

EN EL ASUNTO DE UN ARBITRAJE AL AMPARO DEL TRATADO ENTRE LOS
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONCERNIENTE A LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE
INVERSIONES Y EN CONFORMIDAD CON LAS REGLAS DE LA COMISIÓN DE LAS
NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (1976)
ENTRE

MERK SHARP & DOHME (I.A.) CORP.,
COMPANY - INTERNATIONAL,

Demandante,

-y-

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Demandada.

Caso CPA No. 2012-10

DÚPLICA DE LA DEMANDADA

ABOGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Dr. Diego García Carrión
Procurador General del Estado
Dra. Blanca Gómez de la Torre
*Directora Nacional, Dirección Nacional
de Asuntos Internacionales de la
Procuraduría General del Estado*
Dra. Christel Gaibor
Ab. Diana Terán

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

Mark A. Clodfelter
Janis H. Brennan
Alberto Wray
Dr. Constantinos Salonidis
Diana Tsutieva
Oonagh Sands
Ofilio J. Mayorga
Anna Toubiana
Joseph Klingler

FOLEY HOAG LLP

20 de febrero de 2015

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	Página
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. A LA LUZ DEL ARTÍCULO VI(3)(A) DEL TBI, ESTE TRIBUNAL DE LA CNUDMI CARECE DE JURISDICCIÓN DEBIDO A QUE MERCK OPTÓ DE MANERA EXCLUSIVA E IRREVOCABLE POR BUSCAR LA SOLUCIÓN DE LA DIFERENCIA EN EL CIADI.....	7
A. EL ARTÍCULO VI(3)(A) PREVÉ UNA ELECCIÓN EXCLUSIVA E IRREVOCABLE DE REPARACIÓN ARBITRAL.....	9
1. Introducción	9
2. La estructura del Artículo VI(2) y (3)(a) establece una elección única, exclusiva e irrevocable de procedimiento para la solución de diferencias.....	11
3. La estructura del Artículo VI(2) y (3)(a) comparada con la elección de disposiciones relativas a los recursos en otros TBI	15
4. El principio del <i>effet utile</i> no es incoherente con la interpretación de Ecuador	17
a. La frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” confirma la naturaleza exclusiva e irrevocable de la elección única que se otorga bajo el Artículo VI(2) y (3)(a).....	17
b. El principio del <i>effet utile</i> no impide la función confirmatoria / aclaratoria de las disposiciones del Tratado.....	18
5. El término “o” en el Artículo VI(3)(a) denota la exclusividad de la elección que allí se prescribe.....	24
a. El uso del término “o” en el Artículo VI(3)(a) establece que la elección entre los procedimientos arbitrales que se enumeran es exclusiva e irrevocable	24
b. La frase introductoria en el Artículo VI (3)(a) no guarda ninguna relación con la cuestión de si la disposición permite que un inversionista seleccione entre foros arbitrales más de una vez	26
6. No existe ninguna presunción de que una “elección exclusiva e irrevocable” se limite a una elección irrevocable entre los recursos locales y el arbitraje internacional	27
7. Las disposiciones en estrecha proximidad con el Artículo VI(3)(a) confirman que la elección que allí se prescribe es exclusiva	32
8. El objeto y propósito del Artículo VI(2) y (3)(a) es evitar múltiples procesos con respecto a la misma diferencia relativa a inversiones mediante la prescripción de una sola elección exclusiva e irrevocable del procedimiento para solución de diferencias	34
9. La interpretación de Ecuador es coherente con el objeto y propósito del Tratado como un todo	38
10. Conclusión.....	40
B. ANTES DE INICIAR ESTE ARBITRAJE SEGÚN LAS REGLAS DE LA CNUDMI, MERCK CONSINTIÓ DE MANERA DEFINITIVA AL ARBITRAJE DE ESTA DIFERENCIA AL AMPARO DE LA CONVENCIÓN DEL CIADI.....	40
1. Introducción	40
2. La Demandante consintió de manera exclusiva e irrevocable al arbitraje ante el CIADI.....	41

3.	El consentimiento de la Demandante al arbitraje en el CIADI fue válido	43
C.	CONCLUSIÓN	44
III.	MERCK NO TIENE NINGUNA “INVERSIÓN” DE ACUERDO AL TBI.....	45
A.	INTRODUCCIÓN	45
B.	NO EXISTE NINGUNA “DIFERENCIA RELATIVA A INVERSIONES” DE ACUERDO AL TBI.....	46
C.	LA SUCURSAL DE MERCK NO CALIFICA PARA PROTECCIÓN DE UNA INVERSIÓN DE ACUERDO AL TBI	48
1.	Ninguno de los derechos contemplados en el Tratado con respecto a la sucursal de Merck estuvo en cuestión en los procesos internos.....	48
2.	La sucursal de Merck no es una “inversión”	49
a.	El TBI solo provee protección a “compañías” – no a “sucursales”	50
b.	La ley ecuatoriana estipula que las sucursales reciben un trato diferente al de las compañías	53
c.	La sucursal ecuatoriana de Merck no posee las características de una “inversión”	55
D.	LOS ACTIVOS DEL MERCADO NO ESTÁN PROTEGIDOS BAJO EL TBI	59
1.	Ninguno de los derechos contemplados en el Tratado con respecto a los activos de Merck estuvieron en cuestión en los procesos internos.....	59
2.	Los activos de Merck no son una “inversión”	60
E.	LA PLANTA DEL VALLE DE LOS CHILLOS NO ESTÁ PROTEGIDA BAJO EL TBI.....	62
1.	Ninguno de los derechos en el Tratado con respecto a la planta del Valle de Los Chillos estuvo en cuestión en los procesos internos.....	62
2.	El litigio subyacente no prolongó la planta del Valle de Los Chillos como una “inversión”	63
F.	CONCLUSIÓN	65
IV.	LOS RECLAMOS DE MERCK CARECEN DE MÉRITO, SON INADMISIBLES, Y NO ESTÁN DENTRO DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL PORQUE NO SE BASAN EN UNA ACCIÓN FINAL DEL SISTEMA JUDICIAL DE ECUADOR COMO UN TODO	67
A.	LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN ES UN RECURSO EFECTIVO AL CUAL LA DEMANDANTE PODÍA Y DEBÍA HABER RECURRIDO ANTES DE HACER VALER SUS RECLAMOS POR DENEGACIÓN DE JUSTICIA AL AMPARO DEL TBI	67
1.	De acuerdo al derecho internacional, únicamente los recursos <i>obviamente fútiles</i> no tienen que ser agotados necesariamente	68
2.	La AEP pudo satisfacer el objeto que la Demandante buscaba.....	72
a.	La imposibilidad de la AEP de acuerdo a la ley para dejar en suspenso la ejecución de la sentencia impugnada no afecta su efectividad como un recurso	72
b.	La Corte Constitucional tiene autoridad para ordenar el reembolso de la cuantía de la sentencia anulada y las costas judiciales incurridas como resultado de la violación constitucional	74
c.	La anulación de la sentencia de la CNJ habría creado una base legal efectiva para el reembolso de la suma de la sentencia anulada	78
d.	En las circunstancias del caso, la Corte Constitucional de Ecuador habría sido un recurso disponible y efectivo en términos razonables.....	83

3.	Conclusión.....	88
B.	EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS DISPONIBLES Y EFECTIVOS ES OBLIGATORIO PARA TODOS LOS RECLAMOS DE LA DEMANDANTE BASADOS EN EL TRATADO.....	89
1.	El Artículo II(7) del TBI impone requisitos no menos estrictos que aquellos que impone el derecho internacional consuetudinario	89
2.	Las Disposiciones del Tratado, incluido el Artículo II(7), reflejan normalmente el derecho convencional existente sin hacer referencia explícita a éste.....	91
3.	El Artículo II(7) no viola el principio del <i>effet utile</i> meramente porque el Artículo II(3)(a) también invoque el derecho internacional consuetudinario.....	95
4.	Aunque los tribunales están hoy en día divididos sobre la interpretación del Artículo II(7), aquellos que interpretan el Artículo como una disposición que expande las protecciones de la denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional consuetudinario han tergiversado sus disposiciones	97
5.	Aunque la Demandante tiene razón en que algunas disposiciones en los TBI de los EE.UU van más allá del derecho internacional consuetudinario, el Artículo II(7) no está entre ellas	99
6.	La eliminación del Artículo II(7) del Modelo de TBI de 2004 de los EE.UU. no sugiere que se vieran como redundantes las protecciones que éste otorgaba.....	101
7.	En todo caso, la Demandante no ha agotado los recursos locales incluso de acuerdo a la interpretación más laxa de la norma por parte del tribunal en <i>Chevron I</i>	104
8.	Conclusión.....	105
C.	LA OMISIÓN DE LA DEMANDANTE EN AGOTAR LOS RECURSOS LOCALES PRIVA AL TRIBUNAL DE JURISDICCIÓN Y VUELVE SUS RECLAMOS INADMISIBLES	106
1.	El reclamo por denegación de justicia puede evaluarse como una cuestión de jurisdicción.....	107
2.	El tribunal no tiene ninguna competencia porque no existe ninguna “diferencia relativa a inversiones” dentro del Artículo VI del TBI	109
3.	Los reclamos de la Demandante son inadmisibles porque no están listos para solución	111
4.	El Tribunal no tiene jurisdicción debido a que el inicio de este arbitraje por parte de Merck es un abuso del proceso.....	112
a.	La Demandante comenzó este arbitraje en forma apresurada.....	112
b.	El abuso del proceso implica la jurisdicción del Tribunal	113
5.	Conclusión.....	117
V.	INCLUSO SI LA SENTENCIA DE LA CNJ CONSTITUYERA EL PRODUCTO FINAL DEL SISTEMA JUDICIAL ECUATORIANO, LOS RECLAMOS DEBEN DESESTIMARSE POR EL FONDO DEBIDO A QUE MERCK NO HA LOGRADO PROBAR QUE SUFRIERA UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA U OTRA VIOLACIÓN DEL TRATADO.....	119
A.	INTRODUCCIÓN	119
B.	ECUADOR NO FALSEA EL ESTÁNDAR APLICABLE PARA DETERMINAR UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA.....	119
1.	Merck debe satisfacer los altos límites que se exigen para un reclamo de denegación de justicia por razones sea sustantivas o procesales.....	120
2.	MSDIA debe probar su reclamo mediante prueba clara y convincente	122

3.	Las pruebas generales de corrupción son insuficientes para demostrar que ha ocurrido una denegación de justicia en un caso particular, y puede decirse que las pruebas circunstanciales son suficientes solo si no dan cabida a ninguna duda razonable	126
C.	MERCK NO HA DEMOSTRADO QUE LA SENTENCIA DE LA CNJ LE NEGARA JUSTICIA O QUE NO CORRIGIERA TODOS LOS SUPUESTOS DEFECTOS EN LOS PROCESOS EN LOS TRIBUNALES INFERIORES	129
1.	La interpretación de la CNJ de “responsabilidad precontractual” como una afirmación válida de la ley ecuatoriana no puede ser cuestionada por este Tribunal	129
2.	Merck no ha logrado demostrar que la decisión de la CNJ de 2014 fuera incorrecta, mucho menos “tan irrazonable que resulte inexplicable de otra manera que no sea como” arbitraria o manifiestamente incompetente, “jurídicamente imposible”, o “conmocione a un sentido de probidad judicial”	132
b.	La interpretación y aplicación de la CNJ de la responsabilidad civil precontractual y su aplicación de los Artículos 721 y 1562 del Código Civil Ecuatoriano quedaron muy bien comprendidas en el “espectro de lo jurídicamente posible” y la autoridad de la CNJ para interpretar y aplicar la ley ecuatoriana.....	135
c.	El laudo de la CNJ de indemnización por daños y perjuicios fue racional y estuvo perfectamente dentro del rango de resultados jurídicamente posibles	143
i.	La Demandante ha descrito de manera manifiestamente falsa cómo la CNJ determinó los daños otorgables.....	145
ii.	La CNJ aplicó de manera correcta la información que consta en el expediente sobre las ventas, la pérdida en ventas y al precio de la planta a fin de llegar a un límite razonable sobre el lucro cesante recuperable, y sobre los gastos de negociación para determinar las pérdidas consecuentes	148
iii.	La determinación de que el lucro cesante por pérdida de la oportunidad es recuperable como consecuencia de responsabilidad civil precontractual está respaldado totalmente por la autoridad y es completamente racional	150
iv.	Los tribunales ecuatorianos gozan de amplia flexibilidad en la determinación de la cuantía de un laudo de indemnización por daños y perjuicios, la cual es similar a la que ejercen los tribunales arbitrales internacionales	154
v.	La decisión de la Corte sobre la solicitud de aclaración presentada por Merck fue totalmente apropiada.....	157
vi.	Conclusión	158
3.	Merck tuvo oportunidad plena y justa de presentar su caso ante la CNJ, y ninguno de los defectos procesales que Merck alega constituye una denegación de justicia	158
a.	Merck tuvo conocimiento durante todo el litigio que la responsabilidad civil precontractual y la violación de la buena fe fueron bases de los reclamos de PROPHAR, y tuvo, y aprovechó la oportunidad plena y justa de defenderse contra estos.....	159
b.	Al contrario de las declaraciones falsas de Merck, la CNJ aplicó el procedimiento apropiado al imponer responsabilidad con base en la responsabilidad precontractual, y tenía la competencia para hacerlo	164
4.	La CNJ corrigió en noviembre de 2014 todos los supuestos defectos en los procesos en los tribunales inferiores	173

D.	LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FUE RACIONAL Y TOTALMENTE JUSTIFICADA DE ACUERDO A LA LEY ECUATORIANA	174
1.	La decisión de la Corte Constitucional de admitir la Acción Extraordinaria de Protección de PROPHAR fue concordante con el derecho de Ecuador y en todo caso no constituye prueba de sesgo ni de influencia indebida	176
a.	La admisión de las demandas de PROPHAR en contra de la forma en que la CNJ aplicó la ley, consideró las pruebas y calculó los daños y perjuicios no hace que su Acción Extraordinaria de Protección sea inadmisibile	177
b.	La petición de reparación de PROPHAR no hace que su Acción Extraordinaria de Protección sea inadmisibile.....	179
2.	La resolución de la Corte Constitucional es razonable y concuerda con el derecho del Ecuador	180
a.	No se puede impugnar a la Corte Constitucional por sostener que la CNJ rechazó el cálculo de daños y perjuicios de la Corte de Apelaciones basándose, entre otras cosas, en el Memorando de Cabrera.....	181
b.	No se puede impugnar a la Corte Constitucional por sostener que la CNJ consideró el Memorando de Cabrera como evidencia	183
c.	No se puede impugnar a la Corte Constitucional por no ordenar a la CNJ que haga caso omiso del Informe Pericial del Sr. Cabrera, o por no ordenar a la CNJ o a PROPHAR que reembolsaran a la Demandante el monto de la sentencia revocada	185
3.	Conclusión.....	186
E.	MERCK NO DEMOSTRÓ QUE LA RESOLUCIÓN DE LA CNJ DE SEPTIEMBRE DEL 2012 LE DENEGÓ LA JUSTICIA.....	186
1.	Merck no demostró que no fue notificada y que no tuvo oportunidad de hacerse oír en juicio sobre responsabilidad por competencia desleal.....	186
a.	Merck no podía basarse en un “acuerdo” con PROPHAR sobre qué corte debía tener jurisdicción sobre las reclamaciones por competencia desleal, porque las partes de una demanda no pueden crear jurisdicción en razón de materia por mutuo acuerdo	188
b.	Contrariamente a las tergiversaciones de Merck, una vez que la CNJ anuló la Sentencia de la Corte de Apelaciones, tuvo jurisdicción para resolver sobre la causa como Corte de Primera Instancia de acuerdo con la demanda de PROPHAR, la respuesta de Merck ante esta, y el acta de pruebas de las cortes inferiores	190
c.	Merck tuvo aviso de que el escrito de Demanda de PROPHAR planteaba una reclamación por cuasidelito y alegó que esas reclamaciones eran sobre competencia desleal	198
2.	Merck no demostró que la resolución de septiembre 2012 de la CNJ haya sido incorrecta, mucho menos que haya sido “tan indignante que resulta inexplicable o “arbitraria o sumamente incompetente, “judicialmente imposible”, “un escándalo respecto de la corrección judicial”, o “una que ningún juez competente podría haber pronunciado”	201
a.	La teoría de Merck sobre “tipificación” es poco razonable	201
b.	Merck fue notificada y aprovechó por completo la oportunidad de hacerse oír en juicio respecto del Artículo 244(3) de la Constitución de 1998, y la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 no fue carente de precedentes.....	207

3.	Merck admitió que la CNJ realizó una revisión <i>de novo</i> de las pruebas y resolvió sobre la causa de conformidad con los principios jurídicos aplicables	209
4.	Conclusión.....	210
F.	LAS RECLAMACIONES DE MERCK DE QUE SUFRIÓ UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA A NIVEL DE LA CORTE INFERIOR SON INFUNDADAS	210
1.	Merck tergiversó exageradamente los procedimientos ante la Corte de Apelaciones	210
a.	El hecho de que la Corte de Apelaciones designó y utilizó al segundo grupo de peritos no constituyó una denegación de justicia.....	210
i.	El cumplimiento de la Corte de Apelaciones con las normas de procedimiento de Ecuador es pertinente para demostrar que Merck exageró y distorsionó indebidamente el acta.....	211
ii.	La Demandante no presentó ningún argumento ni pruebas nuevas que desmientan la prueba que dio Ecuador de que tanto el Dr. Guerra como el Sr. Yerovi Jaramillo fueron designados de acuerdo con el Derecho de Ecuador	213
iii.	La designación y uso de los servicios del Sr. Cabrera como perito en daños y perjuicios por parte de la Corte.....	216
iv.	Competencia de los peritos de reemplazo.....	227
v.	La Corte de Apelaciones sí consideró las pruebas presentadas por Merck..	228
vi.	Notificación de la orden de la Corte de Apelaciones que toma control del procedimiento	231
vii.	Le recusación del Juez Toscano	232
viii.	La petición de nulidad	233
ix.	La Sentencia de la Corte de Apelaciones.....	233
x.	Otros ejemplos de las decisiones judiciales de la Corte de Apelaciones demuestran que las partes recibieron un trato igualitario	235
b.	Conclusión	236
2.	Las afirmaciones de Merck respecto de los procedimientos de la corte de primera instancia son sumamente exageradas	236
a.	La corte de primera instancia brindó a Merck la debida notificación del testimonio del testigo de PROPHAR.....	237
i.	El testimonio de la Sra. Usher de Ranson del 28 de junio de 2004.....	237
ii.	El testimonio de la Sra. Usher de Ranson del 29 de agosto de 2005	239
b.	Merck no sufrió ningún perjuicio a raíz del hecho de que su abogado local no asistió a la deposición de Usher de Ranson	240
c.	No existen pruebas de que la sentencia de la Corte de Primera Instancia se haya emitido y otorgado incorrectamente.....	242
i.	No existen indicios de que la Jueza Chang-Huang no haya revisado el acta antes de emitir su sentencia	242
ii.	Merck no demostró que no fue notificada debidamente de la sentencia de la Corte de Primera Instancia.....	244
d.	Conclusión	245

G.	MERCK NO DEMOSTRÓ QUE ALGUNO DE LOS PROCEDIMIENTOS EN CUESTIÓN EN LA PRESENTE CAUSA HAYA ESTADO "INFLUENCIADO" POR CORRUPCIÓN JUDICIAL	245
1.	Merck no presentó pruebas verosímiles de que las sentencias de las cortes inferiores hayan sido producto de corrupción	245
2.	No existen pruebas generalizadas de corrupción sistémica en la judicatura de Ecuador.....	250
a.	El hecho de que Merck recurre con frecuencia a las cortes de Ecuador socava sus reclamaciones de corrupción sistémica.....	252
b.	Los informes generales de ONG sobre niveles percibidos de corrupción brindan pocas pruebas sobre el estado de la judicatura de Ecuador.....	254
c.	La Demandante se basa en los informes del Departamento de Estado de EE.UU., lo cual es desacertado y selectivo	259
d.	Las declaraciones de funcionarios obtenidas de la prensa no prueban que la judicatura de Ecuador sea corrupta	260
e.	Extrapolar de informes generales que los procedimientos de <i>NIFA c. MSDIA</i> fueron corruptos no es más correcto que extrapolar de los informes generales sobre corrupción de la industria farmacéutica que Merck actuó corruptamente cuando funcionaba en Ecuador	261
3.	Conclusión.....	264
VI.	MERCK NO TIENE DERECHO A LA REPARACIÓN QUE RECLAMA	265
A.	MERCK SE NEGÓ A PROPORCIONAR LAS PRUEBAS DOCUMENTALES NECESARIAS	267
B.	POR CONSIGUIENTE, MERCK NO HA CUMPLIDO CON LA CARGA DE LA PRUEBA	270
C.	EN TODO CASO, LA MAYORÍA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE MERCK RECLAMA NO SON RECUPERABLES	274
D.	MERCK NO TIENE DERECHO A DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES	275
E.	MERCK NO TIENE DERECHO A LA MEDIDA PREVENTIVA QUE PRETENDE	276
F.	CONCLUSIÓN	278
VII.	CONCLUSIÓN Y PETICIÓN DE REPARACIÓN	280

I. INTRODUCCIÓN

1. La Demandada, la República del Ecuador, presenta respetuosamente a vuestra consideración su Dúplica en respuesta al Memorial de Réplica presentado por la Demandante, Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (la “Demandante”, “Merck” o “MSDIA”) el 8 de agosto de 2014, así como también al Memorial de Réplica Suplementaria de la Demandante presentada el 16 de febrero de 2015.

2. Desde febrero de 2002 hasta enero de 2003, Merck y la fabricante farmacéutica ecuatoriana, NIFA S.A. (“NIFA”, o como se la ha denominado con el nuevo nombre de “PROPHAR” participaron en negociaciones para la posible compra por parte de PROPHAR de la planta de producción de Merck en el Valle de Los Chillos, la cual habría permitido que PROPHAR expandiese de manera significativa sus operaciones, líneas de productos y ventas. PROPHAR dejó de lado otros planes de expansión y posibles compras de fábricas alternativas, y compartió con Merck valiosa información confidencial, y para un competidor, con respecto a sus planes, procesos, productos y finanzas.

3. Hacia noviembre de 2002, las partes pudieron finalmente acordar sobre un precio de compra para la planta. Luego, en enero de 2003, después de estar próximos a un año de negociaciones, sin otras cuestiones de mayor importancia que estuvieran pendientes, Merck presentó una nueva exigencia de que, como una condición de la compra, PROPHAR celebrarse un compromiso de no competir con ésta durante 5 años mediante la producción y venta de ninguno de los sesenta y seis medicamentos genéricos no patentados. En forma contemporánea con su exigencia, Merck analizaba los ingresos que perdería si PROPHAR llegare a producir y vender cuatro de los medicamentos genéricos que constaban en la lista de los sesenta y seis genéricos que Merck presentó a ésta como una nueva condición. Merck proyectó que evitaría la pérdida de ingresos de US \$4,1 millones si PROPHAR no estuviere de acuerdo en cuanto a las restricciones sobre la producción. Las comunicaciones entre el personal de Merck decían: “Cómo posicionamos dicha solicitud [ante PROPHAR] con el actual requerimiento relativo a la defensa de la competencia o antimonopolio en Ecuador”. Al mismo tiempo, Merck comparaba el beneficio en término de costos de vender la planta a PROPHAR si ésta no estuviera de acuerdo con las restricciones con respecto a la venta a otro posible comprador. Las negociaciones fracasaron cuando PROPHAR no estaría [sic] de acuerdo con las restricciones.

4. PROP HAR entabló un juicio en los tribunales ecuatorianos de lo civil de acuerdo a los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil Ecuatoriano el cual prevé la responsabilidad civil por conducta ilícita extracontractual, y otras leyes descritas. Cuatro paneles separados de jueces han revisado los múltiples miles de páginas de documentos y testimonios, informes periciales y escritos presentados y todos los cuales concluían que la conducta de Merck constituyó un acto ilícito intencional de acuerdo con uno u otro de los métodos reconocidos para analizar dicha conducta en los términos de los Artículos 2214 y 2229.

