Demandante presentó su solicitud por escrito según los siguientes términos:  
Que el Tribunal emita una orden:

- 1) confirmando que su decisión del 7 de marzo de 2016 aplica a la Sentencia de la CNJ del 4 de agosto de 2016 y por tanto, Ecuador tiene la obligación de “garantizar, a través de los medios de su propia elección, que todo proceso y acción orientada hacia la ejecución de las [Sentencia de la CNJ del 4 de agosto de 2016] sea suspendida hasta que el Tribunal emita su Laudo Definitivo” (o en subsidio, variar los términos de su decisión del 7 de marzo de 2016 para cubrir la Sentencia de la CNJ del 4 de agosto de 2016);
- 2) ordenando que todas las funciones del gobierno del Ecuador, incluyendo la función judicial y ejecutiva, se aseguren de que todos los procedimientos y las acciones posteriores dirigidas hacia la ejecución de la Sentencia de la CNJ del 4 de agosto de 2016 sean suspendidas hasta que el Tribunal las notifique con su Laudo definitivo; y,
- 3) ordenando que Ecuador informe al Tribunal de las medidas particulares que ha tomado en este sentido, según los términos de la Decisión del Tribunal.

16. Esto lo justificó, alegando que la Primera Decisión “pretendía impedir la ejecución de una sentencia en contra de MSDIA que perpetuaría los efectos de las sentencias cuestionadas de la corte de instancia y la corte provincial” y que la nueva Sentencia de la DNJ reincorpora, por lo menos parcialmente, la sentencia de la Corte Provincial, según lo demuestra el que la misma CNJ señaló que solo revocaba parcialmente la decisión de la Corte Provincial de Justicia. La Sentencia rechaza las causales de casación propuestas por MSDIA y, en específico, adopta la evaluación de la Corte Provincial respecto a las pruebas con relación a responsabilidad y daños y el cálculo de daños que desarrolló la Corte Provincial. Además, la CNJ solo redujo la orden sobre daños a una porción de los daños otorgados por la Corte Provincial, pero, al hacerlo, se fundamentó exclusivamente, para razonar su ajuste al quantum de daños, en el “peritaje evidentemente ilógico y probablemente corrupto que preparó el Sr. Cristian Cabrera”, no obstante que las dos decisiones de la CNJ ya habían rechazado este informe por considerarlo ilógico.

17. La Demandante concluye que Ecuador tiene una obligación subsistente de tomar medidas para impedir la ejecución de la nueva Sentencia, con las que no ha cumplido. Ecuador podía, por ejemplo, haber instruido a los “oficiales del ejecutivo, responsables de ejecutar las sentencias civiles, a que no tomaran ninguna medida para cumplir con la Sentencia de la CNJ del 4 de agosto de 2016”.

18. La Demandante niega el argumento de que las medidas interinas del Tribunal interfieren con la independencia de la judicatura de Ecuador, puesto que el artículo 363 del Código Orgánico de Procesos del Ecuador requiere que los jueces nacionales ejecuten los laudos arbitrales internacionales y las “órdenes preventivas” emitidas por

tribunales arbitrales internacionales, tal como la presente. Ecuador no puede, en ningún caso, justificar las limitaciones de su derecho interno como una defensa para no cumplir con sus obligaciones internacionales. Con respecto a las otras disposiciones del Código Orgánico de Procesos en las cuales se respaldó la Demandada, estas contienen normas que solo abarcan a cortes nacionales y no involucran a tribunales arbitrales internacionales. De acuerdo a la Demandante, la autoridad de un tribunal arbitral internacional para emitir medidas provisionales es más amplia que aquella que contiene el Código Orgánico de Procesos del Ecuador – según se puede observar del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el Artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador – y el artículo 363 requiere la ejecución de estas medidas provisionales así estas no estén detalladas en el Título III del Código Orgánico de Procesos.

