

Asunto: FW: Caso CPA No. 2012-10: Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (EE.UU.) c. La República de Ecuador

Adjuntos: 2016-02-05 MSDIA Letter_(151704047)_ (1).pdf; 2016-01-20 CC Decision (Spanish).pdf; 2016-01-20 CC Judgment (translation)_ (151702165)_ (1).pdf

De: Salas, Claudio [<mailto:Claudio.Salas@wilmerhale.com>]

Enviado: Viernes, 5 de febrero de 2016 7:35 PM

A:: 'fberman@essexcourt.net'; 'judgeschwebel@aol.com'; 'judgesimma@gmail.com'

Cc: 'mdoe@pca-cpa.org'; 'Amal Clooney (lal@doughtystreet.co.uk)'; 'dgarcia@pge.gob.ec'; 'cgaybor@pge.gob.ec'; 'dteran@pge.gob.ec'; 'bgomez@pge.gob.ec'; Brennan, Janis; Clodfelter, Mark; Salonidis, Constantinos; Wray, Alberto; Tsutieva, Diana; Goodman, Ronald; Born, Gary; Ogden, David; Kent, Rachael; 'Bartkus, Mary E.'; Beene, Charles; Bejarano, Santiago

Caso CPA No. 2012-10: Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (EE.UU.) c. La República de Ecuador,

Estimados Miembros del Tribunal:

En nombre de la Demandante MSDIA en el arbitraje mencionado más arriba, sírvanse encontrar la carta adjunta y la resolución reciente de la Corte Constitucional de Ecuador (y su traducción) que se menciona más arriba.

Presentado respetuosamente,

Claudio Salas

Claudio Salas | **WilmerHale**
7 World Trade Center
250 Greenwich Street
New York, NY 10007 USA
+1 212 295 6372 (t)
+1 212 230 8888 (f)
claudio.salas@wilmerhale.com

Please consider the environment before printing this email.

Este mensaje de e-mail y cualquier adjunto que envía Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, son confidenciales, y pueden ser reservados. Si usted no es el receptor, por favor notifiquenos inmediatamente, respondiendo a este mensaje o enviando un e-mail postmaster@wilmerhale.com y destruya todas las copias de este mensaje y los adjuntos. Gracias.

Si desea más información sobre WilmerHale, por favor, visite: <http://www.wilmerhale.com>.

5 February 2016

POR CORREO ELECTRÓNICO

Sir Franklin Berman KCMG QC
Essex Court Chambers
24 Lincoln's Inn Fields
London WC2A 3EG
United Kingdom

Judge Stephen Schwebel
399 Park Avenue, Suite 3432
New York, N.Y. 10022
USA

Judge Bruno Simma
Parsbergerstrasse Sa
D-81249 Munich
Germany

Re: **MERCK SHARP & DOHME (I.A.) CORP. (EE.UU.) c. LA REPÚBLICA DE
ECUADOR (CASO CPA NO. 2012-10)**

Estimados señores:

El 29 de enero de 2016, MSDIA recibió una notificación de que la Corte Constitucional de Ecuador había pronunciado una resolución de fecha 20 de enero 2016, en la que anulaba la sentencia del 10 de noviembre de 2014 de la Corte Nacional de Justicia (“CNJ”) en el pleito PROPHAR c. MSDIA, una sentencia de USD 7,7 millones que las cortes de Ecuador han ejecutado en su totalidad en contra de MSDIA. La nueva resolución de la Corte Constitucional reinstaura la sentencia de USD 150 millones en contra de MSDIA dictada por la corte de apelaciones de Ecuador en 2011 y devuelve el caso por tercera vez a la CNJ para que dicte una nueva resolución. Como explicaremos, la resolución envía el mensaje de que la sentencia irrazonable de USD 150 millones debe confirmarse o —lo que resulta todavía más increíble— aumentarse. Se adjuntan a la presente carta, la resolución de la Corte Constitucional y una traducción de aquella.

La resolución de la Corte Constitucional expone a MSDIA al riesgo de un perjuicio sustancial e irreparable. Como ha demostrado la experiencia, el momento de las resoluciones judiciales en Ecuador es imposible de predecir, y el perjuicio para MSDIA se podría producir en cualquier momento, tan pronto como la CNJ expida su nueva resolución. Por los motivos expuestos a continuación, MSDIA solicita de manera urgente medidas provisionales de protección para proteger su inversión en Ecuador a la espera de la resolución final de este Tribunal sobre las cuestiones planteadas en este arbitraje.