5. Merck Había tratado de excusar su comportamiento en las negociaciones citando el intento de PROP HAR de obtener un permiso para un medicamento particular con respecto al cual Merck aún tenía una patente. Pero esta excusa no fue acreditada por los tribunales. Incluso si la explicación de PROP HAR de que había solicitado el permiso basada en información errónea que había recibido no se aceptare como una excusa razonable, no es de extrañarse que esta única instancia no se considerara como justificación para exigir que PROFAR no produjese muchos otros medicamentos que Merck vendía pero para los cuales ésta no tenía patentes. Por lo tanto, desde luego está la cuestión de los mensajes internos de Merck enviados por correo electrónico que demostraron que ésta actuó en realidad con base en un frío cálculo de cuáles pérdidas podía anticipar que sufriría como consecuencia de las ventas competitivas de esos medicamentos por parte de PROP HAR.

6. En todo caso, la imposición de responsabilidad legal a Merck por esta conducta no puede verse de otra manera que no sea la aplicación judicial normal de la ley a los hechos. En realidad, no puede impugnarse con seriedad que se habría considerado esa conducta torticera en muchos otros sistemas jurídicos nacionales, de acuerdo a uno o a todos los enfoques adoptados por los tribunales ecuatorianos. El propio reconocimiento de Merck la razonabilidad de la responsabilidad civil por esa conducta puede verse en su defensa de la primera sentencia de la Corte Nacional de Justicia (“CNJ”) hecha en sus escritos ante la Corte Constitucional Ecuatoriana. Aunque Merck ahora se esfuerza por enfatizar en qué lugar en sus escritos estuvo en desacuerdo con la decisión, no puede evitar las implicaciones de sus reiteradas admisiones de que el enfoque de la CNJ fue razonable.

7. Para expresar con claridad, hubo diferencias e incluso algunos errores en el camino, pues los tribunales a veces son susceptibles a ello. Conforme se mencionó, hubo variación en cuanto a la manera exacta en que los tribunales analizaron la conducta de Merck en los términos de los Artículos de 2214 y 2229. Y cada uno de ellos tenía una apreciación diferente de lo que las pruebas en apoyo de las pérdidas de PROP HAR demostraban, en las cuales dos

de las decisiones de la CNJ redujeron la cuantía de la indemnización por daños otorgada previamente por el Tribunal de Apelaciones en un 99% y 95%, respectivamente. Pero a medida que el caso progresó, algunos de esos errores estaban siendo revisados y resueltos en niveles más altos del sistema judicial, exactamente en la forma que deben funcionar los sistemas judiciales según lo previsto.

8. Merck pudo haber permitido que los procesos ordinarios de la justicia siguiesen su curso y pudo también haberse defendido de los reclamos originados en su conducta tal como podía hacerlo. Pero Merck eligió diferentes opciones. En primer lugar, optó por ponerse a sí misma en una posición tal que eludiera el sistema judicial cuando persiguió el arbitraje internacional en un proceso paralelo. Y, en segundo lugar, decidió adoptar toda medida posible a fin de que se tuviera una impresión desfavorable de las operaciones normales del sistema judicial ecuatoriano a fin de apoyar un reclamo en ese arbitraje en el sentido de que se le había denegado justicia de acuerdo al derecho internacional. Al proceder de esa manera, Merck ha tenido que inventar razones para la jurisdicción, la responsabilidad civil y los daños de tal modo que se viere como si se hubiera abusado de los derechos que los inversionistas tienen de acuerdo al TBI entre Ecuador y los Estados Unidos de América.

9. Primero, en su apresuramiento por crear un tribunal arbitral en espera en caso de que ésta no prevaleciese en los tribunales, quedó atrapada por sí misma, y forzó a Ecuador a perseguir su arbitraje de acuerdo a la Convención del CIADI para lo cual aceptó la oferta de Ecuador de consentir al arbitraje en el CIADI y buscó “formalizar” el consentimiento de las partes a dicho arbitraje. Por consiguiente, habiendo ejercido así su única y exclusiva elección de foro de acuerdo al Artículo VI del TBI, ésta cambió de opinión e inició su arbitraje de acuerdo a las Reglas de la CNUDMI. Como se demuestra adicionalmente en esta Dúplica, y conforme da fe de ello la segunda opinión del Profesor Kenneth Vandeveld, la invocación de Merck del arbitraje bajo la CNUDMI es inefectiva, pese a su intento de “reservar” un derecho inexistente para una segunda elección, y este Tribunal carece por lo tanto de jurisdicción para conocer de los reclamos de Merck.

10. Segundo, a fin de incorporar sus denuncias dentro del alcance del TBI, el cual solo cubre diferencias sobre derechos o el trato a las “inversiones”, Merck ha tenido que distorsionar conceptos ordinarios de la ley a fin de pretender que las acciones de los tribunales ecuatorianos acerca de las cuales ésta se queja constituyan, no solo el trato a la propia Merck por sus propia conducta torticera independiente, sino mas bien el trato a algo que pueda considerarse como una “inversión” bajo el TBI. Pero al haber vendido, en una transacción no

relacionada con el presente caso, la única inversión verdadera que ésta tuvo alguna vez – la planta en el Valle de Los Chillos – las operaciones de Merck en Ecuador, incluso aquellas llevadas a cabo a través de una subdivisión interna de sí misma manifestada como una “sucursal” registrada a nivel local – conforme se demuestra en la segunda opinión del Profesor Roberto Salgado Valdez – son actividades puramente comerciales que no pueden constituir una inversión. Tampoco puede decirse en términos razonables que el propio litigio de PROPHAR / Merck haya “extendido” la vida de la inversión de Merck en la planta puesto que éste no afecta de ninguna manera los derechos de Merck de disponer de la planta, la única conexión que Merck cita para rescatar sus reclamos de este defecto. Ésta es una razón independiente por la cual el Tribunal carece de jurisdicción de acuerdo a lo que dispone el Artículo VI(1)(c) del TBI y no puede determinarse una violación sea del Artículo II(3) o del Artículo II(7) del TBI.

11. Tercero, Merck actuó de manera tan prematura que constituyó un abuso por no haber agotado el recurso disponible y efectivo de la CNJ y la Corte Constitucional de Ecuador, antes de iniciar el arbitraje. Esta objeción continua e incluso más notoria se apoya además en las segundas opiniones de los Profesores Juan Francisco Guerrero del Pozo, Lucius Caflisch y C. F. Amerasinghe. De hecho, la falta de madurez del reclamo de Merck relativo a violación se destaca únicamente en virtud de la necesidad misma de Merck de presentar una Réplica Suplementaria con posterioridad a la decisión de la CNJ de 10 de noviembre de 2014. Esta deficiencia en los reclamos de Merck los derrota debido al fondo de la cuestión, pero también los vuelve inadmisibles y los deja fuera de la jurisdicción del Tribunal.

12. Pero incluso si los reclamos de Merck pudieran sobrevivir a estas deficiencias irremediables, aun así deberían ser desestimados por falta de fundamento jurídico. La razón más inmediata es que la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 representa una disposición razonable y racional del juicio. Todas las reclamaciones no resueltas acerca del procedimiento, y los intentos forzados de Merck de impugnar esa decisión, fracasan. En esa decisión, la Corte halló una violación de disposiciones del Código Civil de Ecuador bajo los principios de la responsabilidad civil precontractual que gozan de amplio reconocimiento y han estado en cuestión en el caso desde hace mucho tiempo – no obstante las aseveraciones de Merck en sentido contrario – y se basan en los mismos hechos que se plantearon en la denuncia original. Además, se llegó a las conclusiones de la Corte en cuanto a la indemnización por daños no de la manera caricaturesca que Merck describe, sino en un análisis racional acorde con la flexibilidad reconocida de las corte y de los tribunales

arbitrales en todo el mundo para valorar la evidencia de la pérdida y cuantificar los daños. Por último, la ausencia en la decisión de alguna orden de que Prophar devolviese el dinero que Merck pagó en cumplimiento de la primera decisión de la CNJ se explica en forma válida y fácil por el hecho que Merck nunca ni siquiera solicitó dicha orden. La idoneidad y los efectos correctivos de la decisión por sí solos son suficientes para justificar la desestimación de los reclamos de Merck.

13. Pero incluso si la decisión de la CNJ de noviembre de 2014, la cual sustituyó a todas las decisiones previas sobre el fondo, no fueran dispositivas, ninguno de los esfuerzos de Merck para rehabilitar sus ataques a la decisión de la CNJ de septiembre de 2012, o los procesos en el Tribunal de Apelaciones y en la primera instancia, tiene éxito. Después de abandonar numerosas razones que había citado previamente como violaciones del debido proceso – lo cual es en sí mismo revelador de la naturaleza inventada de estas reclamaciones – Merck incluso intenta plantear nuevas razones para el ataque, las cuales anteriormente no dieron la impresión de ser impugnables. Con la ayuda de las segundas opiniones de los Profesores Luis Sergio Parraguez, Carlos Molina Sandoval, Álvaro José Pólit García y Javier Aguirre Valdez, la Dúplica demostrará, denuncia por denuncia, por qué no existe ninguna base para sostener que alguna de ellas constituya o contribuya a una denegación de justicia.

14. Además, los intentos continuos de Merck de construir un caso circunstancial para la corrupción generalizada e institucional del sistema judicial ecuatoriano siguen sin lograr el éxito ni están justificados al igual que sus esfuerzos previos. Las pruebas en las cuales Merck se basa son a todas luces no confiables y se contradicen en virtud de su propio ministerio de relaciones exteriores de Ecuador, el cual concluyó hace poco que “en general se considera que los tribunales ecuatorianos son independientes e imparciales”. Las acusaciones de denegación de justicia son de naturaleza grave y el caso de Merck aún carece de la clase de pruebas necesarias para sustentadas, o de una justificación para no haber agotado los recursos nacionales. Merck aun así no ha podido en absoluto presentar alguna prueba de alguna corrupción en el litigio *PROPHAR / MERCK*. En ausencia de dicha prueba directa, no sería apropiado inferir corrupción en estos procesos como tampoco sería apropiado inferir que Merck ha actuado de manera corrupta en Ecuador sobre la base de un cúmulo de pruebas en el expediente público de corrupción generalizada en la industria farmacéutica.

15. Por último, casi como si condescendiere en hacerlo, la Réplica de Merck plantea por primera vez lo que ésta asevera es la prueba de los costos por concepto de cobro de los abogados en los que ésta incurriera en el litigio. Pero no es solo que las pruebas carecen

totalmente de valor probatorio, puesto que consisten exclusivamente en portadas de facturas sin ninguna información justificativa de la naturaleza que fuere, sino que Merck tampoco provee ninguna prueba de que sus supuestos costos fueran de hecho necesarios y por lo tanto el resultado del litigio ecuatoriano, en particular con respecto al papel inexplicado que tuvieron en ese litigio los abogados de los Estados Unidos. Además, Merck presenta por primera vez una solicitud de un mandato judicial permanente que ordene a Ecuador impedir la ejecución de toda sentencia futura, y la indemnice por toda sentencia futura que surgiere del litigio. Sin embargo, Merck no logra establecer ningún derecho adquirido a una reparación tan especulativa.

16. En suma, conforme se demuestra más adelante en la Dúplica, los reclamos de Merck deberían ser desestimados en su totalidad.

II. A LA LUZ DEL ARTÍCULO VI(3)(A) DEL TBI, ESTE TRIBUNAL DE LA CNUDMI CARECE DE JURISDICCIÓN DEBIDO A QUE MERCK OPTÓ DE MANERA EXCLUSIVA E IRREVOCABLE POR BUSCAR LA SOLUCIÓN DE LA DIFERENCIA EN EL CIADI

17. De acuerdo al Artículo VI(3)(a) del Tratado entre los EUA y la República del Ecuador concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de la Inversión (el “Tratado” o “TBI”), una vez que un inversionista a optado por consentir en uno de los procedimientos de arbitraje enumerados, éste no podrá realizar posteriormente otra elección de consentimiento y someter una diferencia a un foro de arbitraje diferente. La Demandante ha hecho esa elección cuando consintió de manera definitiva al arbitraje ante el CIADI con su Notificación de la Diferencia de 8 de junio de 2009. Por lo tanto, inició de manera no permisible estos procesos en conformidad con las Reglas de la CNUDMI y, como resultado, el Tribunal no tiene jurisdicción de ninguna clase sobre la diferencia. Este análisis se sustenta en el Segundo Dictamen Jurídico del Profesor Kenneth Vandevelde, a quien la Demandante reconoce como el “analista principal” sobre los TBI de los EE.UU.¹.

18. Cuando confrontó las consecuencias legales de sus propias acciones, la Demandante responde que se debe culpar a Ecuador. La Demandante etiqueta la apelación de Ecuador ante el Tribunal a fin de exigir el cumplimiento de las condiciones para la jurisdicción contempladas por el acuerdo de los Estados Contratantes en el TBI como un intento de “evadir” su “compromiso bajo el Tratado de resolver las diferencias relativas a inversiones”². La Demandante preferiría hacer que el Tribunal amolde un resultado que está claramente prohibido por normas claras del derecho internacional en nombre de la “justicia” y la “equidad”, conceptos que dependen de la perspectiva desde la que se miren³.

19. Pero la Demandante no se detiene aquí. También reclama que Ecuador ha reconocido que su posición, si se aceptare, “privaría” a MSDIA de todo foro en el cual haga valer sus reclamos⁴. Esto se debe a que Ecuador “ha argumentado en otras partes que en

¹ Memorial de la Demandante, ¶ 238.

² Réplica de la Demandante, ¶ 180.

³ Lo que es cierto en derecho internacional es que “ningún participante en la comunidad internacional, sea éste un Estado, una organización internacional o una entidad jurídica, tiene un derecho inherente de acceso a un recurso jurisdiccional. Para que ese derecho llegue a existir, debe darse un consentimiento específico”. *ST-AD GmbH (Germany) v. Republic of Bulgaria*, Caso PCA No. 2011-06, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción (18 de julio de 2013) (Stern, Klein, Thomas) (“*ST-AD GmbH (2013)*”), ¶ 337 (RLA-124).

⁴ Réplica de la Demandante, ¶ 167.

virtud de su retiro del CIADI no está sujeto a la jurisdicción de los tribunales del CIADI”⁵. Y debido a que “éste *no* ha dicho que consentiría a la jurisdicción de este Tribunal si se lo ha constituido de acuerdo a las Reglas del CIADI”⁶.

20. Incluso si esto fuese verdad, el significado de un tratado no podrá variar dependiendo de las circunstancias. Pero en todo caso, no es verdad que la interpretación de Ecuador del Artículo VI(3)(a) prive a la Demandante de todo foro en el cual haga valer sus reclamos, y nada de lo que Ecuador ha planteado en estos procesos sugiere lo contrario. La elección de la Demandante de consentir al CIADI se hizo antes de que Ecuador denunciase de la Convención. Ecuador nunca ha sostenido que su denuncia fuera un impedimento para que la Demandante planteara sus reclamos en el CIADI en conformidad con lo que dispone el Artículo 72 de la Convención.

21. Además, si bien Ecuador ha argumentado en realidad en otras partes que, en virtud de su denuncia de la Convención, no está sujeto a la jurisdicción del Centro, lo hizo en circunstancias muy diferentes de aquellas que están en juego en el presente caso. Ecuador se opuso a la jurisdicción del CIADI en conexión con el intento de Murphy Exploration & Production Company (“Murphy”) de volver a inscribir sus reclamos en el CIADI después de la desestimación de su primer caso ante el CIADI (y después de la denuncia de Ecuador de la Convención). Sin embargo, al contrario de la Demandante, Murphy había actuado de acuerdo a su elección de consentir al iniciar los procesos en el CIADI. Por lo tanto, y dado que el consentimiento suscrito y registrado podría dar lugar solo a un proceso⁷, no había ningún consentimiento perfeccionado vigente al momento de la denuncia de Ecuador; por consiguiente, Murphy no podía valerse de la protección del Artículo 72 de la Convención⁸.

⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 167 (donde se cita *Murphy Exploration & Production Company – International v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. AA434, CNUDMI, Laudo Parcial sobre Jurisdicción (13 de noviembre de 2013) (Hanotiau, Abi-Saab, Hobér) (*Murphy* (2013)), ¶ 164 (CLM-253)).

⁶ Réplica de la Demandante, ¶ 167 (énfasis en el original).

⁷ Conforme el Profesor Schreuer señala, en caso de que un tribunal del CIADI haya otorgado un laudo en el cual determinare que la diferencia no está dentro de la jurisdicción del Centro, “una parte podrá trasladar la controversia a otro foro para una decisión sobre el fondo”. C. Schreuer, *et al.*, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY (2009), p. 1106 (RLA-87(bis)). Esto implica que el consentimiento mutuo de las partes, al efectuar la exclusión de “cualquier otro recurso” mientras estuviere pendiente el proceso en el CIADI en conformidad con el Artículo 26 de la Convención, deja de existir después de una desestimación por falta de jurisdicción.

⁸ Mientras el Artículo 71 de la Convención del CIADI dispone que la denuncia entra en vigencia después de la recepción de la notificación de la denuncia, el Artículo 72 estipula que, con respecto a los derechos y obligaciones que se originan en el consentimiento a la jurisdicción del Centro, la denuncia de la Convención entra en vigencia en la fecha de la recepción de la notificación de la denuncia. Convención sobre la Solución de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (la “Convención del CIADI”) (18 de marzo de 1965), 575 U.N.T.S. 159, Artículos 71-72 (RLA-140).

22. Las secciones que siguen se ocupan de las cuestiones reales en este caso: la interpretación del Artículo VI(3)(a) y la validez de la elección de la Demandante de optar por el consentimiento al CIADI. La primera sección establece que de acuerdo a todos los principios aplicables de la interpretación de tratados, el Artículo VI(3)(a) prescribe una elección exclusiva e irrevocable del procedimiento arbitral. La segunda sección revela que la Demandante participó en un ejercicio válido de su derecho en conformidad con el Artículo VI(3)(a).

A. El Artículo VI(3)(a) prevé una elección exclusiva e irrevocable de reparación arbitral

1. Introducción

23. En su Memorial de Contestación, Ecuador demostró que el Artículo VI(3)(a) del TBI entre Ecuador y los EE.UU. otorga a los inversionistas una, y *solo una*, elección de procedimiento arbitral al cual presentar sus reclamos por violaciones del Tratado⁹. Esto se debe a que:

- El Artículo VI(3)(a) emplea una estructura de lenguaje “*podrá optar por someter (a) o (b) o (c)*”) que es idéntica a la del Artículo VI(2), el cual indiscutiblemente prescribe una elección exclusiva e irrevocable del procedimiento de solución de diferencias¹⁰ y, por lo tanto, el efecto de esa disposición, en lo que concierne a la misma diferencia relativa a inversiones, debe ser el mismo que el del Artículo VI(2)¹¹.
- El hecho de que el Artículo VI(3)(a) no incluya la formulación “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” que consta en el Artículo VI(2) no es incoherente con la interpretación antes señalada, porque no es esa frase lo que vuelve a la elección bajo el Artículo VI(2) exclusiva e irrevocable.
- Mas bien, conforme se evidencia por la falta de esta formulación en el Artículo VI(2) en el Modelo de TBI de los EE.UU. de 1992, y la interpretación de los tribunales arbitrales de que esa disposición en relación con los TBI que adoptan el

⁹ La Demandante sugiere que la interpretación de Ecuador se basa en una supuesta presunción de que el derecho de un inversionista a arbitrar al amparo de un TBI es exclusiva e irrevocable y que, por lo tanto, Ecuador busca basarse ahora en el canon “desacreditado” de la interpretación restrictiva de tratados. Réplica de la Demandante, ¶ 183, nota a pie de página 153. Ésta es una tergiversación de la posición de Ecuador. Los planteamientos de Ecuador en su Memorial de Contestación y el presente memorial se basan directamente en los principios convencionales de la interpretación de tratados codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la “CVDT”) sobre la cual la Demandante está de acuerdo es la que rige la interpretación de los términos del Artículo VI(3). Véase, Réplica de la Demandante, ¶¶ 184-185. Que una elección cubierta del inversionista de elegir el consentimiento de acuerdo a lo que dispone el Artículo VI(3)(a) sea exclusiva e irrevocable es el resultado de la aplicación de esos principios acordados, y no de ninguna presunción a favor de la interpretación restrictiva de las cláusulas sobre solución de diferencias en los tratados bilaterales de inversiones. Además, tampoco existe ninguna presunción a favor de una interpretación *amplia* de dichas cláusulas. Véase *ST-AD GmbH (2013)*, ¶ 382 (RLA-124)..

¹⁰ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 97.

¹¹ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 99, 103, 112-113, y Tabla 2.

lenguaje de ese Modelo *verbatim*¹², este efecto se deriva del término disyuntivo “o” en referencia a la elección que se debe hacer¹³.

- Esta conclusión no vuelve superflua a la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas”; cumple la función importante de aclarar que la elección de la solución de diferencias de acuerdo al Artículo VI(2) es de hecho exclusiva e irrevocable¹⁴. Esta función aclaratoria se confirma mediante la Carta de Presentación emitida por el Departamento de Estado de los Estados Unidos al Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos (la “Carta de Presentación”), la cual indica que la frase pertinente simplemente “reitera” lo que el lenguaje prototipo ya establece, esto es, “que el inversionista podrá optar entre [...] tres alternativas”, y hace énfasis en que “esta adición *no modifica la función de esta disposición*”¹⁵, así como también mediante la opinión académica autoritativa que comenta específicamente sobre la inclusión de esta frase en el TBI entre Ecuador y los EE.UU.¹⁶.
- El contexto de la disposición señala la misma conclusión. Tanto el Artículo VI(3)(b), que prevé el inicio del proceso arbitral por cualquiera de las partes en la diferencia, y el Artículo VI(4), que estipula el consentimiento de los Estados Contratantes a la presentación de las diferencias relativas a inversiones a arbitraje internacional, contemplan solo una elección del procedimiento de arbitraje¹⁷.
- Esta elección singular, exclusiva e irrevocable acorde con el Artículo VI(3)(a) es totalmente coherente con el objeto y propósito del Artículo VI, y del TBI como un todo. *Primero*, el Artículo VI(3)(a) es una descripción en detalle de la disposición sobre la elección de recursos en el párrafo (2), insertado en el TBI a fin de evitar la multiplicidad de procedimientos con respecto a la misma diferencia relativa a inversiones¹⁸. *Segundo*, limitar la exclusividad y la irrevocabilidad de la elección de la solución de diferencias a la elección de tribunales locales disuadiría a los inversionistas de recurrir a esos tribunales. Dicho resultado difícilmente sería conducente para la promoción de “una mayor cooperación económica entre las partes”, lo cual necesariamente implica la confianza mutua en el sistema jurídico de la otra Parte, o para el desarrollo económico de las Partes, el cual no puede estar separado del desarrollo de sus respectivos sistemas jurídicos¹⁹. *Finalmente*, el hecho de que los términos reales del Artículo VI establezcan que sólo se otorga una elección del proceso arbitral a los inversionistas cubiertos no puede considerarse contrario al objeto y propósito del TBI de proteger la inversión; el “objeto y propósito” del TBI no podrá usarse para justificar interpretaciones de

¹² Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 104-106, y Tabla 1.

¹³ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 100.

¹⁴ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 111.

¹⁵ Departamento de Estado, Carta de Presentación para el Tratado entre los EE.UU. y Ecuador concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones *reimpreso en* S. TREATY DOC. NO. 103-15 (1993) (“Carta de Presentación del TBI con Ecuador”), p.8 (RLA-34) (énfasis agregado).

¹⁶ K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), p. 644 (RLA-85(bis)) (la adición de la frase “de acuerdo con una de las siguientes alternativas” en el TBI entre Ecuador y los EE.UU. “tenía la finalidad de aclarar que el inversionista podrá optar solo por una de las alternativas, lo cual es la intención del modelo de 1992, y por consiguiente, *la adición de la frase no cambia la esencia de la disposición*”) (énfasis agregado). Véase también Primer Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 57.

¹⁷ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 123-124.

¹⁸ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 126.

¹⁹ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 128.

disposiciones de tratados que excedan, o anulen efectivamente, los términos acordados de la protección de inversiones²⁰.

24. En su Réplica, la Demandante, con al soporte del Profesor Ratner, discute que el Artículo VI(3)(a) exige una elección exclusiva e irrevocable de foro arbitral. Las siguientes secciones revelan por qué la Demandante está equivocada.

2. La estructura del Artículo VI(2) y (3)(a) establece una elección única, exclusiva e irrevocable de procedimiento para la solución de diferencias

25. La Demandante plantea que, pese a la estructura idéntica de los dos párrafos, el uso mismo del TBI del “enfoque de los dos párrafos” pone de manifiesto una distinción entre la elección de entre opciones para la solución de diferencias, por una parte, y la elección de entre las opciones de arbitraje internacional, en la cual la disyuntiva se aplica solo a la primera, por otra parte²¹. Según esa lógica,

[s]i la intención del tratado hubiera sido que la elección exclusiva e irrevocable expresada en el párrafo 2 incluyese una disyuntiva adicional entre las cuatro opciones para arbitraje que se enumeran en el párrafo 3, éste simplemente habría enumerado esas cuatro opciones junto con las dos primeras opciones (los recursos internos y otros procedimientos acordados), para tener un total de seis ‘prolongaciones’ de la disyuntiva [...]²².