19. Finalmente, la Demandante recuerda y reitera su anterior escrito en el que argumenta que la ejecución de una Sentencia de la CNJ causaría un daño irremediable; es decir, la destrucción del negocio de MSDIA en Ecuador, considerando que el monto otorgado por la Tercera Sentencia de la CNJ excede el valor total de los activos de la división ecuatoriana de MSDIA. La Demandante arguye que precisamente este fue el riesgo que intentó impedir la Primera Decisión sobre Medidas Provisionales, independientemente de si la CNJ otorgaba una compensación por concepto de daños de US\$ 150 millones o un monto menor. Asimismo, reitera la urgencia, dada la probabilidad de una ejecución celeré puesto que la CNJ había rechazado explícitamente la Orden de Medidas Provisionales y había invocado “una amenaza de sanciones penales de la Corte Constitucional contra cualquier juez que no cumpliera las ordenes de la Corte Constitucional”. Es posible que el proceso de ejecución, incluyendo la confiscación de los activos de MSDIA, se complete antes de inicios de septiembre del 2016.

## **2. La Posición de la Demandada**

20. Para refutar estos argumentos, la Demandada sostiene que la nueva Sentencia de la CNJ no “revoca, ni en su integridad, ni parcialmente, las sentencias de la Corte de Instancia o la Corte Provincial” en los términos del párrafo 1.A de la Orden de Medidas Provisionales. Por tanto, no ha tomado ninguna medida con respecto a ese párrafo, pero eso no implica un incumplimiento de esa Orden, puesto que la única obligación que surge de ella es aquella consignada en el párrafo 2, misma que ya se había cumplido (véase párrafo 4 *supra*).

21. La Demandada sostiene que la nueva Sentencia de la CNJ no reintegra la decisión de la Corte Provincial porque, al aceptar dos de las causales de casación que planteó MSDIA, anuló la decisión de la Corte Provincial y, en consecuencia, emitió una nueva sentencia que sustituyó y no reincorporó la decisión de la corte inferior. Además, (i) la CNJ concluyó que MSDIA era responsable exclusivamente por la comisión de un acto extracontractual no intencional y no era responsable por violaciones a la competencia según lo había declarado la Corte Provincial; (ii) la CNJ reexaminó las pruebas presentadas por ambas partes en el litigio nacional; (iii) si bien la CNJ no cuestionó la admisibilidad del Informe de Cabrera, sí revisó el contenido del Informe, hecho que se puede observar por la cantidad de correcciones al monto de daños especificado por el perito y otorgados por la Corte Provincial.

22. La Demandada también sostiene que la Orden de Medidas Provisionales, si fuese aplicada en la manera que propone la Demandante, impondría una “carga

tremenda, incluso desproporcionada” sobre Ecuador, puesto que aplicaría a cualquier decisión de la CNJ independientemente del laudo emitido contra MSDIA. La Demandada sostiene, al contrario, que la finalidad de la Orden, según es evidente de los términos y de las presentaciones de la Demandante durante los procesos que llevaron a la Orden, estaba meramente diseñada para proteger a MSDIA de una sentencia de US\$ 150 millones o más. De acuerdo a la Demandada, la Demandante, de hecho “nunca planteó ningún otro ‘estándar necesario’ de gravedad”.

23. La Demandada sostiene que la CNJ no rechazó la Orden de Medidas Provisionales y que, en cualquier caso, no se dirigía a la CNJ misma, sino a los jueces responsables de ejecutar la Sentencia de la CNJ; todo lo que dijo la CNJ fue que la Orden violaba disposiciones de la Constitución ecuatoriana en el sentido que pretendía intervenir con la autonomía interna y externa de la CNJ.