I. La resolución de la Corte Constitucional

Como recordará el Tribunal por los alegatos de las partes y la audiencia de marzo 2015 en este arbitraje, el 10 de noviembre de 2014, la CNJ pronunció un segundo laudo final en el pleito *PROPHAR c. MSDIA* en Ecuador, en el cual sostuvo que MSDIA era responsable por una teoría de la responsabilidad precontractual y otorgó a Prophar (antes NIFA) daños y perjuicios por USD 7.723.471,81. Las cortes de Ecuador ordenaron a MSDIA que pagara, y en efecto así lo hizo, esa suma a Prophar el 9 de julio de 2015, deduciendo los US 1,57 millones que ya había pagado por concepto de la primera resolución final de la CNJ (de fecha 21 de septiembre de 2012), que había determinado que MSDIA era responsable por esa suma debido a la teoría de “competencia desleal”.

Después de la resolución de la CNJ del 10 de noviembre de 2014f, Prophar presentó una Acción Extraordinaria de Protección (“AEP”) en la Corte Constitucional, en la que alegaba que la resolución de la CNJ era arbitraria y vulneraba los derechos constitucionales de Prophar al debido proceso, la protección judicial efectiva y la certeza jurídica. La AEP de Prophar estaba pendiente en la fecha de la audiencia oral en el presente arbitraje en marzo de 2015. Como anteriormente notificamos al Tribunal, la Corte Constitucional celebró una audiencia oral sobre la AEP de Prophar en enero de 2016, en la cual tanto el abogado de MSDIA como un representante de la Procuraduría General, así como también un abogado de Prophar, dieron sus alegatos orales ante la Corte.

La resolución de la Corte Constitucional del 20 de enero de 2016 admitió la AEP de Prophar y anuló la sentencia de la CNJ del 10 de noviembre de 2014.

Con respecto a la determinación de responsabilidad por parte de la CNJ, la Corte Constitucional rechazó la determinación de la CNJ de que la sentencia de la corte de apelaciones, que había otorgado a Prophar USD 150 millones basándose en una teoría de la defensa de la competencia, adoleció de “fundamentación defectuosa”. La resolución de la CNJ había determinado que la corte de apelaciones empleó “frases oscuras, imprecisas y conceptos y una aplicación de normas que eran confus[os] respecto de asuntos como la libre competencia...”¹ La Corte Constitucional sostuvo que el análisis de la CNJ “no emplea premisas judiciales, fácticas y evaluadoras” y que este “análisis incompleto” había hecho que la sentencia de la CNJ fuera “ilógica”.² La resolución de la Corte Constitucional rechaza así el análisis jurídico de la CNJ y restaura la resolución que se basó en una teoría de la responsabilidad por las leyes de la defensa de la competencia.

¹ Anexo C-293, Sentencia de la CNJ, *PROPHAR c. MSDIA*, de fecha 10 de noviembre de 2014, en pág. 25.

² Resolución de la Corte Constitucional, *PROPHAR c. CNJ*, de fecha 20 de enero de 2016, en págs. 21-22.

Con respecto a la determinación de la CNJ sobre daños y perjuicios, la Corte Constitucional determinó que la CNJ no había ofrecido una “causal suficiente” para su laudo de daños y perjuicios por USD 7,7 millones, vulnerando así el “derecho a certeza judicial” de Propfar.³ La Corte Constitucional se refirió específicamente al informe pericial de Christian Cabrera que fue presentado en el pleito subyacente por Propfar, en el cual el Sr. Cabrera había calculado que los daños y perjuicios de Propfar por el lucro cesante eran USD 204 millones y determinó más daños y perjuicios al “pueblo ecuatoriano” por un monto de más USD 642 millones.⁴ La CNJ había rechazado específicamente el medio de prueba del Sr. Cabrera, determinando que era “irrazonable e ilógico”.⁵

La Corte Constitucional criticó con firmeza a la CNJ por haber descartado el medio de prueba del Sr. Cabrera:

“El informe [del perito Cabrera] hace una determinación sobre las pérdidas sufridas por la demandante basándose en información real y en información que proyecta el crecimiento de las ventas durante quince años, es decir, hasta el año 2018. Sin dar una explicación clara y suficiente en la sentencia en segunda instancia, los jueces no aplican la ley que exige que la compensación sea adecuada para los daños y perjuicios, es decir, para restablecer íntegramente a la víctima. Causa sorpresa lo arbitrario que es el razonamiento de los jueces nacionales, dado que en su determinación del monto de indemnización que se ordena que pague [la demandada], solo consideran el año 2003 y descartan los daños sufridos por la demandada [sic] en los años siguientes a 2003”.⁶

Así, la resolución de la Corte Constitucional instruye a la CNJ a dictar una nueva resolución tomando en cuenta la prueba del Sr. Cabrera.

Además, la Corte Constitucional determinó que la CNJ había vulnerado los derechos

³ *Íd.* en pág. 15.

⁴ Anexo C-42, Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, *PROPHAR c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 21 de junio de 2011, en págs. 22-23, 30.

⁵ Anexo C-293, Sentencia de la CNJ, *PROPHAR c. MSDIA*, de fecha 10 de noviembre de 2014, en pág. 80. El Tribunal recordará de la audiencia de marzo de 2015 que el Sr. Cabrera fue designado como perito bajo circunstancias sumamente cuestionables y que sus credenciales eran tan deficientes que el Consejo de la Judicatura posteriormente determinó que jamás debió haber sido designado perito en primer lugar. Fue debido a que la CNJ había considerado esa descalificación en su resolución inicial mediante la cual revocaba la resolución de la corte de apelaciones que la Corte Constitucional había anulado la primera sentencia firme de la CNJ en el caso. Anexo C-285, Resolución de la Corte Constitucional, *PROPHAR c. CNJ*, de fecha 12 de febrero de 2014, en págs. 21-22.

⁶ Resolución de la Corte Constitucional, *PROPHAR c. CNJ*, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 15.

constitucionales de Prophar al no haber considerado la petición de casación de Prophar, en la cual esta última había solicitado que la CNJ revisara y revocara la reducción de los daños y perjuicios de USD 200 millones otorgados por la corte de primera instancia a los USD 150 millones otorgados por la corte de apelaciones. Así, la sentencia de la Corte Constitucional ordena ahora a la CNJ que considere si la sentencia por USD 150 millones en contra de MSDIA es en realidad por una suma muy reducida.

En vista del rechazo de la resolución de la CNJ sobre responsabilidad y daños y perjuicios, la resolución de la Corte Constitucional ordenó como “medidas de reparación integral”, lo siguiente:

1. “Revocar la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2014, por la [CNJ].
2. “Hacer retroactivos los efectos de los procedimientos hasta el momento previo a que [la CNJ] dictase la resolución del 10 de noviembre de 2014”.
3. “Ordenar, de conformidad con las disposiciones del Artículo 201, numeral 1, del Código Orgánico de la Función Judicial, que la Cámara de Conjuces para lo Civil y Comercial, la Corte Nacional de Justicia resuelva sobre la petición de casación que se ha presentado, de acuerdo con la Constitución de la República, la ley y la aplicación integral de esta resolución Constitucional, es decir, considerar la decisión o resolución, así como también los argumentos centrales que formaron la base de la decisión y constituyen el razonamiento; con la advertencia de que de no obrar así, se harán cumplir las disposiciones del Artículo 86, numeral 4, de la Constitución de la República”.

La “Cámara de Conjuces” a la cual la Corte Constitucional remitió el caso para que dictara una nueva resolución no está conformada por jueces regulares de la CNJ. Los Conjuces no forman parte de la Cámara de lo Civil y Comercial de la CNJ, de la cual se escogieron los jueces que dictaron las dos resoluciones firmes previas en el pleito *PROPHAR c. MSDIA*. Antes bien, los Conjuces por lo general se desempeñan solo como jueces suplentes cuando los jueces regulares de la CNJ no están disponibles.

El Artículo 86(4) de la Constitución dispone, en parte, que: “Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.”