26. En esencia, la Demandante argumenta que debido a que la elección de recursos al amparo del TBI está regulada en dos párrafos del Artículo VI, en lugar de uno, la elección de arbitraje internacional de acuerdo al párrafo (2) es diferente en su naturaleza de la elección de un procedimiento de arbitraje particular de acuerdo al párrafo (3). La primera es “exclusiva e irrevocable”. La segunda supuestamente no es.

27. Este argumento se basa en el supuesto equivocado de que la elección del inversionista a favor de la solución de la diferencia relativa a inversiones a través de arbitraje vinculante en conformidad con lo que dispone el Artículo VI(2) es diferente de la elección de consentimiento para un procedimiento arbitral particular en los términos del Artículo VI(3)(a)²³. De hecho, es la misma, la segunda pone de manifiesto la primera, tal como el Profesor Vandavelde opina, “[u]n inversionista no elige, de alguna manera, el arbitraje internacional en un sentido abstracto de acuerdo al Artículo VI(2) y posteriormente realiza

²⁰ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 129-130.

²¹ Réplica de la Demandante, ¶ 192.

²² Informe Pericial del Profesor Steven R. Ratner (1 de agosto de 2014) (“Informe Pericial de Ratner”), ¶ 18; véase también Réplica de la Demandante, ¶ 191.

²³ Réplica de la Demandante, ¶ 190; véase también Informe Pericial de Ratner, ¶ 18.

entonces una segunda elección entre los diversos foros arbitrales internacionales que se enumeran en el Artículo VI(3)”²⁴. Éstas son la misma acción.

28. No se necesita ir más allá de los términos reales empleados en esas disposiciones para darse cuenta de que el profesor Valverde tiene razón. El Artículo VI(2) dispone lo siguiente:

En el caso de una diferencia relativa a inversiones, las partes en la diferencia deberían buscar inicialmente una solución a través de la consulta y la negociación. Si no se pudiese resolver la diferencia en términos amistosos, el nacional o la compañía en cuestión *podrá optar por someter la diferencia, de acuerdo a una de las siguientes alternativas, para su solución:*

(a) ante las cortes o tribunales administrativos de la parte que sea una parte en la diferencia; o,

(b) en conformidad con cualquiera de los procedimientos de solución de diferencias aplicables que se acordare previamente; o,

(c) en conformidad con los términos del párrafo 3 [del Artículo VI]²⁵.

29. No existe ninguna controversia entre las partes en cuanto a que esta disposición prescribe una elección exclusiva e irrevocable del procedimiento para la solución de diferencias.

30. Los “términos del párrafo 3” establecen que el arbitraje internacional vinculante es una de las “alternativas” por las cuales el nacional o la compañía en cuestión podrán optar, de manera exclusiva e irrevocable, para presentar la diferencia en conformidad con lo que dispone el Artículo VI(2). Dado que el arbitraje internacional se basa en el consentimiento mutuo de las partes, los “términos del párrafo 3” también establecen cómo el inversionista podrá manifestar su elección a favor del arbitraje internacional²⁶:

A condición de que el nacional o compañía en cuestión no haya sometido la diferencia para su solución de acuerdo al párrafo 2 (a) o (b) y que hayan transcurrido seis meses contados a partir de la fecha en la cual surgió la diferencia, el nacional o compañía en cuestión *podrá optar por consentir por escrito al sometimiento de la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante:*

²⁴ Segundo Informe Pericial del Profesor Kenneth J. Vandeveld (19 de febrero de 2014) (“Segundo Informe Pericial de Vandeveld”), ¶ 8.

²⁵ TBI entre Ecuador y E.E.UU., Artículo VI(2) (C-1) (énfasis agregado).

²⁶ El consentimiento de los Estados Contratantes se da de acuerdo al Artículo VI(4), se analiza a continuación.

(i) al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el “Centro”) establecido por la Convención sobre la Solución de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, dado en Washington el 18 de marzo de 1965 (la “Convención del CIADI”), siempre y cuando la Parte sea una parte en dicha Convención; *o*

(ii) a la Facilidad Adicional del Centro, si el Centro no estuviere disponible; *o*

(iii) en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); *o*

(iv) a cualquier otra institución de arbitraje, o de acuerdo con cualesquiera otras reglas de arbitraje, que acordaren mutuamente las partes en la diferencia²⁷.

31. La elección de un inversionista del consentimiento a uno de los procedimientos arbitrales que se enumeran en el Artículo VI(3)(a) constituye, por lo tanto, *al mismo tiempo*, una elección a favor del tercer método *alternativo* de solución de diferencias de acuerdo al Artículo VI(2). El Profesor Vandeveldt señala que el Profesor Ratner “nunca explica cómo un inversionista podría elegir el arbitraje internacional en los términos del Artículo VI(2) sin elegir un foro arbitral internacional específico de entre aquellos que se identifican en el Artículo VI(3)²⁸. Mas bien, y al contrario de la interpretación del profesor Ratner:

Si el inversionista optare por el arbitraje internacional, esa elección ocurre entonces en el momento que el inversionista opta por someter la diferencia a un foro de arbitraje internacional particular. Una vez que el inversionista realiza la elección en conformidad con el Artículo VI, la elección se completa y el inversionista no podrá realizar una segunda elección²⁹.

32. De lo anterior se infiere que una elección de consentir para *otro* procedimiento arbitral que consta en el Artículo VI(3)(a) constituiría de hecho una *segunda* elección, y por lo tanto no permisible, del procedimiento para solución de diferencias según el Artículo VI(2). Dicho de manera sencilla, un inversionista que optare por consentir al arbitraje en el CIADI al amparo del Artículo VI(3)(a) ha optado también al mismo tiempo por someter la diferencia a arbitraje vinculante para los fines del Artículo VI(2). Si éste sometiere posteriormente la misma diferencia relativa a inversiones, por ejemplo, a arbitraje en conformidad con las reglas

²⁷ TBI entre Ecuador y E.E.UU., Artículo VI(3)(a) (C-1) (énfasis agregado).

²⁸ Segundo Informe Pericial de Vandeveldt, ¶ 8.

²⁹ Segundo Informe Pericial de Vandeveldt, ¶ 8.

de la CNUDMI, de hecho estará ejerciendo su derecho de elección en conformidad con el Artículo VI(2) por segunda vez, lo cual no se permite de acuerdo al TBI.

33. La Carta de Presentación confirma que los Artículos VI(2) y (3)(a) tienen la finalidad de otorgar al inversionista una, y sólo una, elección de procedimiento arbitral. La Carta trata estos dos disposiciones como una unidad, “estableciendo el rango de opciones del inversionista para la solución de diferencias”³⁰. La Carta prosigue diciendo que:

El inversionista podrá realizar *una elección exclusiva e irrevocable para*: (1) emplear uno de los diversos procedimientos de arbitraje que se describen en el Tratado; (2) someter la diferencia a procedimientos que la inversión [*sic*] y el gobierno del país receptor de la inversión acordaren previamente en un acuerdo de inversión o de otra manera; o (3) presentar la diferencia ante las cortes o tribunales administrativos locales del país receptor de la inversión³¹.

34. Lejos de trazar una distinción entre los efectos legales de los párrafos (2) y 3(a), conforme el Profesor Ratner argumental³², la Carta “inicia toda su descripción de las diversas alternativas señalando que la elección entre todas estas alternativas es exclusiva e irrevocable”³³. En virtud de este lenguaje introductorio, “la carta no tenía ninguna necesidad de reiterar que la elección entre los diversos procedimientos de arbitraje era exclusiva e irrevocable”³⁴. Además, la Carta por lo tanto deja en claro que no es la elección de arbitraje internacional *en general* lo que es “exclusivo e irrevocable” de acuerdo al TBI, como argumenta la Demandante³⁵. Mas bien, es la elección de “*uno* de los diversos procedimientos de arbitraje que se describen brevemente en el Tratado [es decir el Artículo VI(3)(a)]” la que tiene este efecto³⁶.

³⁰ De hecho, aunque la Carta de Presentación dedica párrafos separados a la discusión de los párrafos del Artículo VI, los párrafos 2 y 3 se tratan en conjunto.

³¹ Carta de Presentación del TBI con Ecuador, p. 8 (RLA-34) (énfasis agregado).

³² El Profesor Ratner argumenta que la Carta de Presentación infiere una distinción entre el Artículo VI(2), en el contexto de la cual éste menciona una “elección exclusiva e irrevocable” por parte del inversionista, y el Artículo VI(3)(a), en el contexto del cual éste menciona el derecho del inversionista a “escoger entre” los varios procedimientos de arbitraje que se enumeran; esta pretendida distinción – el Profesor Ratner plantea – “refuerza el significado ordinario de los Artículos VI(2) y (3)”, de acuerdo con los cuales solo la elección según lo dispuesto en la primera disposición es exclusiva e irrevocable. Informe Pericial de Ratner, ¶ 39; véase también Réplica, ¶ 225..

³³ Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 107..

³⁴ Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 107. Véase también *id.*, ¶ 108 (“El propósito de la oración [en la Carta de Presentación] que dice que ‘el inversionista podrá optar entre’ los tres procedimientos y en los cuales el Profesor Ratner se basa es simplemente identificar los procedimientos disponibles”.)

³⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 224.

³⁶ Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 107 (“Este lenguaje aclara que un inversionista podrá optar solo por *uno* de los procedimientos de arbitraje que se identifican en el tratado”. (énfasis en el original).

35. En síntesis, la Carta de Presentación confirma que los párrafos 2 y 3(a) del Artículo VI constituyen un “continuo lógico”, en el cual el segundo constituye una “explicación detallada” del primero³⁷.

3. La estructura del Artículo VI(2) y (3)(a) comparada con la elección de disposiciones relativas a los recursos en otros TBI

36. A fin de apoyar su argumento sobre el “método de dos párrafos”, la Demandante y el Profesor Ratner también se basan en tratados de terceros que “han adoptado un método de [un párrafo] mediante el cual aplicaron una elección exclusiva e irrevocable a todas las opciones enumeradas”³⁸. En particular, la Demandante y el Profesor Ratner se refieren al TBI entre Canadá y Venezuela, el TBI entre Alemania y Polonia, y el TBI entre Líbano e Italia. Sin embargo, solo el último tratado otorga a los inversionistas cubiertos un derecho a elegir entre foros arbitrales internacionales *igualmente* disponibles³⁹. Por lo tanto, solo el último tratado podrá ser pertinente para su argumento en el presente caso.

37. De acuerdo al Artículo 7(2) de ese TBI, un inversionista podrá optar por someter la diferencia a (a) los tribunales locales “o” el CIADI “o” el arbitraje *ad hoc* en conformidad con las Reglas de la CNUDMI⁴⁰. El Artículo 7(2) prosigue diciendo que “[l]a elección hecha de

³⁷ *Murphy Exploration & Production Company v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. AA434, CNUDMI, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, Opinión Discrepante del Profesor Abi-Saab (13 de noviembre de 2013) (Hanotiau, Abi-Saab, Hobér) (“*Murphy* (2013), Opinión Discrepante del Profesor Abi-Saab”), ¶ 5 (RLA-188).

³⁸ Réplica de la Demandante, ¶¶ 192, 207-208 (en referencia al TBI entre Italia y el Líbano, el TBI entre Canadá y Venezuela, y el TBI entre Alemania y Polonia); véase también Informe Pericial de Ratner, ¶¶ 24-29.

³⁹ Conforme el Profesor Vandeveldt observa, el TBI entre Canadá y Venezuela “*no permite* una elección de recursos entre los foros arbitrales internacionales porque ésta permite el arbitraje ante la Facilidad Adicional *solo si* ambas partes son parte en la Convención del CIADI, y el arbitraje de acuerdo a las Reglas de la CNUDMI *si no estuviere disponible ni el CIADI ni la Facilidad Adicional*”. El tratado no otorga a los inversionistas cubiertos ningún derecho a escoger entre foros arbitrales internacionales igualmente disponibles y, por lo tanto, es irrelevante para el argumento de la Demandante y el Profesor Ratner. Segundo Informe Pericial de Vandeveldt, ¶ 68 (énfasis agregado).

De manera similar, el TBI entre Alemania y Polonia no confiere un derecho a escoger entre foros arbitrales internacionales igualmente disponibles:

[el TBI entre Alemania y Polonia] prescribe un procedimiento arbitral *ad hoc* al cual las dos partes en el tratado consientan. Luego dispone que, si tanto Alemania como Polonia accedieren a la Convención del CIADI y si el inversionista y una parte en un tratado han acordado someter la diferencia al CIADI, en ese caso el procedimiento arbitral *ad hoc* no está disponible. *Por consiguiente, el inversionista no tiene la potestad de escoger el foro*. Si no existiere ningún acuerdo de someter la diferencia a arbitraje en el CIADI, en ese caso el único foro de arbitraje disponible para el inversionista es el arbitraje *ad hoc* al amparo del TBI. Si existiere un acuerdo de someter la diferencia a arbitraje ante el CIADI, el inversionista podrá someter la diferencia solo a ese foro.

Segundo Informe Pericial de Vandeveldt, ¶ 69 (énfasis agregado).

⁴⁰ Tratado entre la República Italiana y la República Libanesa sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Artículo 7.2, citado en *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción (11 de septiembre de 2009) (van Houtte, Feliciani, Moghaizel) (“*Toto* (2009)”), ¶ 203 (RLA-95).

acuerdo a lo que se dispone en los literales a, b, y c en dicho Artículo *supra* es final”⁴¹. Mediante referencia a esa disposición particular, la Demandante y el Profesor Ratner argumentan que “cuando los Estados desean constreñir al inversionista más allá de la elección exclusiva e irreversible entre recursos internos y la solución internacional de diferencias, ellos pueden proceder a hacerlo a través de las palabras del tratado”⁴².

38. Sin embargo, conforme el Profesor Vandeveldelde puntualiza, este argumento colapsa “[u]na vez que se rechaza la caracterización errónea [del Profesor Ratner] de la disposición sobre la elección de recursos en el Artículo VI como si implicase dos elecciones”⁴³. Sin embargo, existen razones adicionales por las cuales este argumento es inútil para la Demandante. *Primero*, y no obstante que el Artículo 7(2) es posterior a la celebración del TBI entre Ecuador y los EE.UU. en cuatro años⁴⁴, el hecho de que la irreversibilidad de la elección entre procedimientos de arbitraje se implicara en el TBI entre Líbano e Italia a través de un lenguaje particular no significa que “dicho lenguaje sea *necesario* para transmitir ese significado”⁴⁵. De hecho, conforme el Profesor Vandeveldelde observa, “[d]ebido a que algunas partes en los TBI han seleccionado una manera de expresar una idea no significa que ésta sea la *única* manera de expresar la idea”⁴⁶.

39. *Segundo*, muchos TBI que contienen una disposición sobre la elección de los recursos *usan solo la conjunción “o” para establecer la naturaleza exclusiva e irrevocable de la elección*⁴⁷. Y qué mejor ejemplo del Modelo de TBI de los EE.UU. de 1992, en uso durante el momento en que se negoció el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, y los TBI de los EE.UU. que adoptan dicho Modelo⁴⁸.

40 En síntesis, el argumento de la Demandante y el Profesor Ratner basado en la estructura de las disposiciones sobre elección de recursos del Artículo VI se basa en el supuesto equivocado de que la elección a favor del arbitraje internacional de acuerdo al Artículo VI(2) es diferente de la elección de consentimiento para un procedimiento de arbitraje particular según el Artículo VI(3)(a)⁴⁹. Esto simplemente no es lo que ocurre en el presente caso. Debido a que Ecuador y los Estados Unidos no emplearon los mismos

⁴¹ *Toto* (2009), ¶ 203 (RLA-95).

⁴² Informe Pericial de Ratner, ¶ 29; véase también Réplica, ¶ 208.

⁴³ Segundo Informe Pericial de Vandeveldelde, ¶ 71.

⁴⁴ Segundo Informe Pericial de Vandeveldelde, ¶ 73.

⁴⁵ Segundo Informe Pericial de Vandeveldelde, ¶ 74 (énfasis agregado).

⁴⁶ Segundo Informe Pericial de Vandeveldelde, ¶ 75 (énfasis agregado).

⁴⁷ Segundo Informe Pericial de Vandeveldelde, ¶¶ 76-78 (referente al Artículo 9(2) del TBI entre los Países Bajos y Etiopía y Artículo 7(2) del TBI entre Suiza y Líbano).

⁴⁸ Segundo Informe Pericial de Vandeveldelde, ¶ 79.

⁴⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 190; véase también Informe Pericial de Ratner, ¶ 18.

términos que Italia y Líbano usaron en su TBI para denotar la noción de exclusividad e irrevocabilidad de la elección de procedimiento de arbitraje internacional, esto no implica que dicha elección sea menos exclusiva e irrevocable bajo el Artículo VI(2) y (3)(a). De hecho, de manera muy similar a la de otros Estados en sus TBI, Ecuador y los Estados Unidos establecieron la naturaleza exclusiva e irrevocable de la elección de recursos mediante el uso del término “o”.

4. El principio del *effet utile* no es incoherente con la interpretación de Ecuador

41. La Demandante se esfuerza mucho para argumentar que su interpretación de los términos del Artículo VI(3)(a) está prescrita por el principio del *effet utile*. La Demandante está equivocada. Los términos de los tratados a menudo tienen una función confirmatoria o aclaratoria. La frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” en el Artículo VI(2) cumple precisamente esa función: confirmar la naturaleza exclusiva irrevocable de la elección única de recursos que se otorga según el Artículo VI.

a. La frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” confirma la naturaleza exclusiva e irrevocable de la elección única que se otorga bajo el Artículo VI(2) y (3)(a)

42. La misma hipótesis equivocada, que el Artículo VI prescriba dos elecciones, de una naturaleza diferente, en lugar de una, sirve de base al argumento de la Demandante y el Profesor Ratner en el sentido que la inclusión de la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” en el párrafo (2) del Artículo VI pero no en el párrafo (3)(a) significa, en virtud del principio del *effet utile*, que solo la elección prescrita bajo la primera disposición sea exclusiva e irrevocable⁵⁰. Conforme el Profesor Vandeveldel indica:

[El Profesor Ratner] desea crear una segunda elección en el Artículo VI(3) a fin de argumentar que la ausencia de la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” en el Artículo VI(3) indica que la supuesta segunda elección de acuerdo al Artículo VI(3) no es exclusiva ni irrevocable. En su opinión, un inversionista podrá por lo tanto elegir más de uno de los recursos en el Artículo VI(3)⁵¹.

43. El argumento de la Demandante y el Profesor Ratner se desploma si la elección de procedimiento arbitral según el Artículo VI(3)(a) manifestare, al mismo tiempo, una elección del procedimiento de solución de diferencias acorde con el Artículo VI(2). La frase “de

⁵⁰ Réplica de la Demandante, ¶¶ 200, 203-205.

⁵¹ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 10.

acuerdo a una de las siguientes alternativas” consta solo en el Artículo VI(2) porque “ése es el lugar en el cual el tratado autoriza al inversionista a realizar una sola elección”⁵². Ésta es también la conclusión a la que llega el Profesor Abi-Saab en su Opinión Discrepante en el caso *Murphy v. Ecuador*:

Considerando [...] que el párrafo 3 [del Artículo VI] es una explicación detallada del párrafo 2 y continúa dentro de su marco de trabajo, la repetición de la frase cautelar [...] en el párrafo 3, habría sido redundante. *No habría tenido ningún “effet utile” en absoluto, pues la aclaración ya se ha hecho en el párrafo 2 del cual el párrafo 3 es una mera elaboración*⁵³.

44. *Segundo*, no habría cabida para la aplicación del principio del *effet utile* que no sea para confirmar, conforme señala la Carta de Presentación y el comentario académico, el efecto jurídico del término “o” en la versión llana del Artículo VI(2) en el Modelo de TBI de 1992 de los EE.UU. Ésta es también la conclusión a la que llegó el Profesor Abi-Saab en su Opinión Discrepante en el caso *Murphy v. Ecuador*:

Sin tener que invocar una jerga tan indeterminada como “la encrucijada”, el uso de la palabra “o” en el párrafo 2 del Artículo VI es suficiente para indicar que la elección se limita a una de las alternativas que allí se enumeran. La adición de la frase [“de acuerdo a una de las siguientes alternativas”] no es necesaria. *Sin embargo, no está desprovista de “effet utile” porque actúa como una aclaración precautelar, ex abundante cautela, para evitar toda duda*⁵⁴.

b. El principio del *effet utile* no impide la función confirmatoria / aclaratoria de las disposiciones del Tratado

45. El argumento de la demandante adolece de un defecto adicional. La demandante plantea que Ecuador está intentando “leer en el tratado” la frase inexistente “[d]e acuerdo a una de las siguientes alternativas”⁵⁵. Al hacer esta aseveración, la demandante supone que el principio del *effet utile* “impide siempre una interpretación de que ese lenguaje se insertó en

⁵² Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 9. Otra razón por la cual esta frase consta en el Artículo VI(2) y no en éste o también en el párrafo VI(3)(a) se explica en los párrafos 50-58 del Primer Informe del Profesor Vandeveld. En esos párrafos, el Profesor Vandeveld explica que la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” se insertó en el Modelo de TBI de los EE.UU. de 1994 para aclarar algunas ambigüedades en la relación entre las opciones que se enumeran en el párrafo 2; sin embargo, “ninguna de esas ambigüedades [...] había existido en ningún momento con respecto a si el inversionista podía consentir en más de un foro arbitral. Por lo tanto, no había necesidad de ningún lenguaje aclaratorio con respecto a la exclusividad e irrevocabilidad de la elección de consentimiento de entre diferentes formas de arbitraje entre inversionista y Estado bajo el TBI”. Primer Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 58; Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶¶ 52-53.

⁵³ *Murphy* (2013), Opinión Discrepante del Profesor Abi-Saab, ¶ 9 (RLA-188) (énfasis agregado).

⁵⁴ *Murphy* (2013), Opinión Discrepante del Profesor Abi-Saab, ¶ 8 (RLA-188) (énfasis agregado).

⁵⁵ Réplica de la Demandante, ¶¶ 216-217; Informe Pericial de Ratner, ¶ 22.

un tratado meramente por mayor precaución (*ex abundante cautela*) a fin de aclarar o confirmar el significado”⁵⁶. Sin embargo, esto no es verdad por las cuatro razones siguientes.

46. *Primera*, conforme el Profesor Vandeveldel demuestra, ninguno de los casos que el Profesor Ratner cita para apoyar la proposición de que el principio del *effet utile* impida en forma automática el uso de términos aclaratorios o confirmatorios para dar un énfasis particular a ciertas cuestiones que se regulan⁵⁷. Además, en ninguno de estos casos, si se hubiera argumentado que los términos pertinentes en el tratado se insertaron *ex abundante cautela*, y en ninguna de las cortes o tribunales internacionales involucrados ni siquiera abordó si los términos de los tratados en cuestión pudieran interpretarse como si se los hubiera insertado *ex abundante cautela*. Esto presenta un claro contraste con la presente situación.

47. *Segunda*, varios tribunales han reconocido que los términos en los tratados no siempre confieren un significado independiente del significado de otros términos, y que su función podría consistir legítimamente en confirmar o aclarar el significado que otros términos del tratado establecen⁵⁸. Esa función es totalmente coherente con el principio del *effet utile*; de hecho, el Profesor Vandeveldel indica, “la aclaración o confirmación es el[] *effet utile* [de estas disposiciones]”⁵⁹.

48. Esto se reconoció como por ejemplo, en *Siemens v. Argentina*, en el cual Argentina argumentó que el término “trato” en el artículo 3 del TBI entre Alemania y Argentina, la cláusula sobre la NMF del TBI, estaba limitada en su alcance por los demás términos del Artículo 3 y, por ende, no incluía materias relativas a la solución de diferencias⁶⁰. En apoyo de este argumento, Argentina citó las cláusulas sobre trato a la nación más favorecida en el Artículo 4(3) y (4) del TBI⁶¹. Argentina argumentó que dar al Artículo 3 el alcance general que la demandante defendió violaría el principio del *effet utile* puesto que significaría que las cláusulas sobre la NMF en el Artículo 4 fuera “superfluas”, al estar totalmente subsumidas bajo el Artículo 3⁶². La demandante replicó que las cláusulas especiales sobre la NMF en el

⁵⁶ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 14. Véase a este respecto, Réplica de la Demandante, ¶ 219; Informe Pericial de Ratner, ¶¶13-14.