24. La Demandada además sostuvo que su solicitud de una variación de los términos de la Orden de Medidas Provisionales fue un intento por evadir su obligación de satisfacer los requisitos de medidas provisionales; por ejemplo, evadiendo la necesidad de demostrar daños irreparables. Al emitir cualquier decisión sobre medidas provisionales, el Tribunal debe hacer un balance entre la carga para cada Parte, Si el Tribunal fuese a decidir que la Tercera Sentencia de la CNJ se encontraba dentro del alcance de medidas provisionales, la Demandante alega que su carga sería mucho mayor pues obliga a Ecuador a que actúe en violación de sus propias leyes, y que viole el artículo 168 de la Constitución – mismo que garantiza la independencia judicial – así como el artículo 75 de la Constitución y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – mismo que garantiza el derecho a una protección judicial efectiva. La Demandante sostiene que el Procurador General no tiene la facultad para intervenir en un litigio privado, ni siquiera para comentar sobre la jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales.

25. La Demandada rechaza el argumento que la Orden de Medidas Provisionales es una “orden preventiva” en el sentido del artículo 363 de la Ley Orgánica de Procesos pues el título III de la Ley establece las clases de “órdenes preventivas” disponibles taxativamente; confiscación de activos, retención de activos, prohibición en la enajenación de bienes inmuebles y órdenes de no salir del país. El artículo 363, en cualquier caso, podría aplicar en contradicción con la orden constitucional ecuatoriana que prohíbe la interferencia con otra sentencia ejecutoriada de una corte ecuatoriana, mismo que es prohibido incluso para la Corte Constitucional.

26. Con respecto a la urgencia, la Demandada sostiene que el procedimiento para ejecutar la Tercera Sentencia de la CNJ es más lento que lo que señala la Demandante y estima que se completaría solo hasta finales de septiembre del 2016.

27. Con respecto al requisito de daño irreparable, la Demandada recuerda que MSDIA es la Demandante en este arbitraje y no su subsidiaria ecuatoriana, y que MSDIA, como un todo, podría cubrir fácilmente un pago de US\$ 34 o 42 millones de la Tercera Sentencia de la CNJ sin sufrir daño irreparable.

28. Finalmente, la Demandada sostiene que el trato que la CNJ le dio al Informe Cabrera no constituyó una denegación de justicia, puesto que es un peritaje formal que posee una posición formal en la jerarquía de pruebas según la normativa ecuatoriana. El Señor Cabrera había sido nombrado legítimamente como un perito por la Corte Provincial y por tanto, todas las cortes ecuatorianas habían considerado este Informe.

La CNJ se negó legítimamente a reevaluar la admisibilidad del Informe Carera, sin embargo, revisó su contenido sustantivo. La Demandante añade que no es su lugar defender el Informe, mas solo argumentar que la CNJ tenía un derecho a usarlo como punto de partida para el cálculo de daños.

#### **E. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL**

29. El Tribunal desea hacer dos observaciones preliminares previo a exponer su decisión.

30. El Tribunal estuvo seriamente perturbado al constatar en la Sentencia de la CNJ que la misma había caracterizado la Orden de Medidas Provisionales del Tribunal como una “interferencia del Tribunal Arbitral en los asuntos de la Corte Nacional de Justicia... en violación a la Regla No. 1 del Artículo 168, mismo que establece que las Cortes tendrán autonomía interna y externa”. Esto no puede estar más desligado de la verdad. Al contrario, el Tribunal tuvo mucho cuidado para indicar su reconocimiento del importante principio de independencia judicial, según se anota en el párrafo 2 de la Orden de Medidas Provisionales, en los siguientes términos:

El Tribunal está agudamente consciente de la importancia del principio que las cortes de Ecuador, así como las cortes de cualquier otro país, deben ser independientes y libres de cualquier orden del poder ejecutivo. La independencia de la judicatura representa un principio fundamental en el imperio de derecho y debe ser resguardada. El Tribunal señala, sin embargo, que el tema subyacente es uno que ha sido enfrentado por otros órganos judiciales internacionales, incluyendo en varias ocasiones recientes por la misma 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 ha hallado que obstaculice un desagravio adecuadamente formulado. Es, claro está, común entre las Partes que presentan arbitrajes y el Tribunal, el que, en virtud del derecho internacional, las acciones y omisiones de las Cortes pueden incurrir la responsabilidad internacional de un Estado en la misma forma que otros órganos estatales.