II. MSDIA tiene derecho a medidas provisionales de protección

5 de febrero de 2016

Página 5

Si bien estamos conscientes de la instrucción del Tribunal de que las partes solo deben informar sobre acontecimientos en las cortes ecuatorianas y no argumentar en la correspondencia sobre la trascendencia de esas resoluciones en el fondo de las reclamaciones de MSDIA en el arbitraje, la resolución de la Corte Constitucional es un cambio drástico y alarmante de circunstancias que expone a MSDIA una vez más al riesgo de un perjuicio inminente e irreparable. Por lo tanto, MSDIA solicita medidas provisionales de protección de este Tribunal. En sustento de su petición, MSDIA ofrece las siguientes observaciones sobre la resolución de la Corte Constitucional y sus efectos.

La resolución de la Corte Constitucional una vez más expone a MSDIA a la amenaza inmediata de perder su empresa en Ecuador. La resolución de la CNJ de noviembre 2014 ya no tiene efecto jurídico en Ecuador (a pesar de que MSDIA pagó la sentencia) y la sentencia por USD 150 millones de la corte de apelaciones es una vez más la resolución operativa en el extenso pleito *PROPHAR c. MSDIA*. Si la CNJ confirma esa decisión, MSDIA enfrentará una sentencia firme e inmediatamente ejecutoria en contra de ella que supera con mucho el valor de sus activos en Ecuador. Si Prophar toma medidas para ejecutar la sentencia en Ecuador, como casi seguramente hará, MSDIA perdería la empresa que ha manejado en Ecuador durante más de cuarenta años.

Por todos los motivos que MSDIA explicó con relación a su petición anterior de medidas provisionales (que retiró en septiembre de 2012, después de que la CNJ dictó su primera resolución firme en la que otorgó daños y perjuicios por USD 1,57 millones), el riesgo de que la CNJ ratifique la sentencia de la corte de apelaciones de USD 150 millones expone a MSDIA al riesgo de un perjuicio sustancial e irreparable.

Se cumplen todos los requisitos para otorgar medidas provisionales de protección, a saber, (i) un caso sobre jurisdicción a primera vista, (ii) que las medidas solicitadas son necesarias para evitar una amenaza de perjuicio sustancial o irreparable, y (iii) urgencia. Además, en la medida que el Tribunal considere que existe un cuarto requisito de caso a primera vista sobre el fondo, MSDIA también ha cumplido fácilmente con ese requisito.

En efecto, el riesgo de un perjuicio sustancial e irreparable para MSDIA es ahora incluso mayor, después de la resolución de la Corte Constitucional, que en septiembre de 2012 antes de la primera resolución de la CNJ.

En su resolución reciente, la Corte Constitucional fue mucho más lejos que simplemente anular la segunda sentencia firme de la CNJ. En su resolución de 25 páginas, la Corte Constitucional dio instrucciones a la CNJ sobre cómo resolver sobre el caso cuando este sea devuelto a dicha corte por tercera vez.

Específicamente, la Corte Constitucional criticó las determinaciones de la CNJ sobre responsabilidad, que habían rechazado el análisis de defensa de la competencia en que se había sustentado la resolución de la corte de apelaciones, por ser "incompletas" e "ilógicas". De ese modo, la resolución de la Corte Constitucional indica a la CNJ que debe ratificar las determinaciones de la corte de apelaciones sobre responsabilidad. Vale la pena señalar que en el arbitraje, Ecuador ni siquiera ha intentado defender la resolución de la corte de apelaciones sobre defensa de la competencia, alegando en cambio lo siguiente:

“Pero naturalmente, lo más importante de la segunda resolución de la Corte Nacional de Justicia es que rectificó los problemas que existían antes de que fuera pronunciada. Es una nueva sentencia en la que las partes tuvieron plena oportunidad de presentar sus argumentos, y como está totalmente razonada y no se puede impugnar por irrazonable, descarta cualquier cuestión de ilicitud o mala aplicación de la ley en el tribunal inferior...”⁷

Ahora que la Corte Constitucional de hecho impugnó la segunda resolución firme de la CNJ por “ilógica”, MSDIA enfrenta el riesgo de que la CNJ confirme la resolución de la corte de apelaciones sobre responsabilidad.