⁵⁷ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶¶ 15-18 (donde se analizan varios casos en los cuales el Profesor Ratner se basa en los párrafos 9-15 de su Informe).

⁵⁸ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶¶ 19-22.

⁵⁹ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 22 (énfasis en el original).

⁶⁰ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004) (Rigo Sureda, Brower, Bello Janeiro) (“*Siemens*”), ¶¶ 39-40, 84 (RLA-65).

⁶¹ El Artículo 4(3) estableció el trato a la NMF con respecto a la compensación, etc., de pérdidas incurridas como resultado de la guerra, etc. El Artículo 4(4) estableció el trato a la NMF con respecto a la provisión de protección y seguridad legal plenas y protección frente a una expropiación ilegal. Las cláusulas se reproducen en el párrafo 88 del laudo en *Siemens* (RLA-65).

⁶² *Siemens*, ¶¶ 44, 87 (RLA-65).

Artículo 4(3) y (4) no negaban la cláusula general sobre la NMF en el Artículo 3 y que sostener aquello “negaría el significado del Artículo 3 en general”⁶³.

49. El tribunal determinó que la generalidad del Artículo 3 no volvió al Artículo 4 superfluo⁶⁴. Fue perfectamente legítimo que los Estados partes en un TBI “hicieran énfasis en ciertas cuestiones *ex abundante cautela*”⁶⁵. Esa acción no debería verse como limitante del alcance de las cláusulas que tengan un carácter más general; mas bien, “[l]a repetición de la disposición en un contexto particular enfatiza la preocupación de las partes con respecto a esa cuestión particular”⁶⁶. El tribunal rechazó en consecuencia el argumento de Argentina sobre el *effet utile*.

50. En coherencia con el laudo en *Siemens*, la inclusión de la frase “de acuerdo a una de las alternativas siguientes” en el Artículo VI(2) no debería verse como una disposición que limite el alcance del término general “o” en el Artículo VI(3)(a), o “superflua” dada la generalidad del segundo término.

51. En un sentido similar, en *Walter Bau v. Thailand*, el tribunal estuvo de acuerdo en que es perfectamente legítimo que los Estados incluyan cláusulas en los TBI “por mayor precaución”⁶⁷. En *Arif v. Moldova*, el tribunal confirmó que una disposición de un tratado no podrá agregar en el tratado una “obligación nueva, específica o distinta de respetar los compromisos hechos”, y aun así disfrutar del *effet utile*⁶⁸.

52. *Tercero*, aceptar la teoría de la Demandante y el Profesor Ratner en cuanto a que el principio del *effet utile* impida la interpretación del lenguaje del tratado en el sentido de que tiene una función meramente confirmatoria o aclaratoria equivaldría a dejar de considerar una característica importante del TBI y, de hecho, de los TBI de los EE.UU. en general. Conforme el Profesor Vandavelde demuestra en su Segundo Dictamen Jurídico, el TBI está “repleto de lenguaje insertado *por mayor precaución* para aclarar o confirmar el significado”⁶⁹.

⁶³ *Siemens*, ¶ 67 (RLA-65).

⁶⁴ *Siemens*, ¶ 90 (RLA-65).

⁶⁵ *Siemens*, ¶ 90 (RLA-65).

⁶⁶ *Siemens*, ¶ 90 (RLA-65).

⁶⁷ *Walter Bau AG (In Liquidation) v. Kingdom of Thailand*, CNUDMI (TBI entre Alemania y Tailandia), Laudo (1 de julio de 2009) (Barker, Lalonde, Bunnag), ¶ 9.70 (KV-1).

⁶⁸ *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) (Cremades, Hanotiau, Knieper), ¶¶ 389, 391 (RLA-120).

⁶⁹ Segundo Informe Pericial de Vandavelde, ¶¶ 23-32 (donde se analiza, entre otras cosas, la inclusión de ejemplos ilustrativos para aclarar las definiciones no exhaustivas de “inversión” en el Artículo I(1)(d), y las “transferencias relacionadas con una inversión” en el Artículo IV(1), y las disposiciones sobre expropiación en el

53. *Cuarto*, la propia Demandante reconoce que ciertos términos en los tratados podrían cumplir una función aclaratoria sin que esto plantee alguna incoherencia con el principio del *effet utile*. En el contexto de su esfuerzo por establecer la existencia de una inversión protegida, la Demandante dice que la adición del término “sucursal” a la definición de “compañía” en el Artículo 1(1)(b) del Modelo de TBI de 1994 de los Estados Unidos “no tenía ningún efecto sobre la interpretación de la inversión bajo el Artículo 1(1)(a) [del Modelo de TBI de 1992 de los EE.UU.], el cual ya era lo bastante amplio para que incluyese las sucursales”⁷⁰. Sin embargo, de acuerdo a la interpretación que la Demandante da al término *effet utile*, la adición posterior del término solo podía significar que la definición de inversión en el Modelo de TBI de 1992 de los EE.UU. *no* incluyera las sucursales. La Demandante no puede beneficiarse de todos modos.

c. La Mayoría en *Murphy v. Ecuador* ignoró elementos cruciales de la interpretación de tratados, lo cual dio como resultado su aplicación errónea del principio del *effet utile*

54. Que la Demandante se basara en la decisión en *Murphy v. Ecuador* es erróneo. El tribunal en ese caso no estuvo en desacuerdo con el principio de que los Estados partes en un TBI podrán insertar lenguaje meramente para confirmar o aclarar el significado de otras disposiciones del tratado⁷¹. El tribunal estuvo en desacuerdo en cuanto a si Ecuador y los Estados Unidos lo hicieron en el caso del Artículo VI. La mayoría consideró que no lo hicieron⁷². Sin embargo, al proceder así, la mayoría erró gravemente en su enfoque, al ignorar de manera inexplicable la prueba clara de que la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” se insertara *por mayor precaución* y no para cambiar el significado del lenguaje llano del Modelo de TBI de 1992 de los EE.UU. que no incluía la frase⁷³.

Artículo III, las cuales de acuerdo a la Carta de Presentación tienen la finalidad de incorporar al Tratado normas del derecho internacional consuetudinario sobre expropiación y compensación, pese al hecho de que el TBI en el Artículo II(3)(a) ya impone un trato a la inversión que sea acorde con el derecho internacional).

⁷⁰ Réplica de la Demandante, ¶ 106.

⁷¹ *Murphy* (2013), ¶ 180 (CLM-253) (donde se indica que éste no estuvo en desacuerdo con el argumento de la Demandada en cuanto a que el lenguaje en el tratado pueda tener un propósito confirmatorio o aclaratorio”).

⁷² *Murphy* (2013), ¶ 179 (CLM-253).

⁷³ Ecuador ha reservado su derecho a impugnar el laudo de la mayoría en los tribunales holandeses (siendo La Haya el lugar del arbitraje en ese caso también). El presente Tribunal está desde luego “en libertad de adherirse a decisiones erróneas en laudos previos”. Véase Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 61, en referencia a la observación del comité de anulaciones en *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por la República Argentina (1 de septiembre de 2009) (Griffith Ajibola, Hwang), ¶ 375 (KV-9): “[a]unque el Comité está consciente de la suma importancia de mantener la coherencia en la jurisprudencia del CIADI, el Comité no considera que un enfoque que el Comité considera erróneo en principio deba continuar siguiéndose, meramente en aras de la coherencia con el precedente”).

55. *Primero*, conforme el Profesor Vandeveldel señala, la función “meramente aclaratoria” de la frase se confirma en virtud de las Cartas de Presentación para los demás TBI suscritos sobre la base del Modelo de 1992, los cuales emplean un lenguaje idéntico al que se usa en la Carta de Presentación para el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos⁷⁴. La mayoría en *Murphy* ignoró el *expreso* lenguaje de estas Cartas de Presentación que decían expresamente que la frase agregada “no modifica el funcionamiento” del Artículo VI(2), así como también la concordancia de Ecuador con esta afirmación en el contexto de los procesos arbitrales.

56. Los tribunales en casos de tratados de inversiones se han basado a menudo en Cartas de Presentación de los EE.UU. en el proceso de interpretación de tratados⁷⁵. Por ejemplo, el tribunal en *Mondev v. U.S.* consideró “numerosas declaraciones en la presentación” por parte de los EE.UU. para interpretar el Artículo 1105 del TLCAN⁷⁶. De manera similar, el tribunal en *Generation Ukraine v. Ukraine* se basó en gran medida en la Carta de Presentación del TBI entre los EE.UU. y Ucrania para interpretar la cláusula sobre la denegación de beneficios del TBI⁷⁷.

57. En realidad, esa práctica es un lugar común en la jurisprudencia sobre tratados de inversiones. En *HICEE v. Slovakia*, originado al amparo del TBI entre Los Países Bajos y Eslovaquia, las Notas Explicativas Holandesas y los planteamientos de Eslovaquia ante el tribunal dieron lugar a una “concordancia de opiniones” de gran valor interpretativo concerniente a la definición de “inversión” en el TBI⁷⁸. Conforme el tribunal sostuvo, no considerar ese hecho debido a las Notas Explicativas Holandesas y la posición de Eslovaquia no dio lugar a ninguna de las formas particulares de acuerdo que se especifican en los Artículos 31-32 de la Convención de Viena “estaría en contra de la lógica y el sentido común”, y no sería “conciliable con el requerimiento de que un tratado debe interpretarse ‘de

⁷⁴ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 59 (“[e]n otras palabras, de acuerdo a las Cartas de Presentación del Secretario de Estado, el significado de los Artículos VI(2) y VI(3) en los TBI basados en el modelo de 1992 es precisamente el mismo, independientemente de si estos incluyen la frase ‘de acuerdo a una de las siguientes alternativas’. Como he dicho en mi libro, la adición de la frase ‘de acuerdo a una de las siguientes alternativas’ no cambia nada y su ausencia en el Artículo VI(3) no puede por lo tanto surtir ningún efecto”).

⁷⁵ El Profesor Ratner argumenta que “[l]as declaraciones unilaterales del Presidente de los Estados Unidos ante el Congreso [en la carta de presentación en los EE.UU.] no califican como contexto, pues no están de acuerdo con Ecuador ni existe prueba de que Ecuador las haya aceptado como un instrumento relacionado con el tratado”. Informe Pericial de Ratner, ¶ 38. La jurisprudencia coherente sobre los tratados de inversiones prueba que él está equivocado.

⁷⁶ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002) (Stephen, Schwebel, Crawford) (“*Mondev*”), ¶¶ 111-112 (RLA-54).

⁷⁷ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo (15 de septiembre de 2003) (Paulsson, Salpius, Voss) (“*Generation Ukraine*”), ¶¶ 15.4-15.7 (CLM-11).

⁷⁸ *HICEE B.V. v. Slovak Republic*, Caso PCA No. 2009-11, CNUDMI, Laudo Parcial (23 de mayo de 2011) (Berman, Brower, Tomka) (“*HICEE*”), ¶ 136 (RLA-182).

buena fe”⁷⁹. El tribunal concluyó que “las Notas Explicativas Holandesas, dados sus términos y contenido, tomados en conjunto con el punto de vista adoptado en estos procesos por Eslovaquia, constituyen material suplementario válido que el Tribunal podrá y, dadas las circunstancias debe, tomar en cuenta al tratar la cuestión que tiene ante sí”⁸⁰.

58. *Segundo*, la mayoría del tribunal en *Murphy* ignoró por completo el significado interpretativo de la versión llana del Artículo VI(2) y de varios TBI de los EE.UU. que adoptan la versión llana *palabra por palabra*⁸¹, en el contexto de los cuales la exclusividad e irrevocabilidad de la elección del procedimiento para la solución de diferencias está establecida simplemente a través del uso del término “o”. La mayoría advirtió que ésta “considera que esos tratados son informativos para el presente ejercicio *solo en la medida que la interpretación [del tribunal] de las necesidades del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos tenga que suplementarse*”⁸². Sin embargo, al determinar en ese sentido, la mayoría excluyó los materiales generados en la fase del proceso interpretativo en la cual estos tienen la mayor importancia: la construcción del significado ordinario de los términos del tratado sujetos a interpretación. Conforme Gardner escribe en su tratado fundamental sobre la interpretación de tratados:

la referencia en el proceso interpretativo al uso [de una palabra] en otros tratados *podrá ser un medio legítimo de identificar su significado ordinario*, con la utilidad adicional derivada de la determinación de dicho uso en un contexto similar en caso de que estuviese disponible⁸³.

59. El uso de otros tratados y modelos de TBI en el proceso interpretativo es desde luego “una práctica aceptada y establecida”⁸⁴. No existe ninguna razón basada en principios para

⁷⁹ *HICEE*, ¶ 136 (RLA-182).

⁸⁰ *HICEE*, ¶ 136 (RLA-182).

⁸¹ TBI entre EE.UU. y Armenia, firmado el 23 de septiembre de 1992; fecha de entrada en vigencia 29 de marzo de 1996 (RLA-33); TBI entre EE.UU. y Kazajstán, firmado el 19 de mayo de 1992; fecha de entrada en vigencia 12 de enero de 1994 (RLA-32); TBI entre EE.UU. y Kirguistán, firmado el 19 de enero de 1993; fecha de entrada en vigencia 12 de enero de 1994 (RLA-35); TBI entre EE.UU. y Moldavia, firmado el 21 de abril de 1993; fecha de entrada en vigencia 25 de noviembre de 1994 (RLA-36); TBI entre EE.UU. y Jamaica, firmado el 4 de febrero de 1994; fecha de entrada en vigencia 7 de marzo de 1997 (RLA-43); TBI entre EE.UU. y Estonia, firmado el 19 de abril de 1994; fecha de entrada en vigencia 16 de febrero de 1997 (RLA-45); TBI entre EE.UU. y Ucrania, firmado el 4 de marzo de 1994; fecha de entrada en vigencia 16 de noviembre de 1996 (RLA-44).

⁸² *Murphy* (2013), ¶ 174 (CLM-253) (énfasis agregado).

⁸³ R. Gardiner, *TREATY INTERPRETATION* (2008), p. 282 (RLA-80(bis)) (énfasis agregado).

⁸⁴ Véase *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Final (27 de junio de 1990) (El-Kosheri, Goldman, Asante) (“AAPL”), ¶ 40 (Rule(F)) (RLA-30) (“Cuando existe necesidad de interpretación de un tratado es apropiado que se consideren estipulaciones de tratados previos o posteriores en relación con temas similares a aquellos que se tratan en el tratado sometido a consideración”); *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las Objeciones de la Demandada a la Jurisdicción (21 de octubre de 2005) (Caron, Alberro-Semerena, Álvarez), ¶

ignorar esta práctica, en especial dado que los materiales interpretativos en cuestión señalan un significado ordinario que es contrario al que la mayoría adopta finalmente.

60. La mayoría en *Murphy* no trata sobre esta prueba del significado llano del tratado, mucho menos intenta explicarlo con claridad. La Demandada sostiene que dicha mayoría no puede dar una clara explicación. Al sostener que la naturaleza “exclusiva e irrevocable” de la elección del procedimiento para la solución de diferencias que se prevé en el Artículo VI(2) se debió exclusivamente a la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas”, en lugar del término “o”, y que la ausencia de dicha frase en el Artículo VI(3)(a) denotó que la elección del procedimiento arbitral implicó consecuencias legales diferentes de las que se originan en la elección de acuerdo al párrafo (2), la mayoría en *Murphy* aplicó erróneamente el principio del *effet utile*.

5. El término “o” en el Artículo VI(3)(a) denota la exclusividad de la elección que allí se prescribe

a. El uso del término “o” en el Artículo VI(3)(a) establece que la elección entre los procedimientos arbitrales que se enumeran es exclusiva e irrevocable

61. A la luz de lo antes expuesto, es vacío el argumento de la Demandante en cuanto a que el término “o” en el Artículo VI(3)(a) no implica la naturaleza exclusiva e irrevocable de la elección hecha⁸⁵.

62. Ecuador está de acuerdo con la Demandante en que, en sentido abstracto, “o” puede tener un significado incluyente o excluyente, y que mucho depende del contexto en el cual se use el término⁸⁶. El argumento de Ecuador es que el presente contexto señala de manera inequívoca un significado excluyente, en lugar de incluyente⁸⁷. Es así por las tres razones siguientes.

292 (RLA-70) (“Sin embargo, la práctica de un Estado concerniente a la negociación de los TBI podría ser útil en el examen de las aseveraciones de las Partes en cuanto a las políticas generales sea de Bolivia o de Los Países Bajos con respecto a los TBI y en el examen de las suposiciones que un tribunal podría hacer en lo concerniente a los TBI.”); *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión sobre Jurisdicción (11 de julio de 1997) (Orrego Vicuña, Heth, Owen), ¶ 34 (CLM-50); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción (29 de enero de 2004) (El-Koshery, Crawford, Crivellaro), ¶ 132(e) (CLM-77); *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre Objeciones Preliminares (27 de julio de 2006) (Caflisch, Stern, van den Berg), ¶ 108 (RLM-46); *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción (25 de enero de 2000) (Vicuña, Buergenthal, Wolf), ¶¶ 58-60 (CLM-62).

⁸⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 195; Informe Pericial de Ratner, ¶ 19.

⁸⁶ Réplica de la Demandante, ¶ 199.

⁸⁷ Ese mismo contexto recibió consideración insuficiente por parte de la mayoría en *Murphy v. Ecuador*.

63. *Primera*, en ambos párrafos (2) y (3)(a) del Artículo VI se usa “o” en referencia a una *elección*, entre los procedimientos para solución de diferencias en el caso del párrafo (2), entre procedimientos de arbitraje en el caso del párrafo (3)(a). Esto es en sí mismo un indicador importante de que las Partes tuvieron la intención de usar “o” en su sentido disyuntivo, antes que en su sentido conjuntivo. El BLACK’S LAW DICTIONARY confirma que cuando el término “o” se usa en referencia a una elección, éste asume un significado disyuntivo⁸⁸. De manera similar, en su artículo *Revisiting the Ambiguity of “And” and “Or” in Legal Drafting*, los Profesores Adams y Kaye afirman que una razón importante para usar “o” en su sentido disyuntivo surge cuando el orador está presentando una *elección* y no le importa al orador cuál es la alternativa que se escoja⁸⁹.

64. *Segunda*, y conforme se explicó previamente, en la versión llana del Artículo VI(2) en el Modelo de TBI de 1992 de los EE.UU., y en todos los TBI que adoptan *verbatim* dicha versión, la naturaleza exclusiva e irrevocable de la elección del procedimiento para solución de diferencias es el resultado exclusivo del término “o”⁹⁰. Conforme el Profesor Vandavelde afirma,

[n]i el modelo de 1992 ni ninguno de los TBI suscritos con base en ese modelo, que no sea el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, incluían la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” en las disposiciones sobre elección de recursos [...] ⁹¹.

65. Por lo tanto, los EE.UU. tenían la clara intención y comprensión contemporáneas de que el término “o” se usó en su sentido disyuntivo para denotar la exclusividad de la elección de procedimientos para solución de diferencias de acuerdo al párrafo (2). El Profesor Ratner ha aceptado esto⁹². No existe ninguna base, de la naturaleza que fuere, para asignar un efecto diferente al mismo término cuando se usa en referencia a la elección del inversionista de un procedimiento arbitral de acuerdo al párrafo (3)(a)⁹³.

66. La intención y comprensión de los EE.UU. de que el término “o” se usó en su sentido disyuntivo en conexión con la elección de procedimientos para la solución de

⁸⁸ BLACK’S LAW DICTIONARY (1990), p. 1095 (RLA-29) (donde se define “or” como una “partícula disyuntiva” cuando se usa para otorgar una *elección* de una entre dos o más cosas).

⁸⁹ K. Adams & A. Kaye, *Revisiting the Ambiguity of “And” y “Or” in Legal Drafting*, 80(4) ST. JOHN’S L. R. 1167, p. 1181 (2006) (RLA-77) (énfasis agregado).

⁹⁰ Segundo Informe Pericial de Vandavelde, ¶ 53 (“en el modelo de 1992 en el cual el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos se basaron, los Estados Unidos usó la palabra ‘o’ en el Artículo VI(2) y en el Artículo VI(3) para señalar que la elección de entre los recursos disponibles era exclusiva e irrevocable”).

⁹¹ *Id.*, ¶ 58.

⁹² Informe Pericial de Ratner, ¶¶ 30-31.

⁹³ Segundo Informe Pericial de Vandavelde, ¶ 53.

diferencias continúa hasta la fecha. En su Memorial de Contestación, Ecuador se refirió al Artículo 24(3) del TBI Modelo de 2004 de los EE.UU., que enumera varias posibilidades para la solución de diferencias pero prescribe solo una elección exclusiva⁹⁴. El efecto legal de esa elección se debe exclusivamente al término “o”.

67. *Tercera*, es verdad que el Artículo VI(2) del TBI entre Ecuador y los EE.UU. se apartó de la versión llana al agregar la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas”. Sin embargo, dicha adición sirvió solo para un propósito aclaratorio y, por consiguiente, no le resta valor en lo más mínimo a la preferencia expresa de los EE.UU. por el uso del término “o” en su sentido disyuntivo en el contexto de las disposiciones sobre solución de diferencias de los TBI de los EE.UU.⁹⁵. Por último, la razón por la cual dicho lenguaje aclaratorio se incluyó en el Artículo VI(2) y no en el párrafo (3)(a) también es simplemente porque “ese es el lugar donde el tratado autoriza al inversionista a realizar la elección única”⁹⁶.

b. La frase introductoria en el Artículo VI (3)(a) no guarda ninguna relación con la cuestión de si la disposición permite que un inversionista seleccione entre foros arbitrales más de una vez

68. La Demandante y el Profesor Ratner plantean de manera casi casual un argumento adicional basado en el hecho de que el Artículo VI(3) permite que un inversionista consienta a arbitraje solo si éste “no ha sometido la diferencia para su solución de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo 2 (a) o (b) [es decir, a los tribunales locales o a otros procedimientos acordados previamente]”⁹⁷. De acuerdo a la Demandante y el Profesor Ratner, este lenguaje “confirma que la única elección irrevocable que el inversionista debe hacer en cumplimiento de [los párrafos 2 y 3(a)] es entre los tres métodos de solución de diferencias que se enumeran en el Artículo VI(2)”⁹⁸.

69. Este argumento “interpreta mal el propósito de este lenguaje”⁹⁹. El Profesor Vandavelde explica que este lenguaje está destinado simplemente a reforzar la política de los

⁹⁴ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 120-121 (donde se cita A. Reinisch & L. Malintoppi, *Methods of Dispute Resolution*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 691 (Muchlinski et al., eds., 2008), pp. 692-693 (RLA-81)).

⁹⁵ Segundo Informe Pericial de Vandavelde, ¶ 53 (“[c]omo indiqué de manera explícita en mi libro en 2009, *U.S. Investment Agreements*, el Anexo KV-2, en la página 44, la inserción del lenguaje aclaratorio ‘de acuerdo a una de las siguientes alternativas’ en el Artículo VI(2) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos no cambió el significado del Artículo VI de ninguna manera y por lo tanto su ausencia del Artículo VI(2)(a) no significaría nada”).

⁹⁶ *Id.*, ¶ 9. Véase también *id.*, ¶ 51.

⁹⁷ TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, Artículo VI(3)(a) (C-1).

⁹⁸ Réplica de la Demandante, nota a pie de página 167; Informe Pericial de Ratner, ¶ 19.

⁹⁹ Segundo Informe Pericial de Vandavelde, ¶ 35.

EE.UU. de evitar la multiplicidad de procesos, y no tiene ninguna relación en absoluto con la cuestión de si el Artículo VI(3)(a) permite que un inversionista seleccione más de una vez de entre los procedimientos de arbitraje enumerados¹⁰⁰. Lo que es más, este lenguaje no impide el recurso *tanto* a recursos locales, así como a procedimientos que se acordaren previamente y, por consiguiente, no se lo puede considerar como confirmatorio de que la “única elección irrevocable que el inversionista debe hacer es entre los tres métodos que se enumeran en el párrafo 2”, conforme la Demandante y el Profesor Ratner alegan¹⁰¹.