31. A lo anterior, simplemente debemos agregar, según lo reconoce la Demandada en estos procesos, que las medidas provisionales ordenadas por el Tribunal (párrafo 1 *supra*) se enmarcaron explícitamente como una limitación temporal (y contingente) para la ejecución, en espera de la emisión del Laudo del Tribunal. No podrían ser interpretadas como una interferencia en la toma de decisiones de una corte competente asignada al caso.

32. La segunda observación debería ser igualmente obvia; sin embargo, en las circunstancias, vale explicarla. Al señalar, apropiadamente, el cálculo del balance de las obligaciones inherente en cualquier decisión para ordenar medidas provisionales, la Demandada, una vez más, ha hablado mucho de lo que ha descrito como una obligación de actuar contrario a la ley si fuese obligada a interferir con la ejecución de una sentencia de una corte nacional competente a favor de una parte privada.

33. Este Tribunal entiende perfectamente el punto que la Demandada intenta hacer. Sin embargo, esta se encuentra con objeciones en varios niveles. En un nivel puramente fáctico, según se ha indicado anteriormente, la Orden de Medidas Provisionales es

solamente una medida para limitar, en espera de la emisión del Laudo del Tribunal, y lo mismo sería verdad de cualquier decisión que surgiese de este proceso. Además, según se indica anteriormente, la cuestión es una de simple ejecución, no de injerencia externa con la función judicial independiente y adicionalmente, la Orden le deja a Ecuador la selección de los medios para cumplir con la finalidad manifestada. A nivel jurídico, la posición seguramente es la siguiente: si el Tribunal fuera, en su Laudo, a hallar que es competente y que se violaron los derechos de la Demandante en el marco del TBI, inevitablemente sería el caso que la ejecución de la nueva Sentencia de la CNJ agravaría el incumplimiento del tratado con consecuencias adversas para la responsabilidad de la Demandada. En otras palabras, una medida provisional de duración limitada sería una ventaja para ambos lados, no solamente uno. El Tribunal añade, en este contexto, su firme respaldo por el punto presentado en la pretensión durante el curso de los alegatos orales respecto a que un Gobierno nunca puede promover el estado de su derecho interno como justificación para no cumplir con sus obligaciones.

34. Ahora, para migrar al punto principal en cuestión, el Tribunal parte señalando que la Orden de Medidas Provisionales, que, en las circunstancias, era contingente por naturaleza, incorporó por diseño un mecanismo de ajuste para ciertas eventualidades futuras. Según se expresa en el párrafo 1.B., “Cada Parte en el Arbitraje podrá posteriormente [ej. después de emitir la Sentencia] solicitar al Tribunal la variación de esta Orden en los términos de la Sentencia de la Corte Nacional de Justicia”. Habiendo creado una disposición expresa para esta eventualidad, el Tribunal no vio ninguna ventaja en separarse de la misma. Por tanto, indicó a las Partes previo a la audiencia oral, que los pondría en una situación de equidad y trataría a la Demandante como si esta (de hecho) pretendiera la variación de la Orden, para que aplicase explícitamente a la nueva Sentencia de la CNJ, mientras que trataba a la Demandada como si esta (de hecho) pretendiera que se levantara la Orden en base a que la Sentencia que fue emitida estaba fuera del alcance de las medidas que ordenaba.