La Corte Constitucional también criticó las determinaciones de la CNJ sobre daños y perjuicios, y sostuvo que la resolución de la CNJ de otorgar a Prophar USD 7,7 millones fue “arbitraria”. La Corte procedió a identificar pasos específicos en el razonamiento de la CNJ que consideraba incorrectos, incluido que la CNJ:

(i) pasó por alto el informe pericial ofrecido por el Sr. Cabrera, el cual se fundamentaba en una teoría de daños y perjuicios por la defensa de la competencia, incluida la "información real e información que proyectaba el crecimiento de las ventas durante quince años, es decir, hasta el año 2018" incluidos en el informe del Sr. Cabrera y que habían sido el fundamento de los daños y perjuicios que afirmó eran por USD 204 millones (más USD 642 millones adicionales por daños y al “pueblo ecuatoriano”);

(ii) no aplicó la norma de que la “compensación [debe] establecer íntegramente a la víctima”;

(iii) “solo consider[ó] el año 2003 y no tomó en cuenta los daños y perjuicios sufridos por la demandada [sic] en los años posteriores a 2003”; y

⁷ Segundo día, Transcripción Completa de la Audiencia sobre el Fondo, en 20:6-13.

(iv) “no tomó en cuenta la valoración de los daños y perjuicios que la compañía debe de haber sufrido en los años posteriores”.⁸

La sentencia de la Corte Constitucional ordena a la CNJ que dicte una nueva resolución “de acuerdo con la Constitución de la República, la ley, y **la aplicación integral de esta resolución Constitucional, es decir, considerando la decisión o resolución así como también los argumentos centrales que formaron la base de la resolución y constituyen el razonamiento**”.⁹ Dicho de otro modo, la Corte Constitucional ordena a la CNJ que otorgue daños y perjuicios de acuerdo con el razonamiento de la Corte constitucional de que la CNJ debió haber dado importancia al informe de Cabrera y debió haber otorgado daños y perjuicios durante un periodo de quince años utilizando la información y las proyecciones avaladas por el Sr. Cabrera.

Cabe señalar que en el arbitraje, Ecuador tampoco ha pretendido defender la determinación de la corte de apelaciones sobre daños y perjuicios o la confiabilidad del informe de Cabrera, alegando en cambio que el informe de Cabrera es intrascendente porque fue rechazado por la CNJ. El abogado de Ecuador afirmó en la audiencia de marzo 2015 que “el informe de Cabrera, que ha sido el principal blanco de ataque de las quejas de Merck, fue completamente rechazado por la CNJ, en CNJ 1”.¹⁰ Asimismo, el abogado de Ecuador alegó que “al reducir el 95% de los daños y perjuicios de Merck, la CNJ eliminó cualquier presunto vestigio de sesgo o de incorrección reflejados en los daños y perjuicios impuestos originalmente por las cortes inferiores”. Ahora que la Corte Constitucional ha ordenado a la CNJ que se sustente en el informe de Cabrera, que fue el fundamento de los laudos irrazonables de daños y perjuicios dictados por la corte de apelaciones, Ecuador ya no puede pasar por alto las flagrantes violaciones de los derechos de MSCIA al debido proceso que son resultado de basarse en ese informe o el riesgo de un perjuicio inminente e irreparable para MSDIA si se confirma la resolución de la corte de apelaciones.

La Corte Constitucional también criticó expresamente a la CNJ por no haber resuelto sobre la petición de casación de Prophar, la cual había pretendido que la CNJ reconsiderara la resolución de la corte de apelaciones de reducir el laudo de daños y perjuicios de USD 200 millones a USD 150 millones. Al ordenar a la CNJ que resolviera sobre la petición de casación de Prophar, la Corte Constitucional había indicado a la CNJ que se debía reconsiderar el laudo de USD 150 millones en contra de MSDIA por el motivo de que podría ser insuficiente para compensar a Prophar. Así, la resolución de la Corte Constitucional no solo revive el riesgo de que MSDIA sea objeto de una resolución firme en contra de ella de USD 150 millones, sino que también plantea

⁸ Resolución de la Corte Constitucional, *PROPHAR c. CNJ*, de fecha 20 de enero de 2016, en págs. 15, 16.

⁹ *Íd.* en pág. 24.

¹⁰ Segundo día, Transcripción Completa de la Audiencia sobre el Fondo, en 219:6-9.