6. No existe ninguna presunción de que una “elección exclusiva e irrevocable” se limite a una elección irrevocable entre los recursos locales y el arbitraje internacional

70. La Demandante argumenta luego que si bien varios tribunales arbitrales han sostenido que el lenguaje del Artículo VI(2) impone una elección exclusiva e irrevocable entre los procedimientos para solución de diferencias que se enumeran, “ninguno ha sugerido que el Artículo VI(3)(a) imponga una segunda disyuntiva entre opciones arbitrales”¹⁰². La Demandante también argumenta que los analistas¹⁰³, incluido el Profesor Vandeveldel¹⁰⁴, y los tribunales arbitrales¹⁰⁵, entienden por lo general que las disposiciones sobre la elección

¹⁰⁰ *Id.*, ¶¶ 36-41.

¹⁰¹ *Id.*, ¶ 42.

¹⁰² Réplica de la Demandante, ¶ 201; Informe Pericial de Ratner, ¶ 23 (donde se cita *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo (31 de julio de 2007) (Vinea, Greenberg, Irrázabal), ¶ 181 (CLM-66); *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23, CNUDMI, Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad (27 de febrero de 2012) (Veeder, Lowe, Naón), ¶4.73 (CLM-108); *IBM World Trade Corporation v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/02/10, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia (22 de diciembre de 2003) (Letort, Aguilera, Martínez), ¶ 25 (CLM-242); *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, CNUDMI, Laudo Final (1 de julio de 2004) (Vicuña, Brower, Sweeney), ¶ 50 (CLM-256)).

¹⁰³ Réplica de la Demandante, ¶ 211; Informe Pericial de Ratner, ¶¶ 33-34 (donde se cita R. Dolzer & C. Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (2012), pp. 267-268 (CLM-299); C. Schreuer, *Travelling the TBI Route: Of Waiting Periods, Cláusulas Sombrilla y Forks in the Road*, *JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE*, Vol. 5, No. 2 (2004), pp. 239-240 (CLM-369); J. van Haersolte-van Hof & A. Hoffman, *The Relationship Between International Tribunals and Domestic Courts*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (P. Muchlinksi et al. eds., 2008), pp. 962, 998 (CLM-325); G. Kaufmann-Kohler et al., *Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently?*, *CIADI R. Vol. 21, No. 1*, (2006), p. 67 (CLM-336); L. Reed et al., *GUIDE TO CIADI ARBITRATION* (2011), p. 100 (CLM-361)). (Conforme el Profesor Vandeveldel demuestra en su Segundo Informe Pericial, y como es evidente en las páginas que el Profesor Ratner cita, leídas en contexto, no existe nada en estos trabajos académicos que apoye un argumento de que la Demandante tuviera derecho a someter la diferencia a más de un foro arbitral. Véase Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶¶ 91-96. Al contrario, y conforme se demuestra más adelante, algunas de estas autoridades al parecer desvirtúan en realidad el argumento del Profesor Ratner.

¹⁰⁴ Réplica de la Demandante, ¶ 212 (donde se cita K. Vandeveldel, *U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS* (2009), p. 580 (CLM-375)). Como se demuestra más adelante, el Profesor Ratner malinterpreta el trabajo académico del Profesor Vandeveldel.

¹⁰⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 209; Informe Pericial de Ratner, ¶ 31 (donde se cita *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (anteriormente Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic*, Caso CIADI. No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación (3 de julio de 2002) (Fortier, Crawford, Fernandez

exclusiva e irreversible imponen una elección irrevocable entre recursos internos y el arbitraje internacional, y no entre diferentes vías arbitrales. De acuerdo al Profesor Ratner, esto significa que “la presunción en ausencia de prueba textual clara es que una cláusula sobre la elección exclusiva e irrevocable se limita a una elección irrevocable entre los recursos internos y el arbitraje internacional (y, si también fuere en el tratado pertinente, otros mecanismos que se acordaren)”¹⁰⁶.

71. Estos argumentos adolecen del mismo defecto que los demás argumentos de la Demandante basados en la estructura y los términos del Artículo VI(2) y (3)(a): estos presuponen que un inversionista que seleccione el arbitraje internacional en lugar de los tribunales locales de acuerdo al párrafo (2) hace, al proceder así, una elección que es distinta de aquella de un procedimiento de arbitraje particular. No es así como funcionan las disposiciones del Artículo VI¹⁰⁷.

72. Estos argumentos son inútiles por otras razones también. *Primera*, ninguno de los tribunales que han interpretado y aplicado el Artículo VI del TBI entre Ecuador y los EE.UU., con excepción del tribunal en *Murphy*, tuvo la ocasión de considerar la naturaleza de la elección del procedimiento arbitral de acuerdo al párrafo (3)(a). La cuestión ante ellos fue si el arbitraje internacional estaba prohibido por un sometimiento previo de la diferencia relativa a inversiones a los tribunales locales, así como también si dicho sometimiento había tenido lugar de hecho¹⁰⁸. Además, conforme el Profesor Vandeveldé señala¹⁰⁹, el tribunal en *Chevron v. Ecuador* indicó, en el mismo párrafo que el Profesor Ratner cita, que la cuestión era si “la diferencia’ presentada ante este Tribunal ya se ha presentado ante los tribunales nacionales de Ecuador o New York de modo que se activara la disposición sobre la elección

Rozas), ¶ 54 (RLA-52); *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción (17 de julio de 2003) (Orrego Vicuña, Lalonde, Rezek), ¶ 80 (RLA-56)). Conforme el Profesor Vandeveldé demuestra en su Segundo Dictamen Jurídico, y como es evidente en los párrafos que el Profesor Ratner cita, leídos en contexto, no existe nada en estos casos que apoyaría un argumento de que la Demandante tuviera derecho a someter la diferencia a más de un foro arbitral. Véase Segundo Informe Pericial de Vandeveldé, ¶¶ 87-88.

¹⁰⁶ Informe Pericial de Ratner, ¶ 36; véase también Réplica de la Demandante, ¶ 213.

¹⁰⁷ Segundo Informe Pericial de Vandeveldé, ¶ 81 (“el inversionista realiza una sola elección y lo hace en el momento que el inversionista opta por someter su reclamo a un foro particular, sea nacional o internacional. Una vez que el inversionista realiza la elección, esta elección se completa y el inversionista no podrá hacer una segunda elección”).

¹⁰⁸ *Id.*, ¶ 63 (“Estos tribunales en estos casos no han tenido por lo tanto ninguna oportunidad de discutir si los inversionistas podían someter la misma diferencia a múltiples foros internacionales. Como se esperaba, [estos tribunales] analizaron la ‘elección exclusiva e irrevocable’ exclusivamente en términos de la elección entre recursos nacionales e internacionales porque esa fue la elección en cuestión en el caso que tenían ante sí”).

¹⁰⁹ *Id.*, ¶ 65.

irreversible en el Artículo VI(3)”¹¹⁰. Además, el tribunal expresó que “[l]a disposición sobre la elección irrevocable del TBI consta en el *Artículo VI(3) del TBI*”¹¹¹. Por consiguiente, el tribunal en *Chevron* usó el término “elección irrevocable”, la cual el Profesor Ratner intenta limitar a las disposiciones del párrafo (2) del Artículo VI, en conexión con las disposiciones del párrafo 3, el cual además confirma el argumento de Ecuador en el sentido de que los párrafos (2) y (3) constituyen un “continuo lógico” en el cual el segundo constituye una “elaboración” del primero¹¹².

73. *Segundo*, los argumentos basados en el llamado significado ordinario de las cláusulas sobre la elección irrevocable se basan en una lógica defectuosa. El Profesor Ratner argumenta en esencia que únicamente las cláusulas que quedan dentro del “significado ordinario” del término “elección irrevocable”; es decir, las cláusulas que prescriben una elección entre los tribunales locales y el arbitraje internacional, pueden crear una elección exclusiva e irrevocable. Debido a que el Artículo VI(3)(a) no queda dentro de dicho significado ordinario, por lo tanto éste no crea una elección exclusiva e irrevocable”. Sin embargo, conforme el Profesor Vandeveldel señala, “[l]a adscripción de una característica a una categoría simplemente no prueba que la característica sea falsa de todo lo que quede fuera de la categoría”¹¹³. Un ejemplo práctico, que provee el Profesor Vandeveldel en su Segundo Dictamen Jurídico capta perfectamente la lógica defectuosa del Profesor Ratner:

Ciertos automotores quedan dentro del significado del término “convertible”.

Es divertido conducir esos automotores.

El Aventador Lamborghini no queda dentro del significado del término “convertible”.

Por lo tanto, no es divertido conducir el Aventador Lamborghini¹¹⁴.

74. Desde luego, es divertido conducir el Aventador Lamborghini (a menos que uno sea débil del corazón), aun cuando éste no sea un convertible. Y “una elección de la disposición

¹¹⁰ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23, Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad (27 de febrero de 2012) (Veeder, Grigera Naón, Lowe), ¶ 4.73 (RLM-14) (énfasis agregado).

¹¹¹ *Id.*, ¶ 4.72 (RLM-14) (énfasis agregado).

¹¹² *Murphy* (2013), Opinión Discrepante del Profesor Abi-Saab, ¶ 5 (RLA-188).

¹¹³ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 82.

¹¹⁴ *Id.*

sobre los recursos puede crear una elección exclusiva e irrevocable independientemente de si los tribunales o analistas se hayan referido a éste con el término coloquial ‘encrucijada’”¹¹⁵.

75. Tercero, conforme el Profesor Vandeveld de demuestra de manera minuciosa, ningún tribunal o analista que el Profesor Ratner cita “ni siquiera insinúa remotamente que una cláusula sobre la elección de recursos pueda ser exclusiva e irrevocable *solo si* quedare comprendida en la categoría que ellos describen como la cláusula sobre la ‘elección irrevocable’”¹¹⁶. Al contrario, dos de las autoridades que se citan “al parecer cuestionan la definición inflexible del Profesor Ratner de una encrucijada”, lo cual sugiere un enfoque más general sobre la necesidad de evitar la presentación de la misma diferencia relativa a inversiones a más de un foro para la solución de diferencias¹¹⁷. Y, de hecho, una de estas autoridades confirma que los párrafos (2) y (3) del Artículo VI constituyen un “continuo lógico”. Inmediatamente después de la oración que el Profesor Ratner cita, los autores de L. Reed *et al.*, GUIDE TO ICSID ARBITRATION (2011) afirman que, “[u]na ilustración de una disposición sobre la elección irrevocable es el Artículo VI(2) y (3) del TBI entre los EE.UU. y Kazajstán”¹¹⁸. Estas disposiciones adoptan palabra por palabra el lenguaje del modelo de TBI de 1992 de los EE.UU.¹¹⁹. Los autores confirman por lo tanto el carácter de la disposición sobre la elección de recursos “como una disposición única que comprende tanto el párrafo 2 así como el párrafo 3”¹²⁰.

76. Con respecto a las citas del Profesor Ratner tomadas de sus propios trabajos académicos, el Profesor Vandeveld dice lo siguiente, lo cual se cita en su totalidad por considerar que sería más eficiente hacerlo:

En el párrafo 35, el Profesor Ratner cita fragmentos tomados de mis libros. Él comienza con una oración extraída de la página 580 de mi libro, *U.S. International Investment Agreements*, Exhibit KV-2, donde yo digo que “esta cláusula sobre la elección de recursos, mediante la cual un inversionista que somete una diferencia a algún otro foro de solución de diferencias que no sea el arbitraje entre inversionista y Estado no podrá someter posteriormente la misma diferencia a arbitraje entre inversionista

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.* Véase además *id.*, ¶¶ 85-96.

¹¹⁷ *Id.*, ¶¶ 94-95 (donde se analiza J. van Haersolte-van Hof & A. Hoffman, *The Relationship Between International Tribunals and Domestic Courts*, pp. 962, 998 (CLM-325) and G. Kaufmann-Kohler et al., *Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently?*, p. 68 (CLM-336)).

¹¹⁸ L. Reed & J. Paulsson, et al., GUIDE TO CIADI ARBITRATION (2011), p. 100 (CLM-361) (énfasis agregado).

¹¹⁹ Véase TBI entre EE.UU. y Kazajstán, Artículo VI(2) y (3) (RLA-32).

¹²⁰ Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 96.

y Estado, se ha llegado a conocer en un contexto coloquial como la “cláusula sobre la ‘elección exclusiva e irrevocable’”. Sin embargo, el Profesor Ratner ha ignorado el contexto en el cual la oración aparece. Yo describía el modelo de TBI de los Estados Unidos en 1983, el cual no otorgaba al inversionista una elección de foros arbitrales internacionales. En particular, analizaba la relación entre procedimientos acordados previamente y el arbitraje internacional. *En la oración que se cita, yo no me refería a una elección de entre foros arbitrales internacionales porque estaba escribiendo acerca de un modelo de TBI previo de los EE.UU. en el cual no había esa elección. Además, me refería al sobrenombre “encrucijada” como un “coloquialismo” precisamente para indicar que yo trataba el término como una expresión laxa, informal y no como un término técnico formal.* Considero la metáfora de la “encrucijada” posiblemente confusa y en general no la uso en mis escritos.

El Profesor Ratner también cita las páginas 441-442 de mi libro de 2010, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Exhibit CLM-376, un fragmento en el cual analicé el requisito de agotamiento de los recursos locales. Observé que, al contrario de exigir el agotamiento de los recursos locales,

algunos TBI podrían en realidad disuadir de recurrir a los recursos locales. Estos TBI tienen una cláusula sobre la elección de recursos, a la cual se conoce a veces como una “cláusula sobre la elección irrevocable, mediante la cual la elección de un inversionista de un recurso impide la invocación de otro.

Luego proveí, simplemente como un ejemplo, la situación donde el sometimiento de una diferencia a recursos locales impide la presentación de la diferencia a arbitraje entre inversionista y Estado. Al igual que en el caso de varios otros fragmentos escritos por los analistas que el Profesor Ratner cita, este fragmento, en la medida que sea pertinente, en realidad le resta valor a la posición del Profesor Ratner. *En este fragmento, yo no usé el término “encrucijada” – como el Profesor Ratner hace – para referirme a la elección entre los recursos locales y los recursos internacionales, sino mas bien, para referirme a cualquier disposición sobre la elección [de] recursos locales en la cual la elección de un recurso impide la invocación de cualquier otro. [...]* Yo di a manera de ejemplo una invocación de los recursos locales, la cual impediría el arbitraje entre inversionista y el Estado, porque la oración completa apareció en el contexto de una discusión sobre los recursos locales. No obstante, mi oración dice sencillamente que un inversionista podrá optar solo por un recurso. Por consiguiente, esta discusión particular de la disposición sobre la elección irreversible es totalmente coherente con mi interpretación del Artículo VI.

El Profesor Ratner luego cita un fragmento en la página 436 del mismo libro, donde yo ni siquiera menciono el término “encrucijada”. Mas bien, es un fragmento en el cual describí cómo es el caso que, cuando están disponibles múltiples foros internacionales, el inversionista en general controla “la elección” de foro. *El Profesor Ratner se pregunta por qué no dije en este fragmento que la elección es exclusiva e irrevocable. Sin embargo, la naturaleza exclusiva e irrevocable de la elección no era el tema del párrafo. Mas bien, el párrafo se ocupaba de la cuestión de quién realiza la elección.*

En síntesis, de mis dos libros que totalizan cerca de 1.300 páginas, el Profesor Ratner identifica solo dos referencias al término “encrucijada”. En mi libro de 2010 sobre los TBI en general, mi descripción de la disposición sobre la elección irreversible deja en claro que, cuando dicha disposición aparece, acudir a cualquier recurso impide invocar cualquier otro recurso, precisamente mi interpretación del Artículo VI del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos. En mi libro de 2009 sobre el programa de los TBI de 1983 de los EE.UU., en los cuales no es posible ninguna elección entre los foros arbitrales internacionales y por consiguiente no tuve la oportunidad de hablar acerca de la elección entre los foros internacionales. En la medida que algo de esto sea en realidad pertinente, mi comentario en un libro apoya mi interpretación del Artículo VI y mi comentario en el otro libro simplemente no dice nada sobre la cuestión¹²¹.

77. En síntesis, ninguna de las autoridades que la Demandante o el Profesor Ratner cita trata sobre la naturaleza de la elección del procedimiento arbitral bajo el Artículo VI(3)(a). En la medida que (algunas de) estas autoridades sean pertinentes, éstas confirman la interpretación de Ecuador de la disposición.

7. Las disposiciones en estrecha proximidad con el Artículo VI(3)(a) confirman que la elección que allí se prescribe es exclusiva

78. La Demandante está de acuerdo con Ecuador en que el Artículo VI(3)(a) debe leerse “en contexto” con sus disposiciones circundantes, incluido el Artículo VI(4)¹²². Esta disposición dice lo siguiente:

Cada Parte consiente por medio de este documento en la presentación de toda controversia relativa a inversiones para solución mediante arbitraje vinculante *en conformidad con la elección* que se especifica en el consentimiento por escrito del

¹²¹ Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶¶ 97-100 (énfasis agregado).

¹²² Réplica de la Demandante, ¶ 230 (“El Artículo VI(3) debe leerse en el contexto de las disposiciones circundantes del Tratado, en particular, el Artículo VI(4)”). La Demandante no ha dicho nada en su Réplica acerca del Artículo VI(3)(b), el cual confirma la interpretación de Ecuador al contemplar una sola elección de procedimiento arbitral, de la misma manera que lo hace el Artículo VI(4), que se analiza con mayor detalle más adelante. Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 124-125..

nacional o la compañía bajo el párrafo 3. Dicho consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o compañía cuando se otorgaren en los términos del párrafo 3 cumplirán el requisito para:

(a) el consentimiento escrito de las partes en la diferencia para los fines del Capítulo II de la Convención del CIADI (la jurisdicción del Centro) y para los fines de las reglas de la Facilidad Adicional; y,

(b) un “acuerdo por escrito” para los fines del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, dado en New York, 10 de junio de 1958 (la “Convención de New York”)¹²³.

79. La Demandante y el Profesor Ratner consideran que, debido a que el Artículo VI(4) “no menciona ninguna de las limitaciones a la ‘elección’ de foro arbitral” de acuerdo al Artículo VI(3)(a), ésta “no impide que el inversionista pueda, bajo circunstancias inusuales, tener que hacer necesariamente una segunda elección”¹²⁴. Ellos sostienen que esta lectura es coherente con el supuesto propósito del Artículo VI(4), el cual es “garantizar que, cuando se someta a arbitraje una diferencia relativa a inversiones, un acuerdo de arbitraje existe entre las partes en controversia para los fines de la Convención del CIADI o de la Convención de New York”¹²⁵.

80. Esta lectura no está sustentada por el texto real del Artículo VI(4). Conforme el Profesor Vandeveldé afirma:

El Artículo VI(4) se refiere a “la elección” por parte del inversionista. No se refiere a “ninguna de las elecciones” del inversionista o incluso simplemente a “las elecciones” del inversionista. *El uso del artículo definido “la” y el uso del singular “elección” ambos indican que el inversionista podrá realizar solo una elección*¹²⁶.

¹²³ TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, Artículo VI(4) (C-1) (énfasis agregado).

¹²⁴ Réplica de la Demandante, ¶¶ 232-233; Informe Pericial de Ratner, ¶ 37.

¹²⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 233.

¹²⁶ Segundo Informe Pericial de Vandeveldé, ¶ 102 (énfasis agregado). El Profesor Ratner argumenta que los términos “la elección” podrían referirse a múltiples elecciones, y cita en respaldo el Artículo II(5) del TBI. Esta disposición dice lo siguiente: “Se permitirá que las compañías que están legalmente constituidas en conformidad con las leyes o regulaciones aplicables de una Parte, y que sean inversiones contraten a personal para la gerencia de alto nivel de su elección, independientemente de la nacionalidad”. El Profesor Ratner argumenta que este lenguaje no impide que la compañía realice otra elección si un gerente resulta no estar calificado. Informe Pericial de Ratner, ¶ 37. Sin embargo, conforme el Profesor Vandeveldé explica, la función gramatical de la palabra “elección” en el Artículo II(5) es “muy diferente” de aquella en el Artículo VI(4): El Artículo VI(4) usa la palabra “elección” como un nombre en singular, modificado por el artículo definido “el”, a fin de describir la cosa seleccionada. El Artículo II(5), por el contrario, usa un nombre en plural, “personal”, para referirse a las cosas seleccionadas. La palabra “elección” aparece luego, sin el artículo definido, en una frase preposicional que modifica el nombre en plural “personal”.

81. *Segundo*, nada en el Artículo VI(4), o lo que es más, en todo el Artículo VI, sugiere una excepción por “circunstancias inusuales” que ameritarían una interpretación que ignore el significado ordinario de los términos acordados por las Partes en el TBI¹²⁷. El Profesor Ratner nunca explica del todo por qué ciertas “circunstancias inusuales” justificarían una segunda elección de la solución de diferencias para un inversionista que ha seleccionado el arbitraje internacional de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo 2(c), pero no para un inversionista que ha optado por recurrir a los tribunales locales según se prescribe en el párrafo 2(a) solo para encontrar que ese recurso ha resultado ser inefectivo¹²⁸. Ésta no puede haber sido la intención de las Partes.

8. El objeto y propósito del Artículo VI(2) y (3)(a) es evitar múltiples procesos con respecto a la misma diferencia relativa a inversiones mediante la prescripción de una sola elección exclusiva e irrevocable del procedimiento para solución de diferencias

82. La Demandante plantea que la conclusión del Profesor Vandeveldel, después de su examen exhaustivo de la evolución histórica de la disposición sobre la elección de recursos en los TBI de los EE.UU.¹²⁹, en el sentido de que el Artículo VI(3) explica en detalle la política coherente de los EE.UU. de evitar procesos múltiples con respecto a la misma diferencia relativa a inversiones¹³⁰, “no está justificada”¹³¹.

83. El argumento de la Demandante se basa en tres razones. *Primero*, que el Profesor Vandeveldel “no provee ninguna prueba de que los EE.UU. estuvieran preocupados por evitar los procesos ante dos diferentes tribunales arbitrales en casos entre el inversionista y el Estado”¹³². *Segundo*, que si hubiera existido esa preocupación, las palabras “de acuerdo a una

Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 103. El Profesor Vandeveldel concluye que “[e]l papel gramatical muy diferente de la palabra ‘elección’ en el Artículo II(5) no vierte ninguna luz sobre su significado en el Artículo VI(4)”. *Id.*

¹²⁷ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 106.

¹²⁸ *Id.*, ¶ 105 (“Por lo tanto, el Profesor Ratner está en la posición de argumentar que un inversionista que optare por los recursos locales o acordare previamente sobre procedimientos y encontrare que la elección no es eficaz está no obstante sujeto a prohibición permanente en cuanto a presentar la diferencia a uno de los foros arbitrales internacionales que se identifican en el párrafo 3, pero un inversionista que optare por uno de los foros arbitrales internacionales que se identifican en el párrafo 3 y encontrare que la elección no es eficaz podrá optar por un segundo o tercero o cuarto foro arbitral internacional si tuviere la oportunidad de someter la misma diferencia a otro foro arbitral internacional, mientras un inversionista que optare por presentar una diferencia a los recursos internos no debe tener ninguna oportunidad en absoluto de someter la diferencia a arbitraje internacional”).

¹²⁹ Primer Informe Pericial de Vandeveldel, ¶¶ 24-64.

¹³⁰ *Id.*, ¶ 55 (“Haber permitido que el inversionista eligiese someter la diferencia a más de un foro de arbitraje entre el inversionista y el Estado [...] habría sido incoherente con la política de los EE.UU. de evitar la multiplicidad de procesos”).

¹³¹ Réplica de la Demandante, ¶ 240.

¹³² *Id.*; Informe Pericial de Ratner, ¶ 53.

de las siguientes alternativas” debería haberse insertado también en el Artículo VI(3)(a)¹³³. Y, *tercero*, que “no existe ninguna de las preocupaciones acerca de procesos múltiples en el presente caso”, porque “MSDIA nunca inició el arbitraje ante el CIADI”¹³⁴, y se presupone que ésta no puede hacerlo ahora debido a la denuncia de Ecuador de la Convención del CIADI. (Al respecto de este último punto, la Demandante señala la *ratio decidendi* de la mayoría en *Murphy v. Ecuador* en el sentido que debido a que las circunstancias de ese caso “involucraron el reemplazo de un foro no disponible con uno disponible, y en razón de que un foro arbitral al cual la Demandante podía en teoría haber vuelto a presentar su reclamo desestimado al momento no está disponible, no puede haber ninguna preocupación [...] acerca de una duplicación de procesos”)¹³⁵.