35. En la opinión del Tribunal, este arreglo corresponde a la realidad de la situación, puesto que el criterio de riesgo, urgencia, daño y el balance de ventajas sigue siendo aquel de la Decisión del 7 de marzo de 2016. La única pregunta que nos queda es si nuestra evaluación de estos criterios debe variar en vista de las circunstancias que se obtuvieron después de la emisión de la nueva Sentencia de la CNJ. El Tribunal considera que no lo hacen. Según se describe anteriormente, los argumentos principales sostenidos por la Demandante son que (i) la nueva Sentencia de la CNJ no “reincorpora” *strictu sensu* “en parte o en su totalidad, las sentencias de la Corte de Instancia o la Corte Provincial”; (ii) que la magnitud de las órdenes se altera decisivamente, puesto que los daños otorgados ahora no exceden US\$ 42 millones, en comparación con una figura anterior de 150 millones; y (iii) que los recursos globales de Merck Sharp and Dohme pueden fácilmente cancelar un monto de dicha magnitud.

36. Puede desestimarse el Punto (iii) sin más, puesto que el punto fue sujeto a una argumentación extensa tanto dentro del proceso de arbitraje así como en el marco de la Orden de Medidas Provisionales. El Tribunal lo consideró al emitir su Orden, como también consideró el resto de los requisitos para las medidas provisionales que no es necesario volver a decidir aquí. De igual manera, no es necesaria más explicación respecto a si la pretensión de la Demandada en el punto (i) es técnicamente precisa o no, puesto que la preocupación del Tribunal era y sigue siendo, no la forma de las

sentencias nacionales, pero más bien su efecto sobre los intereses que se encuentran con necesidad de protección.

37. El tema central para consideración parece ser entonces el punto (ii). De hecho no se puede negar, según constata la Demandada, que una deuda por sentencia de 42 millones es muy diferente a una de 150 millones. Sin embargo, y sin adentrarnos en temas de fondo que se abordarán en el Laudo del Tribunal, en el contexto de la amplia facultad del Tribunal en virtud de la Reglas de la CNUDMI, para emitir cualquier medida provisional que considere necesaria, la cuestión no es la cuántica absoluta de responsabilidad en las decisiones judiciales internas, sino el riesgo de daño irreparable a los intereses que ameritan protección. Visto con esta luz, es claro para el Tribunal que en base a los argumentos que se le presentaron en esta fase del proceso así como anteriormente, un responsabilidad interna de US\$ 42 millones no está fuera de la gama de riesgo que se evaluó previamente al emitir la Orden de Medidas Provisionales. Al serlo, la evaluación del criterio del Tribunal para emitir medidas provisionales, y su análisis sobre la satisfacción de los mismos en este caso, sigue siendo el que se encuentra en su Orden del 7 de marzo de 2106. El Tribunal no puede estar de acuerdo con la pretensión de la Demandada respecto a que debería desestimarse la Orden porque esta ya no es aplicable.

Por estas razones, el Tribunal decide, en cumplimiento de lo que dispone el Artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, modificar los términos de la Orden de Medidas Provisionales de 7 de marzo de 2016 de modo que ésta rece lo siguiente: -

Teniendo en consideración la Sentencia de la Corte Nacional de Justicia de fecha 4 de agosto de 2016 en el litigio de PROPHAR contra MSDIA,

1. **Ordena** que Ecuador garantice de inmediato, a través de los medios de su propia elección, que todos los procesos y acciones orientadas a la ejecución de esa Sentencia se suspendan mientras esté pendiente el dictamen del Tribunal del Laudo Final, e informe de inmediato al Tribunal sobre la medida que ha adoptado a tal efecto.
2. **Ordena además** que Ecuador esté sujeto a la obligación de comunicar esta Orden sin dilación a toda autoridad que tenga jurisdicción para ejecutar esa Sentencia.
3. **Solicita** que las partes mantengan al Tribunal informado acerca de cualquier suceso ulterior que afecte los asuntos que se mencionan en los párrafos 1 y 2 precedentes.

Se autoriza que se haga referencia a esta Orden como la Segunda Orden sobre Medidas Interinas.

**EN NOMBRE DEL TRIBUNAL**

[Firmado]

---

Sir Franklin Berman KCMG QC  
Árbitro Presidente