¹¹ Dúplica de Ecuador, pár. 442-443.

la posibilidad de una resolución firme de la CNJ que otorgue a Prophar USD 200 millones o más (incluida la suma absurda de USD 642 millones en daños y perjuicios al "pueblo ecuatoriano" establecidos en el informe de Cabrera).

La Corte Constitucional también incluyó en su sentencia una amenaza a los jueces de la CNJ de que estarían expuestos a la responsabilidad personal si no obedecían las instrucciones de la Corte Constitucional. En su disposición, la Corte advirtió que si la CNJ no sigue la "resolución" de la Corte y los "argumentos centrales que... constituyen el razonamiento", los jueces de la CNJ serán objeto de sanción conforme al Artículo 86(4) de la Constitución. El Artículo 86(4) establece que un funcionario público que no cumple con la resolución de una corte ecuatoriana puede ser removido de su puesto y ser objeto de responsabilidad penal y civil. La trascendencia de esa amenaza es clara y confirma el grave riesgo de que la CNJ esta vez ratifique la sentencia de la corte de apelaciones.

Pero eso no es todo. La resolución de la Corte Constitucional también remite el caso PROPHAR c. MSDIA expresamente a los Jueces Suplentes de la CNJ, y no a la misma Cámara de lo Civil y Comercial que dos veces antes resolvió sobre la petición de casación de MSDIA. La resolución de la Corte Constitucional en este sentido es sumamente fuera de lo común, y es una evidencia más de que la Corte busca obtener un resultado diferente al obtenido en las dos resoluciones previas de la CNJ.

A la luz de las instrucciones y las amenazas expresadas por la Corte Constitucional a la CNJ, existe un grave riesgo de que la CNJ dicte una resolución firme en contra de MSDIA, que o bien confirme la sentencia de la corte de apelaciones por USD 150 millones, o que otorgue a Prophar incluso más que esa suma.

Como MSDIA demostró en su primera petición de medidas provisionales en 2012, si la CNJ confirma la resolución de la Corte de Apelaciones, se destruiría por completo la empresa en marcha de MSDIA en Ecuador. En suma:

- El valor total de los activos de la sucursal ecuatoriana de MSDIA es muy inferior a USD 150 millones. Como la sucursal Ecuador de MSDIA no tiene efectivo ni otros activos líquidos que sean suficientes para cumplir con la sentencia, la acreedora de la sentencia, Prophar, tendría que pedir a las cortes de Ecuador que ordenasen la confiscación de los activos de MSDIA en Ecuador. Esos activos son necesarios para el funcionamiento de la empresa de MSDIA; en efecto, aparte de la plusvalía de MSDIA, su buen nombre y sus relaciones, esos activos *son* la empresa de MSDIA. Si las cortes de Ecuador ordenan la confiscación de los activos de MSDIA en

Ecuador para cumplir con la sentencia en contra de esta, ello destruirá por completo la empresa de MSDIA en Ecuador.

- MSDIA sufrirá un perjuicio irreparable si la CNJ dicta una sentencia adversa, incluso antes de que se confisquen sus activos para dar cumplimiento a la sentencia. Si los empleados y los socios comerciales perciben que MSDIA se queda sin empresa en Ecuador debido a la sentencia, actuarán para proteger sus propios intereses. Los empleados claves tratarán de encontrar otro empleo. Los distribuidores se volverán a otros proveedores. Quienes arriendan predios a MSDIA buscarán otros arrendatarios que puedan ocupar los predios a largo plazo. Esos perjuicios serán inmediatos y producirán consecuencias irreversibles.
- La confiscación de los activos de MSDIA en Ecuador tendría efectos irreparables no solo para MSDIA, que perdería por completo su empresa en Ecuador, sino también para los empleados de MSDIA en Ecuador, a quienes MSDIA no podría pagar, y para el suministro de productos farmacéuticos esenciales al pueblo ecuatoriano.
- Además, a menos que Ecuador tome medidas para evitar la ejecución de la sentencia impugnada fuera de Ecuador, existe un riesgo considerable de que Prophar, la acreedora de la sentencia, tome medidas para ejecutar la sentencia en otros países en donde MSDIA tiene activos, lo cual produciría un perjuicio sustancial e irreparable también a las empresas de MSDIA en otros países fuera de Ecuador.