84. Ninguno de estos argumentos desvirtúa la conclusión del Profesor Vandeveld de que la interpretación de la Demandante es contraria al objeto y propósito del Artículo VI(3)(a). La preocupación de los Estados Unidos sobre la multiplicidad de procesos no se disipa simplemente porque las elecciones del inversionista se hagan a favor del arbitraje internacional:

Un Estado que no desee defenderse del mismo reclamo dos veces no cambia su punto de vista de la cuestión simplemente porque los reclamos duplicados estén ante foros internacionales. De hecho, al contrario, un Estado receptor de la inversión, si debe defender el reclamo dos veces, podría en realidad preferir que uno de los procesos sea en los tribunales internos, donde los procedimientos son familiares y la vía es conveniente. [...] En particular, cuando los Estados Unidos hicieron un cambio histórico en su política y modificaron sus disposiciones sobre la elección de recursos en su modelo de TBI de 2004 para permitir que un inversionista invoque recursos internos y luego el arbitraje internacional, los Estados Unidos creó por primera vez en un TBI la posibilidad de múltiples procesos y la duplicación era entre los procesos arbitrales nacionales y el arbitraje internacional. Conforme esto indica, cuando los Estados Unidos finalmente estuvo dispuesto a permitir los procesos múltiples por lo menos en algunas circunstancias, el lugar en el cual éste permitiría que el inversionista cambiase su opinión e instituyese un proceso separado sería con respecto a la elección entre recursos internos y el arbitraje internacional, no entre diferentes formas de arbitraje internacional. Incluso cuando los Estados Unidos finalmente permitió que los inversionistas optaren por procesos nacionales seguidos de arbitraje internacional, continuó exigiendo que el inversionista optare solo por un foro arbitral internacional,

¹³³ Réplica de la Demandante, ¶ 242; Informe Pericial de Ratner, ¶ 53.

¹³⁴ Réplica de la Demandante, ¶ 244.

¹³⁵ *Murphy* (2013), ¶ 191 (CLM-253).

conforme otros analistas también han advertido. Véase August Rinisch and Loretta Malintoppi, “Methods of Dispute Resolution”, en Peter Muchlinksy *et al.* eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law* 691, 693 (2008) (“En esta clase de disposición [en referencia al lenguaje del modelo de TBI de 2004 de los EE.UU.], cuando se selecciona un foro para solución de diferencias, esta elección se hace con exclusión de cualquier otra (*electa una via, non datur recursus ad alteram*)”).¹³⁶

85. El argumento de que las palabras “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” debía también haberse insertado en el Artículo VI(3)(a) (y puesto que no lo fueron, no había ninguna preocupación contra la multiplicidad de procesos ante los foros arbitrales) llega a su fin, de manera muy similar a la mayoría de los argumentos de la Demandante, sobre la suposición defectuosa de que el Artículo VI prevea “dos elecciones que necesiten dos declaraciones separadas de que la elección es exclusiva e irrevocable”¹³⁷. Simplemente eso no es lo que ocurre en el presente caso, conforme se demostró con anterioridad.

86. Por último, el argumento de la Demandante de que las circunstancias particulares de este caso no puedan implicar el objeto y propósito del Artículo VI(3)(a) (y, por lo tanto, presumiblemente, deba desestimarse la interpretación de Ecuador) es completamente erróneo. Incluso si esto fuese verdad, que no lo es, las circunstancias de un caso solo podrán exigir una mitigación de las consecuencias legales derivadas de la aplicación de una disposición del tratado¹³⁸, éstas no afectan el significado auténtico de esa disposición¹³⁹. Eso equivaldría a la equidad *contra legem*, la cual está prohibida por el derecho internacional¹⁴⁰.

87. Además, que la Demandante no iniciara procesos ante el CIADI no significa que no sometiera la diferencia a arbitraje ante el CIADI para los fines del Artículo VI(3)(a). El TBI distingue entre la elección de consentimiento a la presentación de una diferencia relativa a inversiones a arbitraje internacional y el inicio real del arbitraje en conformidad con dicha

¹³⁶ Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 126 (énfasis agregado).

¹³⁷ *Id.*, ¶ 129.

¹³⁸ Debe advertirse que la Demandante estaba plenamente consciente de la limitación impuesta por el Artículo VI(2) y (3)(a) cuando ejerció su derecho al amparo del Artículo VI al consentir al arbitraje en el CIADI. La Carta de Presentación es un documento público, y de hecho se adjuntó a la Notificación de la Diferencia presentada por la Demandante. Véase Carta dirigida al doctor Diego García Carrión, Procurador General del Estado de la República del Ecuador, enviada por Ethan G. Shenkman y Howard M. Shapiro, Abogados de la Defensa de MSDIA (8 de junio de 2009) (“Notificación de la Diferencia”), Documento Adjunto A (C-2).

¹³⁹ Véase, v.g., *HICEE*, ¶¶ 139-140 (RLA-182).

¹⁴⁰ Véase *Murphy* (2013), Opinión Discrepante del Profesor Abi-Saab, ¶ 14 (RLA-188) (“[t]odas estas libertades con el texto y más allá de la discreción del juez o árbitro; a menos que, desde luego, él esté decidiendo *ex aequo et bono*, lo cual puede hacerse únicamente con el acuerdo de las partes”).

elección¹⁴¹. Aunque un inversionista podrá de hecho optar por un procedimiento arbitral de acuerdo al Artículo VI(3)(a) mediante el inicio del arbitraje ante un foro particular, esto no siempre podría ocurrir, y ciertamente no es el caso presente, dado que la Demandante expresó su consentimiento de someter la diferencia a arbitraje en el CIADI con su Notificación de la Diferencia de fecha 8 de junio de 2009¹⁴².

88. Finalmente, y en todo caso, las circunstancias del presente caso son muy diferentes de aquellas en *Murphy v. Ecuador*. Murphy actuó basada en su elección de consentimiento al arbitraje en el CIADI, solo para encontrar que sus reclamos fueron desestimados por falta de jurisdicción¹⁴³. Entretanto, Ecuador denunció la Convención. Por lo tanto, Murphy no tenía ningún derecho a volver a presentar su caso ante el CIADI, debido a que eso presupondría una expresión adicional de consentimiento, lo cual no era posible en razón de la denuncia, tal como se explicó previamente. El CIADI en realidad no estaba disponible.

89. Al contrario, en el presente caso, la Demandante no ha actuado basada en su elección del consentimiento al CIADI. Puesto que éste se proveyó antes de que el Banco Mundial recibiera la notificación de la denuncia hecha por Ecuador¹⁴⁴, dicho consentimiento podría dar lugar a derechos y obligaciones protegidas con respecto al efecto jurídico de la denuncia al amparo del Artículo 72 de la Convención del CIADI¹⁴⁵. Se infiere que la Demandante estaba en libertad de buscar procesos arbitrales ante el CIADI incluso después de la denuncia de Ecuador. En estas circunstancias, la Demandante no puede sostener de manera verosímil que su conducta no ha dado lugar ya a un riesgo de múltiples procesos.

¹⁴¹ El TBI distingue la elección de someter una diferencia relativa a inversiones a arbitraje internacional desde el inicio real de los procesos arbitrales en conformidad con esa elección. El Artículo VI(3)(b) dispone que “[u]na vez que el nacional o la compañía en cuestión haya *consentido así* [es decir, a someter la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante de acuerdo a uno de los procedimientos arbitrales que se enumeran en el Artículo VI(3)(a)], *cualquiera de las partes en la diferencia* podrá iniciar el arbitraje en conformidad con la elección que así se especifique en el consentimiento”. TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, Artículo VI(3)(b) (C-1) (énfasis agregado). De acuerdo al Artículo VI(2) y (3)(a), la elección de someter la diferencia para su solución de acuerdo a uno de los procedimientos arbitrales está dentro de la competencia del inversionista. Según lo dispone el Artículo VI(3)(b), cualquiera de las partes en la diferencia; es decir, incluso el Estado receptor anfitrión, podrá iniciar procesos arbitrales.

¹⁴² Notificación de la Diferencia, pp. 1-2 (C-2).

¹⁴³ Véase *Murphy (2010)*, ¶ 161 (RLM-42).

¹⁴⁴ “Ecuador Presenta una Notificación de acuerdo a lo que dispone el Artículo 71 de la Convención del CIADI” *disponible en* <https://icsid.worldbank.org/apps/CIADIWEB/Pages/AllNewsItems.bak.aspx> (C-187).

¹⁴⁵ De acuerdo al Artículo 72 de la Convención del CIADI, la denuncia de la Convención hecha por un Estado Contratante “no afectará los derechos u obligaciones de ese Estado en conformidad con esta Convención [...] que se originaren en el *consentimiento* a la jurisdicción del Centro provisto por uno de ellos antes de que el depositario recibiera dicha notificación”. Convención del CIADI, Artículo 72 (RLA-140) (énfasis agregado). De acuerdo al autor del comentario más autoritativo sobre la Convención del CIADI, Profesor Christoph Schreuer, la referencia al “consentimiento” en el Artículo 72 es una referencia al consentimiento “perfeccionado” o bilateral. C. Schreuer, et al., *THE CIADI CONVENTION: A COMMENTARY* (2009), p. 1280 (RLA-87(bis)).

9. La interpretación de Ecuador es coherente con el objeto y propósito del Tratado como un todo

90. La Demandante plantea un argumento similar a pretexto del “objeto y propósito del Tratado”. Alega que, “dadas las circunstancias de [ese] caso”, la interpretación de Ecuador “impide por completo” su acceso a arbitraje internacional y, por lo tanto, “es contraria al objeto y propósito del TBI”¹⁴⁶. Sin embargo, una interpretación del Artículo VI(3)(a) que impida una segunda elección del procedimiento arbitral no es contraria al objeto y propósito del TBI.

91. *Primero*, ciertas elecciones de recursos son exclusivas del arbitraje internacional, y son irrevocables, incluso de acuerdo a la interpretación de la Demandante y el Profesor Ratner; no obstante, no van en contra del objeto y propósito del TBI¹⁴⁷. Lo mismo se aplica al presente caso.

92. *Segundo*, conforme señala el Profesor Vandavelde, debería interpretarse el tratado “en el sentido de que provee acceso a arbitraje en los términos y condiciones que se especifican en el tratado”¹⁴⁸. Los tribunales han rechazado de manera sistemática la noción de que los términos y condiciones de la protección de inversiones extranjeras deban exagerarse en nombre de una apelación, intrínsecamente subjetiva, al “objeto y propósito del TBI”¹⁴⁹. Conforme indica el tribunal en *HICEE v. Slovakia*:

en general, puede entenderse que el propósito de los tratados bilaterales de inversiones es el estímulo a la inversión, sobre una base mutua y recíproca, sin dejar de mantener un equilibrio en los intereses de los inversionistas y del Estado receptor de la inversión a ese respecto; *sin embargo, en y por sí mismo, eso no dice nada acerca de dónde se ha establecido ese equilibrio en el tratado particular en cuestión*¹⁵⁰.

93. En un tratado académico reciente sobre la interpretación de los tratados de inversión, el Profesor Trinh Hai Yen advierte asimismo que una:

[I]lectura liberal del objeto y propósito del tratado para justificar la preferencia por los derechos generales de los inversionistas

¹⁴⁶ Réplica de la Demandante, ¶ 248 (donde se cita *Murphy* (2013), ¶ 197 (CLM-253)).

¹⁴⁷ Segundo Informe Pericial de Vandavelde, ¶ 110.

¹⁴⁸ *Id.*, ¶ 111.

¹⁴⁹ Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 129-130, y la jurisprudencia que allí se cita. El Profesor Abi-Saab expresó que “el objeto y propósito de un TBI no es solo proteger los intereses del inversionista extranjero, sino también los del Estado receptor de la inversión, en particular el respeto a su soberanía, lo cual incluye las condiciones y límites que éste establece para su consentimiento al arbitraje internacional”. *Murphy* (2013), Opinión Discrepante del Profesor Abi-Saab, ¶ 16 (RLA-188).

¹⁵⁰ *HICEE*, ¶ 116 (RLA-182) (énfasis agregado).

debería evitarse. De lo contrario, la suposición de un propósito único o predominante en un tratado de proteger las inversiones probablemente conduciría a significados no previstos de los términos del tratado. *Los derechos soberanos de los Estados se limitan solo a obligaciones que los estados han consentido, en lugar de obligaciones supuestamente implícitas en el objeto y propósito del tratado. La ambigüedad no legitima determinaciones de todos los posibles significados que sean acordes con políticas muy generales expresadas en el preámbulo o el título del tratado.* En cambio, la ambigüedad simplemente significa que no se ha consentido en nada claro y que la situación exige la elección de la interpretación más cierta y razonable. Las diferencias basadas en tratados de inversión involucran a un Estado soberano y un tratado en derecho internacional público suscrito entre Estados. Es diferente del caso de contratos privados en los cuales los derechos y obligaciones de las partes se ven afectadas por igual. La interpretación de las obligaciones de los Estados en los términos de tratados de inversión debe apearse a las normas convencionales sobre la interpretación de tratados en derecho internacional público, independientemente de los efectos restrictivos o expansivos en los derechos de las partes privadas. Estas normas de interpretación aseguran que una determinación del significado de un término de un tratado se base en elementos interpretativos que connoten la intención de obligarse de los Estados¹⁵¹.

94. El argumento de la Demandante no encuentra ninguna confirmación en el “objeto y propósito” del TBI incluso por otra razón. Considérese la implicación de la interpretación del Profesor Ratner del Artículo VI(2) y (3)(a): algunas selecciones de foros son exclusivas e irrevocables (v.g., la elección de recursos locales, o la elección a favor de “procedimientos acordados previamente”), y algunos no lo son (la elección de procedimientos de arbitraje internacional). Con respecto a la primera, “o” significa “o”. Con respecto a la segunda, “o” significa “y”, a menos desde luego que éstas estuvieren a favor de “un procedimiento acordado previamente”, con respecto al cual “o” continúe siendo “o”¹⁵². Esta interpretación:

deja al tribunal sin ninguno de los criterios basados textualmente para decidir cuándo el inversionista podrá escoger un foro arbitral internacional y cuándo el inversionista podrá optar por más de un foro arbitral internacional. También deja al inversionista sin ninguna indicación en cuanto a si éste se encuentra en una de esas situaciones en las cuales su elección es exclusiva e irrevocable o si éste está en una de las situaciones en las cuales podrá realizar más de una elección. Por último, deja al Estado receptor de la inversión con incertidumbre en cuanto a si debe prepararse para defender un reclamo en foros múltiples o solo en uno. La

¹⁵¹ T. Hai Yen, *THE INTERPRETATION OF INVESTMENT TREATIES* (2014), p. 98 (RLA-190).

¹⁵² Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 44.

interpretación del Profesor Ratner pone al tribunal, el inversionista y el Estado receptor en un estado de incertidumbre acerca del alcance de los derechos y obligaciones creados por el tratado¹⁵³.

95. El Profesor Ratner no logra explicar de qué manera esa clase de interpretación sea coherente con el objeto y propósito del TBI de estimular y proteger la inversión sobre la base de un marco estable y predecible¹⁵⁴.

10. Conclusión

96. En síntesis, la mayoría de los argumentos interpretativos de la Demandante se basan en una presunción defectuosa, que la elección del inversionista a favor de la solución de una diferencia relativa a inversiones mediante arbitraje vinculante en conformidad con el Artículo VI(2) sea diferente de la elección de consentimiento a un procedimiento arbitral particular acorde con el Artículo VI(3)(a). De hecho, es lo mismo. En todo caso, el Artículo VI(3)(a), tal como se interpreta en conformidad con los principios de interpretación de tratados codificada en la CVDT, permite solo una elección de consentimiento a los procedimientos arbitrales que allí se enumeran.

B. Antes de iniciar este arbitraje según las Reglas de la CNUDMI, Merck consintió de manera definitiva al arbitraje de esta diferencia al amparo de la Convención del CIADI

1. Introducción

97. En su Memorial de Contestación, Ecuador demostró que la Demandante ejerció su derecho a consentir a uno de los procedimientos arbitrales que constan en el Artículo VI(3)(a) con su Notificación de Diferencia, de fecha 8 de junio de 2009, mediante la cual consintió por escrito a someter la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante en conformidad con la Convención del CIADI¹⁵⁵. La elección de la Demandante de consentir no fue menos efectiva porque estuvo acompañada de una “reserva de derechos”. La reserva de la Demandante no se formuló como una condición para, o un término de su elección de consentimiento al CIADI¹⁵⁶, el cual se describe en la carta, conforme el Profesor Vandeveldel indica, como “un hecho consumado”¹⁵⁷. Además, interpretar la llamada reserva como una

¹⁵³ *Id.*, ¶ 44.

¹⁵⁴ *Id.*, ¶ 45.

¹⁵⁵ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 138, 141; véase también Primer Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 66 (“[I]a carta de 8 de junio de 2009 [...] constituye una elección explícita de MSDIA de consentir [a] arbitraje ante el Centro”).

¹⁵⁶ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 144; Primer Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 69.

¹⁵⁷ Primer Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 69.

condición para la elección de la Demandante de consentimiento al CIADI sería contrario a la expresa intención de la carta de “asegurar” la oferta de Ecuador de consentimiento al arbitraje en el CIADI bajo el TBI¹⁵⁸.

98. A la luz de lo expuesto, la Demandante estaba por lo tanto sujeta a impedimento en cuanto a consentir a arbitraje en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI con su Notificación de Arbitraje, de fecha 29 de noviembre de 2011. A su vez, este Tribunal constituido de acuerdo a las Reglas de la CNUDMI carece de jurisdicción sobre la diferencia.

99. En su Réplica, la Demandante alega que su consentimiento al arbitraje bajo las Reglas de la CNUDMI es válido, porque, primero, ésta no consintió de manera exclusiva e irrevocable al arbitraje en el CIADI y, segundo, incluso si lo hubiera hecho, ese consentimiento fue nulo debido a su reserva de derechos. Estos dos argumentos no son de ayuda, como se demuestra más adelante.

2. La Demandante consintió de manera exclusiva e irrevocable al arbitraje ante el CIADI

100. La Demandante argumenta que no ha ejercido de manera efectiva su derecho de elección de acuerdo al Artículo VI(3)(a) debido a que su carta deja en claro que “su consentimiento al arbitraje ante el CIADI no era exclusivo y que conservaba su derecho a consentir a otras formas de arbitraje de acuerdo al Tratado”¹⁵⁹. La carta dice en su parte pertinente:

Mediante la acción de esta carta, MSDIA acepta por medio de este documento la oferta hecha por la República del Ecuador de someter las diferencias relativas a inversiones a arbitraje vinculante ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el “CIADI”), en cumplimiento del Artículo VI del TBI y el Artículo 25 de la Convención sobre la Solución de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (la “Convención del CIADI”). Esta carta sirve para perfeccionar el “consentimiento a la jurisdicción del Centro” para los fines del Artículo 72 de la Convención del CIADI, protegiendo así los derechos de MSDIA si la República del Ecuador decidiera denunciar de la Convención del CIADI en conformidad con el Artículo 71. No obstante y sin perjuicio del derecho de MSDIA a iniciar el arbitraje ante el CIADI en alguna fecha futura, MSDIA se reserva su derecho a seleccionar en cualquier momento

¹⁵⁸ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 146.

¹⁵⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 259.

*cualquier forma de arbitraje establecida de acuerdo al Artículo VI(3)(a) del TBI*¹⁶⁰.

101. La Demandante argumenta que “es claro” a partir de la redacción que su intención fue que su consentimiento al arbitraje ante el CIADI y su reserva de derechos “se leyese en conjunto”, y que consideraba su reserva “como un término de su consentimiento”¹⁶¹.

102. Existen graves problemas con este argumento. *Primero*, como la propia Demandante reconoce¹⁶², su reserva no se formula expresamente como “una condición de consentimiento” (o “término de consentimiento”). La Demandante considera esta omisión “intrascendente”¹⁶³. No lo es, en especial cuando se la considera en contexto con otros elementos textuales que se analizan más adelante.

103. *Segundo*, la reserva de la Demandante se hace expresamente “*no obstante*” y “*sin perjuicio*” del derecho de MSDIA a *iniciar un arbitraje en el CIADI* en alguna fecha futura”¹⁶⁴, no con respecto a la elección de consentimiento de MSDIA. El derecho a iniciar un arbitraje en el CIADI debe basarse en el consentimiento a la jurisdicción del Centro perfeccionado previamente, que la carta tenía la finalidad de realizar. Como expresa el Profesor Vandeveldel:

Cuando hablé de su derecho a “iniciar” el arbitraje ante el CIADI, MSDIA confirmó que ya había consentido al arbitraje en el CIADI. MSDIA no habló de su derecho a *consentir* al arbitraje en el CIADI en el futuro, sino a su derecho a *iniciar* el arbitraje en el CIADI en el futuro, debido a que ya había dado el consentimiento¹⁶⁵.

104. Es evidente que la reserva no tenía la finalidad de ser un término de la aceptación de la Demandante de la oferta de Ecuador de consentimiento, o una condición para dicha aceptación.

105. *Tercero*, conforme la propia Demandante admite¹⁶⁶, su intención con esta carta fue “asegurar” a Ecuador en cuanto a su elección del CIADI, y así conservar su derecho a iniciar el arbitraje ante el CIADI con respecto a la posibilidad de la denuncia de la Convención por parte de Ecuador¹⁶⁷. Podía hacerlo “solo si [la carta] de hecho constituyera el consentimiento.

¹⁶⁰ Notificación de la Diferencia, pp. 1-2 (C-2) (énfasis agregado).

¹⁶¹ Réplica de la Demandante, ¶ 264.

¹⁶² *Id.*, ¶ 264.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ Notificación de la Diferencia, p. 2 (C-2) (énfasis agregado).

¹⁶⁵ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 140 (énfasis en el original).

¹⁶⁶ Réplica de la Demandante, ¶¶ 260, 269.

¹⁶⁷ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 139.

MSDIA podía perfeccionar el consentimiento solo al consentir”¹⁶⁸. El consentimiento mutuo de las partes tiene características particulares bajo la Convención del CIADI, las cuales no son coherentes con el argumento de la Demandante de que su reserva tuviera la finalidad de configurar un término indispensable de su consentimiento. Primero, éste es irrevocable¹⁶⁹. Segundo, es exclusivo”¹⁷⁰.

106. La Demandante no cuestiona que el consentimiento mutuo al CIADI sea irrevocable. Por otra parte, la Demandante sostiene que el Artículo 26 (dispone expresamente que el consentimiento de una parte al arbitraje ante el CIADI pueda hacerse en forma no exclusiva”¹⁷¹, y que, por lo tanto, su reserva podría leerse en forma coherente con las disposiciones de la Convención del CIADI¹⁷². El Artículo 26 no dispone tal cosa. Conforme el Profesor Schreuer escribe, “[l]a norma del Artículo 26 sobre el recurso exclusivo está sujeta a modificación *mediante acuerdo de las partes*”¹⁷³. No existe ningún acuerdo de esa naturaleza en el presente caso. Además, e incluso si hubiera dicho acuerdo, como el Profesor Schreuer añade:

La norma sobre el recurso exclusivo del Artículo 26 no es un requisito del consentimiento al arbitraje en el CIADI, sino meramente una regla de interpretación, que funciona para excluir otros recursos “a menos que se indicare lo contrario”. *Por lo tanto, el sometimiento a otros procedimientos de solución de diferencias no puede interpretarse en el sentido de que anule el consentimiento a arbitraje ante el CIADI*¹⁷⁴.

107. Se infiere que incluso si hubiere un acuerdo de las Partes de restarle valor a la naturaleza exclusiva del arbitraje en el CIADI que no habría afectado la validez de la elección de consentimiento de la Demandante de acuerdo a la Convención del CIADI y el TBI.

3. El consentimiento de la Demandante al arbitraje en el CIADI fue válido

108. El argumento final de la Demandante es desesperado y puede prescindirse de éste con facilidad. Argumenta que su reserva de derechos ha constituido de hecho un rechazo a

¹⁶⁸ Véase también Segundo Informe Pericial de Vandeveld, ¶ 137.

¹⁶⁹ Convención del CIADI, Artículo 25(1) (“Cuando las partes han dado su consentimiento, ninguna parte podrá retirar su consentimiento de manera unilateral”). (RLA-140).

¹⁷⁰ Convención del CIADI, Artículo 26 (“El consentimiento de las partes de acuerdo a esta Convención deberá considerarse, a menos que se indicare lo contrario, como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”). (RLA-140).

¹⁷¹ Réplica de la Demandante, ¶¶ 266-267.

¹⁷² *Id.*, ¶ 270.

¹⁷³ C. Schreuer, et al., THE CIADI CONVENTION: A COMMENTARY (2009), p. 355 (RLA-87(bis)) (énfasis agregado).

¹⁷⁴ *Id.*, pp. 355-356 (RLA-87(bis)) (énfasis agregado).

los términos de la oferta de Ecuador de consentimiento a arbitraje (que los inversionistas realicen una elección exclusiva e irrevocable del consentimiento a uno de los procedimientos arbitrales que se enumeran en el Artículo VI(3)(a) y por ende ésta no ejerció de manera válida su derecho en conformidad con el Artículo VI(3)(a)¹⁷⁵.

109. Las razones por las cuales la reserva de la Demandante es irrelevante para el ejercicio de su derecho en los términos previstos en el Artículo VI se han establecido con anterioridad y no es necesario repetirlas aquí. Además, la reserva de la Demandante ni siquiera se ha formulado como un término o condición propuesto para la oferta de Ecuador. El Profesor Vandeveldel confirma que la Demandante “articuló la oración meramente como una reserva de derecho, no como una condición de su consentimiento”¹⁷⁶. Por último, la carta dice que MSDIA “acepta” la oferta de Ecuador de arbitrar¹⁷⁷. Como el Profesor Vandeveldel explica, “[u]na aceptación de cualquier oferta, por definición, no agrega nuevos términos o condiciones a la oferta”¹⁷⁸.

110. No puede haber ninguna controversia en cuanto a que el ejercicio de la Demandante de su elección de consentimiento de acuerdo con el Artículo VI(3)(a) con su Notificación de Diferencia de 8 de junio de 2009 fue válido.

C. Conclusión

111. El Artículo VI del Tratado establece la oferta de consentimiento de Ecuador de resolver las diferencias relativas a inversiones con inversionistas de los EE.UU. a través de varios métodos de solución de diferencias. En conformidad con los términos de esa disposición, un inversionista está obligado a realizar una elección exclusiva e irrevocable del procedimiento para solución de diferencias. Con su Notificación de Diferencia de fecha 8 de junio de 2009, la Demandante hizo su elección a favor del arbitraje ante el CIADI. El consentimiento posterior de la Demandante al arbitraje de acuerdo a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, el cual dio lugar al presente proceso, se realizó por lo tanto excediendo el consentimiento de Ecuador de acuerdo al Artículo VI. Como resultado, Ecuador solicita respetuosamente que el Tribunal dicte un laudo a favor de Ecuador y en contra de Merck, en el cual desestime en su totalidad los reclamos de Merck por falta de jurisdicción.

¹⁷⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 274.

¹⁷⁶ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 144.

¹⁷⁷ Notificación de la Diferencia, p. 1 (C-2).

¹⁷⁸ Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 146.

III. MERCK NO TIENE NINGUNA “INVERSIÓN” DE ACUERDO AL TBI

A. Introducción

112. Merck asevera que el presente arbitraje es una “diferencia relativa a inversiones” dentro del TBI entre Ecuador y los EE.UU. porque es una diferencia “originada en, o relacionada con [...] una supuesta violación de [...] derechos conferidos o creados por este Tratado *con respecto* a una inversión”, conforme se define en el Artículo VI(1)(c)¹⁷⁹. El texto del Artículo VI(1)(c) se presenta a continuación:

Para los fines de este Artículo, una diferencia relativa a inversiones es una diferencia entre una Parte y un nacional o compañía de la otra Parte que se originare en, o se relacionare con [...] (c) una supuesta violación de cualquier *derecho* conferido o creado por este Tratado *con respecto a una inversión*¹⁸⁰.

113. El reclamo de Merck por denegación de justicia se basa en el Artículo II(3)(a) del TBI entre Ecuador y los EE.UU., el cual garantiza que se otorgará a una “inversión” – no a un “inversionista” – un trato que sea justo y equitativo:

La *inversión* recibirá en todo momento *un trato* justo y equitativo, disfrutará de protección y seguridad plenas y en ningún caso se le otorgará un *trato* menor que el que exige el derecho internacional¹⁸¹.

114. Merck reclama además que Ecuador ha violado el Artículo II(7) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, la disposición sobre “medios efectivos”. El Artículo II(7), al igual que el Artículo VI(1)(c) *supra*, se limita al “trato” “con respecto a una inversión”:

¹⁷⁹ Memorial de Réplica de la Demandante (8 de agosto de 2014) (“Réplica de la Demandante”), ¶¶ 60-64.

¹⁸⁰ Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de la Inversión, firmado el 27 de agosto de 1993; fecha de entrada en vigencia 11 de mayo de 1997 (“TBI entre Ecuador y los Estados Unidos”), Artículo VI(1)(c) (R-1) (énfasis agregado).

¹⁸¹ *Id.*, Artículo II(3)(a) (énfasis agregado). Merck también reclama que Ecuador violó la obligación en el Tratado de proveer protección y seguridad plenas (Memorial de la Demandante, ¶¶ 380-382), así como también la obligación de no deteriorar la inversión a través de medidas arbitrarias y discriminatorias (Memorial de la Demandante, ¶¶ 383-393). Estas dos protecciones del Tratado se limitan a una “inversión” e “inversiones”, respectivamente, y todos los argumentos atinentes a la denegación de justicia en el Tratado son igualmente aplicables a estos reclamos.

La norma sobre la protección y seguridad plena está incluida en el Artículo II(3)(a) del Tratado, *supra*. La cláusula sobre las medidas arbitrarias o discriminatorias dispone que: “Ninguna de las Partes deteriorará de manera alguna a través de medidas arbitrarias o discriminatorias la gestión, operación, mantenimiento, uso, disfrute, adquisición, expansión, o disposición de las *inversiones*”. TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, Artículo II(3)(b) (énfasis agregado).

Cada Parte proveerá los medios efectivos de hacer valer reclamos y respetar los derechos *con respecto a la inversión*, acuerdos de inversión, y autorizaciones de inversión¹⁸².

115. Se infiere que no puede haber jurisdicción en los términos del TBI para reclamos con respecto a un “trato” violatorio de una “inversión”. No obstante, los reclamos de Merck en el arbitraje no son “con respecto a” nada que se identifique como una “inversión”. Mas bien, los reclamos de Merck en el arbitraje se basan en litigios internos con respecto a la propia conducta de Merck, y no puede decirse que sean “con respecto a” (i) su sucursal, (ii) sus activos, o (iii) su posibilidad de disponer de la planta del Valle de Los Chillos.

116. Además, en todo caso, Merck no ha logrado probar que su sucursal, sus activos o la planta calificaran como “inversiones” de acuerdo al TBI. Lo que es más, la Réplica de Merck ha abandonado casi por completo la noción nebulosa (argumentada en el Memorial) en cuanto a que la “empresa” de Merck en Ecuador constituyera una “inversión”¹⁸³. Cada uno de estos puntos se explicarán en detalle en los párrafos siguientes.

B. No existe ninguna “diferencia relativa a inversiones” de acuerdo al TBI

117. No existe ninguna “diferencia relativa a inversiones” en este caso porque ninguno de los “derechos” bajo el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos estuvo en cuestión en el litigio subyacente.

118. Los párrafos siguientes demostrarán que ningún “derecho” en el Tratado “con respecto a” una “inversión” ha estado sujeto a “trato” de los tribunales ecuatorianos en el litigio subyacente.

119. *Primero*, el litigio no concierne a ningún “derecho” a vender la planta, o a ninguna obligación que Merck tuviera de vender. El litigio interno se relaciona con la conducta personal de Merck de una manera que fue perjudicial para NIFA – en otras palabras, la conducta torticera. NIFA reclamó que Merck había cometido un “abuso de derechos”, “engaño”, y “actos dolosos” a fin de demorar su ingreso al mercado de productos de medicamentos genéricos en Ecuador¹⁸⁴. NIFA se queja además de que la conducta de Merck

¹⁸² *Id.*, Artículo II(7) (énfasis agregado).

¹⁸³ Memorial de la Demandante (2 de octubre de 2013) (“Memorial de la Demandante”), ¶ 205 (donde se dice que: “el Negocio de MSDIA en Ecuador es una Inversión”).

¹⁸⁴ Sentencia, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (23 de septiembre de 2011) (C-4).

en las prolongadas negociaciones precontractuales despojaron a NIFA de valiosas oportunidades comerciales¹⁸⁵.

120. *Segundo*, no se impidió que Merck dispusiera de la planta en ningún momento. Mas bien, Merck tenía completa libertad de contratar¹⁸⁶. Tampoco se requirió que Merck vendiese la planta a NIFA. El expediente fáctico revela que ninguno de los fallos de los tribunales ecuatorianos decidió sobre la transacción real de compraventa de la planta. El Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha advirtió que Merck *no* había *adquirido una obligación* hacia NIFA *con respecto a la venta de la planta industrial*, y no era apropiado que NIFA exigiese la venta de la planta, porque no se había suscrito ninguna promesa de vender la propiedad¹⁸⁷. Por lo tanto, el litigio no tuvo que ver con la *posibilidad* de Merck de disponer de la planta¹⁸⁸.

121. En particular, la CNJ determinó que Merck había cometido el ilícito civil (bien conocido en los sistemas que se rigen por el derecho civil) de *culpa in contrahendo*¹⁸⁹. La doctrina es aplicable a la conducta torticera que tiene lugar en la fase precontractual y que causa daño a la parte demandante¹⁹⁰. La CNJ fue explícita en afirmar que en su dictamen “no hubo ninguna sanción por la finalización de las negociaciones *per se*”, por parte de Merck¹⁹¹. Mas bien, la CNJ decidió basada en que las negociaciones no tuvieron la suficiente transparencia y no reflejaron la información apropiada¹⁹². Por lo tanto, esa conducta es *totalmente ajena* a cualquiera de los “derechos” que Merck pudiera haber tenido “con respecto a” sea su sucursal, sus activos o su planta.

122. *Tercero*, Merck no puede alegar que “si no fuera por la disposición de MSDIA de su planta, *nunca* podría haber habido un litigio entre NIFA y MSDIA”¹⁹³. Este argumento de “si no fuera por” es infundado. La razón es simple. Incluso si Merck hubiera abandonado por completo la idea de vender la planta en el Valle de Los Chillos, el litigio interno habría sobrevenido *de todos modos*. Las negociaciones precontractuales con NIFA ya habían tenido lugar y, de hecho, las negociaciones se prolongaron durante *casi un año*¹⁹⁴. Por lo tanto,

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ Decisión de la CNJ, *PROPHAR v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (10 de noviembre de 2014), p. 84 (R-194) (en la cual la Corte indicó: “Queda claro que las partes están en libertad de contratar”).

¹⁸⁷ Sentencia, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (23 de septiembre de 2011) (C-4).

¹⁸⁸ *C.f.*, Réplica de la Demandante, ¶¶ 89, 150, 152.

¹⁸⁹ NCJ II, p. 82 (R-194).

¹⁹⁰ *Id.*, pp. 85-86.

¹⁹¹ *Id.*, p. 84.

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ Réplica de la Demandante, ¶ 153 (énfasis agregado).

¹⁹⁴ NCJ II, p. 37 (R-194) (“Ellos habían dedicado casi un año a las negociaciones para adquirir la planta industrial de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation cuando el 29 de enero de 2003, el señor Jacob Harel informó a NIFA S.A. que se dio fin a las conversaciones entre su compañía y Nueva Industria

NIFA había cultivado la expectativa de que Merck le vendiera la planta, lo cual se habría traducido en una demanda judicial, de todas maneras.

123. En conclusión, Merck no ha logrado identificar ninguna conducta del Estado que diera lugar a una “diferencia relativa a inversiones” dentro del Artículo VI(1)(c) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos. Esta cuestión se analizará adicionalmente en las secciones siguientes.

C. La sucursal de Merck no califica para protección de una inversión de acuerdo al TBI

124. Conforme se advirtió en la Introducción, la cláusula sobre solución de diferencias del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos solo comprende diferencias que cubren la violación de algún derecho conferido por el Tratado con respecto a una “inversión”¹⁹⁵. Además, el trato justo y equitativo según el TBI se limita al “trato” de una “inversión”¹⁹⁶. Pese a esta redacción explícita, Merck alega que Ecuador no *le* ha otorgado, como una *parte* en el litigio interno, trato justo y equitativo por una denegación de justicia. En particular, Merck no argumenta que Ecuador no haya provisto trato justo y equitativo a sus supuestas “inversiones”.

125. En consecuencia, este Tribunal debe emprender un análisis doble. *Primero*, debe determinar si hubo, de hecho, “trato” por parte de los tribunales ecuatorianos “con respecto a” las tres supuestas inversiones de Merck (la sucursal, los activos, y la planta). *Segundo*, debe determinar si las supuestas inversiones de Merck cumplen los criterios legales de la “inversión” de acuerdo al TBI entre Ecuador y los Estados Unidos¹⁹⁷.

1. Ninguno de los derechos contemplados en el Tratado con respecto a la sucursal de Merck estuvo en cuestión en los procesos internos

126 El litigio que NIFA inició en los tribunales ecuatorianos concernía a la conducta personal, extracontractual de Merck cometida durante las negociaciones para vender su planta

Farmacéutica S.A., sin considerar los graves daños que esto había causado”; p. 38 (“Las negociaciones para adquirir la planta industrial que pertenecía a Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation se prolongaron durante cerca de un año [...]).

¹⁹⁵ TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, Artículo VI(1)(c) (R-1).

¹⁹⁶ *Id.*, Artículo II(3).

¹⁹⁷ K. Vandevelde, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009) (“Vandevelde”), p. 114 (RLA-85(bis)).

del Valle de Los Chillos. Ese litigio no tuvo nada que ver con la sucursal de Merck en Ecuador¹⁹⁸.

127. El expediente del caso revela que estos hechos no están en discusión. La supuesta “inversión” de Merck – su sucursal ecuatoriana no incorporada – no es, y no podía ser, la parte demandada en el litigio interno¹⁹⁹. Mas bien, la demandada es Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation, la compañía matriz con sede en New Jersey, Estados Unidos.

128. El expediente fáctico del caso demuestra además que las negociaciones precontractuales para la venta de la planta del Valle de Los Chillos fueron realizadas por ejecutivos desde la sede estadounidense de Merck – no desde Ecuador. La Segunda Decisión de la CNJ incluye múltiples referencias a esto. Por ejemplo, “en febrero de 2002, ejecutivos de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation” informó verbalmente a NIFA que ellos – Merck en los Estados Unidos – habían decidido vender la planta de los Chillos²⁰⁰. Entre el 6 y 7 de marzo de 2002, NIFA se reunió con representantes de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation a fin de “revisar las condiciones de la negociación” de la planta²⁰¹. Las mismas partes firmaron posteriormente un acuerdo de confidencialidad con respecto a sus negociaciones²⁰² y, a finales de 2002, las partes llevaron a cabo negociaciones preliminares en Panamá²⁰³.

2. La sucursal de Merck no es una “inversión”

129. La Réplica de Merck infla de manera artificiosa la definición de “inversión” de acuerdo al TBI a fin de reclamar que la sucursal ecuatoriana de Merck no incorporada podía calificar para la protección del Tratado²⁰⁴. Estos argumentos son defectuosos en derecho y en los hechos. Esto se debe a que el concepto de “inversión” en el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos tiene límites, los cuales los redactores del Tratado negociaron de manera específica.

130. A manera de antecedente, el propósito mismo del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos era proteger la “inversión” – un término definido – no todos los bienes de propiedad

¹⁹⁸ En consecuencia, el hecho de que Merck contribuyera una vez con capital, know-how, servicios y otros activos no significa que el litigio interno se relacione con una “inversión”. *C.f.* Réplica de la Demandante, ¶ 118.

¹⁹⁹ Habiendo quedado claro que ni los activos de Merck ni la planta del Valle de Los Chillos podían ser partes demandadas.

²⁰⁰ NCJ II, p. 31 (R-194).

²⁰¹ *Id.*, p. 32.

²⁰² *Id.*

²⁰³ *Id.*, p. 58.

²⁰⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 199; Réplica de la Demandante, ¶ 81.

de los EE.UU. dentro del territorio de la otra parte en el TBI²⁰⁵. Había un límite sobre cuánta flexibilidad los redactores deseaban incorporar, y los negociadores de los EE.UU. deseaban dejar en claro que un activo estaría cubierto por la definición *solo* si éste tuviera el carácter de una inversión. Por consiguiente, la “solución fue formular una definición que tuviera un núcleo de significado irreductible que ayudaría a impedir una interpretación que fuese demasiado restringida, pero también una capacidad para la expansión que permitiese la adaptación a nuevas circunstancias”²⁰⁶. Por consiguiente, bajo el encabezado “Definiciones”, el Artículo I(c) del Modelo de TBI de 1983 define la inversión como “toda clase de inversión”. Esta definición tautológica tenía la intención de restringir la cobertura desde la categoría superior de “activos”²⁰⁷. Los TBI europeos, por otra parte, definen comúnmente la “inversión” como si se extendiese a “toda clase de *activo*”²⁰⁸.

a. El TBI solo provee protección a “compañías” – no a “sucursales”

131. La definición de “inversión” en el Artículo I(1)(a) de acuerdo al TBI entre Ecuador y los Estados Unidos tiene límites – se refiere a compañías²⁰⁹, no a sucursales. El Artículo I(1)(b) no es una definición de “inversionista”, sino una definición general del término “compañía” en el contexto de “referencias a “compañía[”] de una Parte”²¹⁰.

132. La Réplica de Merck argumenta que una inversión no se limita a la empresa organizada que utiliza una forma corporativa particular²¹¹. En términos específicos, Merck alega que la palabra “compañía” en el Artículo I(1)(a) “confirma” que el Tratado tenía la intención de proteger una “empresa en marcha” en Ecuador²¹². Primero, la definición en el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos no se refiere a una “empresa comercial”; dice con

²⁰⁵ Vandeveldt, p. 114 (RLA-85(bis)).

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ *Id.* (énfasis agregado).

²⁰⁹ El Artículo I(1)(a) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos dispone que: “‘inversión’ significa toda clase de inversión en el territorio de una Parte que estuviere bajo la propiedad o control directo o indirecto de nacionales o compañías de la otra Parte, como por ejemplo, el patrimonio, la deuda, y contratos de prestación de servicios y de inversiones; e incluye: (i) los bienes tangibles e intangibles, los cuales incluyen derechos, como hipotecas, gravámenes y pignoraciones; (ii) una *compañía* o las participaciones accionarias u otras participaciones en una compañía o participaciones en los activos de las mismas; (iii) un reclamo monetario o un reclamo de cumplimiento que tenga valor económico, y esté relacionado con una inversión; (iv) la propiedad intelectual [...] (v) todo derecho conferido mediante ley o contrato, y toda licencia y permiso en cumplimiento de la ley. TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, Artículo I(1)(a) (R-1) (énfasis agregado)..”

²¹⁰ El Artículo I(1)(a) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos dice: “la ‘compañía’ de una parte se refiere a toda clase de corporación, compañía, asociación, sociedad u otra organización, legalmente constituida en conformidad con las leyes y regulaciones de una Parte o una subdivisión política de la misma [...]”. *Id.*, Artículo I(1)(b).

²¹¹ Réplica de la Demandante, ¶ 100.

²¹² *Id.*, ¶ 103.

claridad “inversión”²¹³. Y segundo, si la referencia a “compañía” en el Artículo I(1)(a) en realidad sí incluye una sucursal, ¿por qué “compañía” tiene otra definición en el Artículo I(1)(b)? La única respuesta sería que los términos tienen dos significados diferentes – lo cual es ilógico²¹⁴.

133. El argumento de Merck, desde luego, es erróneo. Una subdivisión no incorporada de una compañía extranjera, en sí misma, no es nada más que la compañía a la cual ésta se asocia. La cuestión esencial es, mas bien, si ha habido una “inversión”.

134. La Réplica de Merck también trata de suscitar duda en las opiniones del Profesor Vandeveldel en este arbitraje, al sugerir que los alegatos de Ecuador son contradictorios²¹⁵. Esta táctica es fútil: el Profesor Vandeveldel *no* escribió previamente que *todas* las sucursales queden, *ipso facto*, dentro de la definición de inversión en los términos del Artículo I(1)(a) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos²¹⁶. Conforme la Réplica de Merck observó, el Profesor Vandeveldel dijo que una sucursal “podría” quedar dentro de la definición de “inversión” “sea que esté o no constituida por separado” y sea o no una “compañía” *si* ésta tiene el “carácter de una inversión”²¹⁷. Esta determinación depende de la naturaleza de las actividades emprendidas y de todos los derechos contractuales que se tengan²¹⁸.

135. El Profesor Vandeveldel tampoco escribió que la adición de la palabra “sucursal” al Modelo de TBI de 1994 de los EE.UU. no tuviera ningún efecto en si una sucursal puede ser una inversión²¹⁹. Al contrario, el Profesor Vandeveldel advirtió que la adición de la palabra “sucursal” no cambiaba el requisito de estar “constituida u organizada en conformidad con la ley aplicable”²²⁰, una condición que se aplica a todo lo que queda comprendido dentro de la definición de “compañía” en el Modelo de TBI de 1994. Por consiguiente, las sucursales no incorporadas aún no son “compañías”, incluso de acuerdo al Modelo de TBI de 1994 de los EE.UU. Lo mismo se aplica cuando se toman en cuenta compañías como inversiones.

136. La Réplica de Merck también intenta ampliar la definición de “inversión” más allá de la intención de las Partes en el Tratado. Esto no puede prevalecer. La práctica posterior de

²¹³ C.f., *id.*, ¶ 85.

²¹⁴ Merck siempre tuvo la opción de establecer una compañía subsidiaria en Ecuador – optó por no hacerlo.
²¹⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 104.

²¹⁶ C.f., *id.*, ¶ 103.

²¹⁷ Vandeveldel, p. 122 (RLA-85(bis)). El Profesor Vandeveldel no procedió a dar ejemplos sobre cuándo podía decirse que una sucursal no incorporada tiene ese carácter.

²¹⁸ Memorial de Contestación de Ecuador Corregido (27 de febrero de 2014) (“Memorial de Contestación de Ecuador”), ¶ 162.

²¹⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 107, nota a pie de página 66 (*donde se cita* Vandeveldel, p. 122 (CLM-105)).

²²⁰ Vandeveldel, p. 122 (RLA-85(bis)).

Ecuador en los tratados no demuestra ninguna intención de incluir las “sucursales” dentro de la definición de “compañía”. Resulta elocuente que Merck se refiriera solo a un tratado, el TBI entre España y Ecuador, como una autoridad justificativa para una definición supuestamente amplia de “inversión”. No obstante, la práctica ecuatoriana en materia de tratados señala hacia la conclusión opuesta. Por ejemplo, el TBI de 1994 entre Ecuador y Francia define “compañías” como “toda entidad corporativa”, y no provee ningún indicio de una definición más laxa²²¹. De manera similar, el TBI de 1994 entre Ecuador y China define una “inversión” como las “acciones, el capital y toda clase de participación en *compañías*”²²². El TBI de 1998 entre Alemania y Ecuador también se refiere a una “compañía” sin hacer ninguna mención a la palabra “sucursal”²²³. De acuerdo al TBI entre Ecuador y Alemania, una “compañía” se limita a personas jurídicas constituidas en conformidad con la ley ecuatoriana y con domicilio en Ecuador²²⁴. Por último, el TBI entre Ecuador y los Países Bajos define inversión como, entre otras cosas, los “derechos que se derivan de acciones, bonos y otras clases de intereses en *compañías* y *joint ventures*”²²⁵. Por lo tanto, los tratados posteriores *no* demuestran una práctica coherente de expandir la definición de “compañía”, como Merck alega.

137. Además, la Réplica de Merck dice que Ecuador “declaró expresamente” a posibles inversionistas extranjeros que las sucursales estarían “protegidas como inversiones extranjeras por los tratados de inversiones en los cuales Ecuador es parte”²²⁶. Ésta es una aseveración increíble. En el Documento al cual Merck se refiere, el Consulado de Ecuador en Bilbao dio una presentación básica en PowerPoint en la cual dijo que los TBI estaban entre las fuentes legales de regulación de la actividad inversora en Ecuador²²⁷. Con toda seguridad, Ecuador no [declaró] “expresamente” a los inversionistas extranjeros que las sucursales estuvieran,

²²¹ TBI entre Francia y Ecuador, firmado el 7 de septiembre de 1994; fecha de entrada en vigencia 10 de junio de 1996, Artículo 1(3) (R-135) (donde se dispone que: “El término ‘compañías’ se aplicará a: Toda *entidad corporativa* constituida en el territorio de cualquiera de las Partes Contratantes en conformidad con su legislación y que tenga su domicilio social allí; Toda *entidad corporativa* controlada por nacionales de una Parte Contratante o por entidades corporativas que tengan su domicilio social en el territorio de una de las Partes Contratantes y se hayan constituido en conformidad con la legislación de esa Parte.”) (énfasis agregado).