Numerosos tribunales han determinado que la destrucción de una empresa en marcha es un perjuicio irreparable que justifica dictar medidas provisionales.¹²

¹² Ver, por ejemplo, Anexo CLM-13, *Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Resolución sobre Medidas Provisionales (8 de mayo de 2009); Anexo CLM-3, *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Orden Procesal No. 1 (29 de junio de 2009); Anexo CLM-7, *City Oriente Ltd. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Resolución sobre Medidas Provisionales (19 de noviembre de 2007); Anexo CLM-8, *City Oriente Ltd. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Resolución sobre la Revocación de Medidas Provisionales y Otros Asuntos Procesales (13 de mayo de 2008); Anexo CLM-12, *Paushok c. Gobierno de Mongolia*, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, Orden sobre Medidas Provisionales (2 de septiembre de 2008). Ver también *CEMEX Caracas Investments B. V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, Resolución sobre la Petición de Medidas Provisionales de las Demandantes (3 de marzo de 2010), en pár. 55 (que observa que “la destrucción de la empresa en marcha la cual conformaba la inversión, habría creado un ‘daño irreparable.’”).

Por ello, MSDIA solicita medidas provisionales de protección que ordenen que Ecuador – lo cual incluye específicamente sus cortes, su función ejecutiva, y su fuerza policial nacional—adopte todas las medidas que estén a su alcance para impedir la ejecución de cualquier sentencia en contra de MSDIA en el caso *PROPHAR c. MSDIA*, tanto dentro como fuera de Ecuador;

III. La Resolución de la Corte Constitucional también es trascendente para el fondo de la reclamación de MSDIA en el presente arbitraje

La resolución de la Corte Constitucional del 20 de enero de 2016 también es sumamente trascendente para el fondo de las reclamaciones de MSDIA ante este Tribunal.

En la audiencia de marzo 2015, MSDIA explicó que estaba atrapada en una espiral interminable de pleitos en Ecuador que violaban las obligaciones de Ecuador en virtud del TBI Ecuador – Estados Unidos de no denegar la justicia a los inversionistas de EE.UU. y de brindar medios efectivos para reivindicar reclamaciones y hacer cumplir derechos con respecto a inversiones. La resolución de la Corte Constitucional confirma que MSDIA está siendo objeto de repetidas denegaciones de justicia en las cortes de Ecuador y que el sistema judicial de Ecuador no brinda medios efectivos de reivindicar y defender reclamaciones, y hacer cumplir los derechos.

En el arbitraje, Ecuador ha objetado vigorosamente las afirmaciones de MSDIA: En la audiencia, el abogado de Ecuador expuso lo siguiente:

“Hemos escuchado muchas veces el ciclo repetitivo en que Merck parece haberse encontrado, esa espiral interminable de casos, y si eso es lo que tienen que esperar, las autoridades afirman que quizás no deben seguir agotando... Pero repetimos, la Demandante no ha demostrado que exista un riesgo grave de que la Corte Constitucional considere múltiples AEP en el mismo pleito, y que sean confirmadas. Como cuestión de lógica, es poco probable que el mismo procedimiento pueda dar lugar a defectos constitucionales repetidos y sucesivos... Por ello, no puede ser causal para sostener que la AEP es ineficaz, que existe una posibilidad teórica de muchas AEP. Simplemente no existe prueba de que ese sea el resultado probable.”¹³

Los hechos ocurridos en sus propias cortes prueban que Ecuador se equivoca. La Corte Constitucional ha considerado y confirmado muchas AEP en el mismo pleito, y MSDIA sigue

¹³ Quinto Día, Transcripción Completa de la Audiencia sobre el Fondo, en 110:6-24.

hallándose en una espiral interminable de sentencias que le deniegan la justicia.

Además, la resolución de la Corte Constitucional confirma que la Corte Constitucional no puede brindar justicia a MSDIA y no puede dar a MSDIA un recurso eficaz para enmendar las violaciones de sus derechos al debido proceso por parte de las demás cortes. MSDIA explicó en el arbitraje que no presentó su propia AEP en la Corte Constitucional porque hacerlo no podía haber corregido el perjuicio causado a MSDI y porque temía que hacerlo solo aumentaría los daños y perjuicios resultantes de las denegaciones de justicia de la CNJ. La resolución de la Corte Constitucional del 20 de enero de 2016 demuestra que las preocupaciones de MSDIA estaban totalmente justificadas.

Cabe señalar que la Corte Constitucional ahora ha hecho exactamente lo que Ecuador y sus peritos en derecho habían dicho en el arbitraje que no podía ocurrir conforme al Derecho de Ecuador. En la audiencia de marzo 2015, el perito de Ecuador en Derecho Constitucional, el Dr. Guerrero del Pozo, testificó que “dada la naturaleza de la acción extraordinaria de protección, no está permitido” que la Corte Constitucional indique “cómo deben resolver sobre el caso los jueces de la Corte Nacional de Justicia”.¹⁴ Con respecto al informe de Cabrera específicamente, el abogado de Ecuador declaró que la Corte Constitucional “no pudo haber ordenado a la CNJ que pasara por alto o no el informe del Sr. Cabrera sin excederse en sus atribuciones conforme a la Constitución de Ecuador”.¹⁵

El perito en Derecho Constitucional de MSDIA, Dr. Rafael Oyarte, coincidió con esta apreciación. Explicó que “[d]e acuerdo con su función limitada, la Corte Constitucional no puede bajo ninguna circunstancia ordenar o instruir a la CNJ sobre cómo debe resolver sobre un caso. Como afirmó la propia Corte Constitucional, ello significaría no solo ejercer una atribución jurisdiccional que no posee, sino que violaría el principio de independencia judicial”.¹⁶ El Profesor Oyarte explicó que “[l]a Corte Constitucional no analiza los hechos de un caso, no evalúa las pruebas y no interpreta la ley, tampoco aplica la ley a los hechos del caso”.¹⁷

A la Corte Constitucional no le importaron los límites de su jurisdicción en su resolución del 20 de enero de 2016. En dicha resolución, la Corte Constitucional evaluó las pruebas, hizo determinaciones fácticas y de derecho, e instruyó a los jueces de la CNJ sobre cómo resolver sobre el caso, amenazándolos con la pérdida de sus empleos y con responsabilidad personal civil y penal si no obedecían. Esa resolución, como las que se dictaron antes de esa, deniega la justicia a MSDIA y viola las obligaciones de Ecuador conforme al TBI entre Ecuador y Estados

¹⁴ Informe Pericial de Guerrero del Pozo, de fecha 18 de febrero de 2015, en pár. 94.

¹⁵ Segundo día, Transcripción Completa de la Audiencia sobre el Fondo, en 191:7-11.

¹⁶ Informe Pericial de Oyarte, de fecha 7 de agosto de 2014, en pár. 11.

¹⁷ *Íd.* en pár. 12.

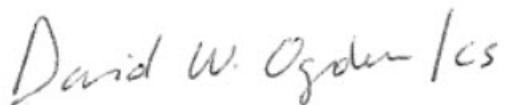
Unidos.

IV. MSDIA solicita que el Tribunal establezca un cronograma de alegatos escritos y una audiencia de un día

Como ya se expuso, la resolución de la Corte Constitucional es un acontecimiento sustancial que da lugar a una necesidad urgente de medidas provisionales de protección para resguardar la existencia de la inversión de MSDIA en Ecuador. Esa resolución también es sumamente trascendente para el fondo de las reclamaciones planteadas ante este Tribunal.

Por lo tanto, MSDIA solicita que el Tribunal establezca un cronograma para alegatos escritos y que programe una audiencia oral para abordar la petición de MSDIA de medidas provisionales y los efectos de la resolución de la Corte Constitucional en el fondo de las reclamaciones de MSDIA. A la luz de la urgencia de la situación, MSDIA solicita que el Tribunal establezca un cronograma acelerado para alegatos escritos y fije una fecha para una audiencia oral tan pronto como sea razonablemente posible.

Sinceramente,



David W. Ogden

Adjuntos

cc: Sr. Martin Doe
Ss. Amal Clooney
Sr. Mark Clodfelter
Sra. Janis Brennan
Sra. Diana Tsutieva
Sr. Ronald Goodman
Sr. Alberto Wray
Sr. Constantinos Salonidis
Dr. Diego García Carrión
Dra. Blanca Gómez de la Torre
Dra. Christel Gaibor
Ab. Diana Terán