²²² TBI entre China y Ecuador, suscrito el 21 de marzo de 1994; Fecha de entrada en vigencia 1 de julio de 1997, Artículo 1(1)(b) (R-136) (énfasis agregado). El TBI entre Ecuador y China también limita la definición de “inversionista” a entidades que tienen su “sede” en Ecuador, con lo cual excluye las sucursales de la definición. *Id.*, Artículo 1(2)(b).

²²³ TBI entre Alemania y Ecuador, firmado el 21 de marzo de 1996; fecha de entrada en vigencia 12 de febrero de 1999 (R-137).

²²⁴ *Id.*, Artículo 1(4)(b).

²²⁵ TBI entre los Países Bajos y Ecuador, firmado el 27 de junio de 1999; fecha de entrada en vigencia 1 de julio de 2001, Artículo 1(a)(ii) (R-138) (énfasis agregado).

²²⁶ Réplica de la Demandante, ¶¶ 131-133.

²²⁷ Consulado de Ecuador en Bilbao, Aspectos jurídicos relacionados con la inversión en el Ecuador (C-282).

ipso facto, “protegidas como inversiones extranjeras por los tratados de inversión en los cuales Ecuador es parte”²²⁸. En realidad, si Ecuador hubiera hecho tantas declaraciones como Merck alega, es curioso que Merck solo pudo encontrar un documento “justificativo”. Merck tampoco ha provisto ni un solo testigo que diera fe sobre esta cuestión.

b. La ley ecuatoriana estipula que las sucursales reciben un trato diferente al de las compañías

138. En la Réplica, Merck y su perito en derecho, doctor Fabián Flores Paredes, minimiza las diferencias entre compañías y sucursales nacionales. En particular, al parecer ellos reducen los requisitos legales a uno, argumentando que las compañías y sucursales nacionales tienen derechos y atributos similares bajo la ley ecuatoriana²²⁹. Esta estrategia no se basa en la ley. Según la ley ecuatoriana, las compañías y sucursales son de naturaleza jurídica diferente. Estas diferencias se explicaron en el Memorial de Contestación de Ecuador, y se abordan adicionalmente más adelante²³⁰.

139. Primero, las compañías incorporadas en el exterior pueden ejercer sus actividades en Ecuador solo a través de un procedimiento denominado “domiciliación”²³¹. A su vez, la domiciliación meramente contempla el reconocimiento de acuerdo a la ley ecuatoriana de la existencia y la condición legal de una compañía extranjera²³².

140. Segundo, no se puede equiparar una sucursal con una compañía en términos de la personalidad jurídica. Según la ley ecuatoriana, una sucursal no disfruta de una personalidad jurídica separada de su compañía principal extranjera²³³. El propio perito de Merck ha reconocido que, de acuerdo a la ley ecuatoriana, una sucursal “mantiene *la misma personalidad jurídica* que la compañía incorporada en el exterior [...]”²³⁴. Por lo tanto, la sucursal ecuatoriana de Merck siempre mantuvo la *misma personalidad jurídica de su compañía principal en los Estados Unidos*²³⁵. De manera reveladora, el Presidente de Merck,

²²⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 131.

²²⁹ Informe Pericial del Dr. Fabián Flores Paredes (7 de agosto de 2014) (“Informe Pericial de Flores”), pp. 2, 7-10.

²³⁰ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶161; Primer Informe Pericial del Profesor Roberto Salgado Valdez (24 de febrero de 2014) (“Primer Informe Pericial de Salgado”), pp. 5-6 (donde se advierten las diferencias esenciales entre sucursales y compañías de acuerdo a la ley ecuatoriana).

²³¹ Primer Informe Pericial de Salgado, p. 3.

²³² Segundo Informe Pericial del Profesor Salgado Valdez [(20 de febrero de 2015) (“Segundo Informe Pericial de Salgado”), p. 2.

²³³ *Id.*, pp. 4-5.

²³⁴ Informe Pericial de Flores, p. 4 (énfasis agregado).

²³⁵ Segundo Informe Pericial de Salgado, p. 2.

señor Jean Marie Canan, ha advertido que la sucursal ecuatoriana de Merck no es “una entidad corporativa separada”²³⁶.

141. Tercero, las sucursales en Ecuador no gozan de “autonomía administrativa ni operacional”, como el doctor Flores alega²³⁷. Muy al contrario. De acuerdo a la ley ecuatoriana, una sucursal ejecuta sus actividades “en el plano administrativo y operacional” a través del cumplimiento de políticas adoptadas desde su compañía principal en el extranjero. Esto se hace a través de agentes designados por la compañía extranjera²³⁸. Por lo tanto, las sucursales no tienen un representante legal en Ecuador en la manera que las compañías extranjeras lo hacen; mas bien, las sucursales actúan por intermedio de un agente designado²³⁹.

142. Cuarto, una sucursal no adquiere los mismos “derechos y obligaciones” que una compañía ecuatoriana, conforme Merck alega²⁴⁰. Merck hace mal uso, o está confundida, acerca del informe formal de su propio perito. Lo que el doctor Flores escribió fue que “una compañía extranjera” – no una sucursal – adquirió similares derechos y obligaciones a una compañía ecuatoriana. En aras de la claridad, las palabras exactas del doctor Flores se reproducen a continuación:

Cuando las sucursales de compañías extranjeras se registran en Ecuador, *estas compañías* adquieren los mismos derechos y obligaciones que las compañías ecuatorianas, y la ley no discrimina entre ellas²⁴¹.

143. El doctor Flores enumera luego varias fuentes, a favor de su afirmación, incluida la Constitución Ecuatoriana:

Las personas extranjeras que están en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y obligaciones que las personas ecuatorianas, en conformidad con la Constitución²⁴².

144. Quinto, la ley ecuatoriana no define “inversión extranjera” con referencia a las sucursales, como el doctor Flores afirma²⁴³. De hecho, la anterior Ley sobre la Promoción y

²³⁶ Primera Declaración Testimonial de Jean Marie Canan (8 de junio de 2012) (“Primera Declaración Testimonial de Canan”), ¶ 5 nota a pie de página 1.

²³⁷ Segundo Informe Pericial de Salgado, p. 4.

²³⁸ *Id.*

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ Réplica de la Demandante, ¶ 109 (*donde se cita* Informe Pericial de Flores, p. 6).

²⁴¹ Informe Pericial de Flores, pp. 5-6 (énfasis agregado).

²⁴² *Id.*, p. 6 fn 6.

²⁴³ Segundo Informe Pericial de Salgado, p. 3 (*donde se cita* Informe Pericial de Flores, p. 8).

las Garantías de la Inversión definía “inversión” con respecto al “activo” transferido, no a la entidad que recibe las transferencias²⁴⁴.

145. El doctor Flores también está equivocado sobre esta cuestión. En su segundo informe, dice él que “una compañía extranjera que desee dedicarse en forma continua a transacciones comerciales dentro de Ecuador debe *o bien* establecer una sucursal en Ecuador, o constituir una nueva compañía (una subsidiaria) en conformidad con la ley local”²⁴⁵. Esta afirmación es vacía, y totalmente irrelevante en cuanto a si una sucursal es una inversión, lo cual se aborda a continuación.

c. La sucursal ecuatoriana de Merck no posee las características de una “inversión”

146. La sucursal de Merck no posee las características necesarias de una “inversión”, conforme lo entiende la jurisprudencia sobre tratados de inversión.

147. Las decisiones sobre tratados de inversión han observado que la naturaleza abierta de la definición de “inversión” necesariamente requiere el recurso a características inherentes²⁴⁶. Los tribunales, constituidos de acuerdo a una variedad de normas administrativas, han opinado que una “inversión” en los términos de un TBI comprende ciertas características económicas inherentes que son específicas para el significado ordinario y objetivo del término²⁴⁷. Sin embargo, la mera existencia de la sucursal, no puede por lo tanto constituir una “inversión”²⁴⁸.

148. La Réplica de Merck admite que, ni en *MCI v. Ecuador* ni en *Middle East Cement v. Egypt*, los tribunales decidieron en realidad sobre si las propias sucursales eran

²⁴⁴ *Id.*, p. 3.

²⁴⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 109 (*donde se cita* Informe Pericial de Flores, p. 2) (énfasis en el original).

²⁴⁶ *Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/1, Fragmentos del Laudo (30 de abril de 2014) (Van Houtte, Williams, Vinuesa) (“*Nova Scotia Power (2014)*”), ¶ 78 (RLA-195) (*donde se cita Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*, Caso PCA No. AA280, CNUDMI (TBI entre Suiza y Uzbekistán), Laudo (26 de noviembre de 2009) (Mantilla-Serrano, Rubins, Molfessis) (“*Romak*”), ¶¶ 184-185 (RLA-97) y *Joy Mining Machinery v. Egypt*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción (6 de agosto de 2004) (Orrego Vicuña, Weeramantry, Craig) (“*Joy Mining*”), ¶ 58 (RLA-66)).

²⁴⁷ Conforme se sintetiza en *Romak*, ¶ 177 (RLA-97). Véase también *Alps Finance y Trade AG v. The Slovak Republic*, CNUDMI (TBI entre la República Eslovaca y Suiza), Laudo (5 de marzo de 2011) (Crivellaro, Klein, Stuber), ¶ 240 (RLA-105); E. Cabrol, *Pren Neka v. Czech Republic, The Notion of Investment Under Bilateral Investment Treaties: Does “inversion” really mean “every kind of asset”?* in Y.B. ON INT’L INVEST. L. & POL’Y 2009-2010 (K. Sauvart ed., 2010) (RLA-175); *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/08/12, Laudo (5 de junio de 2012) (Böckstiegel, Griffith, Hossain), ¶ 351 (RLA-184) (donde el tribunal explicó que los tratados bilaterales de inversiones definen la inversión “desde la perspectiva de los activos, reclamos y derechos”).

²⁴⁸ *C.f.*, Réplica de la Demandante, ¶ 124 (en referencia al Memorial de Merck (¶ 213) cuando se dice que “los tribunales en otros arbitrajes de inversiones han reconocido que las empresas en marcha estructuradas como sucursales son inversiones protegidas”).

“inversiones”²⁴⁹. En particular, el tribunal en *Middle East Cement* no sostuvo que la “empresa” fuera una inversión; mas bien, dijo que la licencia de concesión y la nave eran una inversión²⁵⁰. Conforme se advierte en el Memorial de Contestación de Ecuador, *Middle East Cement* apoya la proposición de que el factor que determina si una ‘inversión’ califica para la protección al amparo de un TBI es la naturaleza de las actividades que lleva a cabo una sucursal, así como también la propiedad y los derechos contractuales que se tienen a través de una sucursal, no la mera existencia de la sucursal²⁵¹.

149. Por último, la Réplica de Merck malinterpreta de manera patente la *ratio decidendi* de *Murphy v. Ecuador*²⁵². En particular, Merck cita al tribunal como si dijese que las “compañías o sucursales” podrían ser inversiones de acuerdo al TBI entre Ecuador y los Estados Unidos²⁵³. El tribunal en *Murphy* hablaba con claridad acerca de sucursales “*incorporadas*”, condición que no tiene la sucursal de Merck²⁵⁴. El Profesor Vandeveldel ha advertido además la importante distinción entre entidades “incorporadas” y “no incorporadas” de acuerdo al TBI entre Ecuador y los Estados Unidos²⁵⁵.

150. Los párrafos siguientes demostrarán cómo ni la “contribución” ni el “riesgo” están presentes con respecto a la sucursal de Merck.

(a) Contribución

151. El Memorial de Contestación de Ecuador explicó de qué manera Merck no ha logrado establecer ninguna “contribución” significativa a Ecuador debido a la naturaleza puramente comercial de sus operaciones desde la venta de la Planta del Valle de Los Chillos en 2003²⁵⁶. (Después de 2003, Merck dejó de llevar a cabo todas las actividades de producción en Ecuador o de operar alguno de sus activos significativos). El señor Canan, por

²⁴⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 127 (donde se dice: “[L]os tribunales en los otros dos casos que MSDIA identificó en su Memorial no llegan a la cuestión de si las propias sucursales podrían calificar como inversiones independientemente de sus activos y actividades”).

²⁵⁰ *Middle East Cement Shipping y Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No ARB/99/6, Laudo (12 de abril de 2002) (Böckstiegel, Bernardini, Wallace) (“*Middle East Cement (2002)*”), ¶¶ 101, 135-138 (RLM-112).

²⁵¹ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 159.

²⁵² *Murphy Exploration and Production Co. Int’l v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción (15 de diciembre de 2010) (Oreamuno Blanco, Grigera Naón, Viñuesa) (“*Murphy*”) (RLM-42).

²⁵³ Réplica de la Demandante, ¶ 126.

²⁵⁴ *Murphy*, ¶ 119 (RLM-42) (énfasis agregado).

²⁵⁵ Véase Sección C.2.a *supra*.

²⁵⁶ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 166.

su parte, reconoció que la sucursal simplemente provee la venta y reventa de medicamentos en Ecuador²⁵⁷.

152. La sucursal de Merck sola no contribuye en nada a Ecuador. En todos los aspectos, la compañía principal es la que actúa, a través de la sucursal. De hecho, la domiciliación, conforme se explicó anteriormente, es nada más que: la posibilidad de las compañías extranjeras de operar en Ecuador a través de un agente²⁵⁸. Fue Merck la que recibió el permiso para operar – no la sucursal. Todos los empleados de la sucursal son empleados de Merck. Merck paga los sueldos y salarios, y todos los impuestos. El mero hecho de que Merck emplee personal para distribuir mercancías dentro del país no es suficiente para hacer de la “empresa” de Merck una “inversión”²⁵⁹.

153. En su Réplica, Merck eligió hacer que su perito en ley de compañías “revisase” los registros disponibles sobre la sucursal ecuatoriana de Merck²⁶⁰. Sin embargo, él no puede señalar ni un solo factor que indique una “inversión”. De hecho, el doctor Flores al parecer admite que únicamente los “activos” y no las sucursales pueden considerarse como “inversiones”²⁶¹. Adicionalmente, y conforme se advirtió previamente, el Informe del doctor Flores *no* iguala las compañías y las sucursales ecuatorianas en Ecuador; mas bien, infiere analogías entre compañías ecuatorianas y *compañías extranjeras*²⁶².

(b) Riesgo

154. La presencia de Merck en Ecuador no se caracteriza por ningún riesgo más allá del riesgo normal de las ventas comerciales. Conforme se advirtió previamente, la sucursal ecuatoriana de Merck simplemente conservó la *misma personalidad legal* de Merck en los Estados Unidos²⁶³. Desde que Merck dispuso de su planta en julio de 2003, ha estado llevando a cabo operaciones comerciales transfronterizas a través de contratos de ventas individuales, en su mayor parte con compradores privados en Ecuador. Lo que es más, siempre fue posible que la compañía principal de la sucursal, Merck, realizase estas transacciones comerciales, sea sola o por intermedio de una filial. La declaración testimonial del señor Canan da fe de esto²⁶⁴. Aunque la sucursal de Merck podría haber vendido

²⁵⁷ Primera Declaración Testimonial de Canan, ¶ 9.

²⁵⁸ Véase Sección C.2.b *supra*; Segundo Informe Pericial de Salgado, pp. 2, 4.

²⁵⁹ *C.f.*, Réplica de la Demandante, ¶ 139.

²⁶⁰ Informe Pericial de Flores, pp. 10-12; Réplica de la Demandante, ¶¶ 114-115.

²⁶¹ Informe Pericial de Flores, p. 2 (“los activos de ambos se consideran inversiones”).

²⁶² *Id.*

²⁶³ Segundo Informe Pericial de Salgado, p. 2.

²⁶⁴ Segunda Declaración Testimonial de Jean Marie Canan (2 de agosto de 2012) (“Segunda Declaración Testimonial de Canan”), ¶ 19.

medicamentos al gobierno de Ecuador, Merck no ha demostrado que haya participado en algo más que ventas comerciales después de julio de 2003. Resulta elocuente que Merck sugiriera anteriormente que preferiría dejar su “inversión” mas no cumplir la sentencia de US\$ 150 millones dictada por el Tribunal de Apelaciones²⁶⁵.

155. Los tribunales en tratados de inversiones, al respecto, han advertido que el riesgo de la inversión es *distinguishible* del riesgo que surge en una transacción comercial ordinaria²⁶⁶. En particular, el tribunal en el caso *Romak* (el cual Merck se empeña en distinguir) apoyó un método cuidadoso, sistemático para la definición de “inversión”. De acuerdo al razonamiento de *Romak*, las ventas continuas no reunirían las condiciones para calificarlas como “inversiones”, al contrario del argumento de Merck²⁶⁷. No resulta extraño que la Réplica de Merck les restara importancia a las decisiones que se adhirieron al razonamiento en *Romak*, sin duda porque estos casos no proveen ningún soporte para la teoría de la sucursal de Merck sobre las ventas²⁶⁸.

156. Los tribunales en tratados de inversiones también han decidido que un riesgo que emane directamente de términos contractuales acordados mutuamente *no puede* ser indicativo de una “inversión”. En particular, la mera transferencia de dominio de las mercancías a cambio del pago total no se considera una “contribución” para los fines de una inversión protegida bajo un TBI²⁶⁹. Por ejemplo, en *Global Trading v. Ukraine*, el tribunal determinó que los reclamos originados en una venta de mercancías “carecían manifiestamente de fundamento jurídico”, debido a la ausencia de una “inversión”²⁷⁰. Lo que es más, el tribunal

²⁶⁵ *Id.*, ¶¶ 7-19.

²⁶⁶ Al contrario del argumento de la Demandante, Ecuador ha citado varios casos que sostienen que las operaciones comerciales no pueden satisfacer la definición de inversión. Véase Réplica de la Demandante, ¶ 218; Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 171..

²⁶⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 121.

²⁶⁸ Los intentos de Merck de basarse en *Middle East Cement Shipping v Egypt* son inútiles, dado que el Estado demandado en ese caso aceptó que se otorgase a la empresa de la demandante – por la importación y el almacenaje del cemento a granel en la nave depósito y para envasarlo para sectores *tanto públicos como privados* – una concesión otorgada por la Autoridad General Egipcia para la Inversión y las Zonas Libres. *Middle East Cement* (2002), ¶ 82 (RLM-112).

²⁶⁹ *Romak*, ¶ 222 (RLA-97).

²⁷⁰ *Global Trading Resource Corp. and Globex International Inc. v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/09/11, Laudo (1 de diciembre de 2010) (Berman, Gaillard, Thomas) (“*Global Trading*”), ¶ 56 (RLM-91) (donde se advierte: “El hecho de que el comercio en estas mercancías específicas promueva las prioridades de las políticas del Estado comprador no produce un cambio cualitativo en el beneficio económico que todo comercio legítimo trae como consecuencia”). Véase también S. Manciaux, *L’actualité de la notion d’investissement* in LA PROCEDURE ARBITRALE RELATIVE AUX INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX : ASPECTS RECENTS (C. Leben ed., 2010), ¶ 17 (RLA-176) (donde se dice: “Lo que distingue a una inversión de otros tipos de transacciones es el hecho de que obtener retornos es incierto y depende de la rentabilidad futura del proyecto en el cual el inversionista participa. [...] El retorno de un inversionista, el cual se demora en el tiempo y también es incierto, no puede beneficiarse de ninguna de las técnicas jurídicas que se usan para asegurar otras transacciones económicas internacionales, como por ejemplo las letras de crédito documentarias por ventas internacionales, los diversos tipos de gravámenes y otros intereses en títulos valores que pueden acompañar a los

hizo esta determinación *aun cuando el propósito del Estado anfitrión en la compra de mercancías fuera promover el desarrollo de su economía*²⁷¹. Por consiguiente, las ventas comerciales no son una “inversión”, pues al entregar mercancías un vendedor no realiza ninguna contribución – al haber entregado las mercancías como contraprestación por el precio pagado o por pagar – y no asume ninguno de los riesgos de las inversiones porque la remuneración del vendedor es totalmente independiente de los resultados financieros de la empresa del comprador. En fecha más reciente, en *Nova Scotia Power v. Venezuela II*, el tribunal del CIADI rechazó expresamente una opinión de que el riesgo, para los fines de la “inversión”, podía establecerse con facilidad; o que el riesgo podía estar presente en toda transacción²⁷².

157. Como resultado, la naturaleza de la sucursal de Merck no concuerda con las características de una “inversión” tal como la definen tribunales en tratados de inversión.

D. Los activos del mercado no están protegidos bajo el TBI

1. Ninguno de los derechos contemplados en el Tratado con respecto a los activos de Merck estuvieron en cuestión en los procesos internos

158. La Réplica de Merck también alega que los activos que se usan en sus “operaciones comerciales” son “inversiones” de acuerdo al TBI entre Ecuador y los Estados Unidos²⁷³. Pero Merck debe demostrar primero: (i) que el “trato” dado por los tribunales ecuatorianos fue “con respecto a” sus activos, y (ii) que cualquier supuesta violación del Tratado fue “con respecto a” los activos de Merck. Conforme se describió de manera sucinta con anterioridad, Merck no puede demostrar ninguno.

159. La Sección B de este capítulo (*supra*) explica que los procesos ecuatorianos se relacionan con la conducta torticera de Merck que perjudicó a NIFA. La denuncia inicial de NIFA alegó que Merck había cometido un “abuso de derechos”, “engaño” y “actos dolosos” a fin de demorar su ingreso al mercado de productos genéricos en Ecuador²⁷⁴. NIFA se quejó

empréstitos internacionales, o el uso de programas de pagos en cuotas para el contratista basados en el avance de los proyectos de obras públicas y otros contratos de construcción (el uso de sistemas de aceptación de trabajos provisionales”).

²⁷¹ *Global Trading*, ¶ 42 (RLM-91).

²⁷² *Nova Scotia Power* (2014), ¶ 104 (RLA-195).

²⁷³ Réplica de la Demandante, ¶¶ 134-146.

²⁷⁴ Sentencia, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (23 de septiembre de 2011) (C-4).

además de que la conducta de Merck en las negociaciones precontractuales la privó de valiosas oportunidades comerciales²⁷⁵.

160. Se infiere que los procesos ecuatorianos no fueron “con respecto a”, ni estuvieron involucrados en “ningún trato de” los activos de Merck (es decir, su supuesta “inversión”) conforme exige la norma de trato justo y equitativo del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos²⁷⁶. Los procesos ecuatorianos tampoco involucraron reclamos por la violación de algún “derecho” con respecto a los activos de Merck (una vez más, su supuesta “inversión”) bajo el TBI, como por ejemplo: (a) bienes tangibles, incluidos el inventario, efectivo, y activos usados para llevar el “negocio”, como vehículos, computadoras y equipos de oficina; (b) bienes intangibles, incluidos los arrendamientos de bienes raíces y “otros” derechos; (c) reclamos monetarios, incluidas cuentas por cobrar; o, (d) licencias y permisos, incluido el derecho a operar en Ecuador²⁷⁷. En síntesis, los procesos ecuatorianos no tuvieron *nada* que ver con los activos de Merck.

2. Los activos de Merck no son una “inversión”

161. En su Réplica, Merck alega que los activos de la sucursal se usaron en su “empresa farmacéutica nacional en marcha”²⁷⁸. Merck no argumenta que estos activos sean de propiedad de su *sucursal*. Mas bien, los activos son de propiedad de Merck misma²⁷⁹. El mero estatus como activos es insuficiente para constituir una “inversión”. Conforme se advirtió en la Sección C.2 precedente, el propósito del TBI era proteger la inversión, no todos los bienes de propiedad de los EE.UU. en el territorio de la otra parte en el TBI²⁸⁰. Los negociadores estadounidenses “deseaban dejar en claro que *un activo* estaría cubierto por la definición *solo si éste tuviera el carácter de una inversión*”²⁸¹.

²⁷⁵ Véase NCJ II, p. 39 (R-194).

²⁷⁶ TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, Artículo II(3) (R-1).

²⁷⁷ *Id.*, Artículo VI(1)(c). Advirtiéndose ya que Merck, no su sucursal, recibió la licencia para operar en Ecuador.

²⁷⁸ Réplica de la Demandante, ¶¶ 134-136. En términos específicos, Merck argumenta que ésta posee en Ecuador, entre otras cosas, inventario, efectivo y activos que se usan para llevar el negocio, como, por ejemplo, vehículos, computadoras y equipos de oficina; arrendamientos de bienes raíces y otros derechos; cuentas por cobrar; el derecho a participar en el comercio en Ecuador en forma continua y a producir, comercializar y distribuir productos farmacéuticos patentados y con marca registrada dentro de Ecuador. *Id.* ¶ 135.

²⁷⁹ En todo caso, las sucursales, por no tener ninguna personalidad jurídica propia de acuerdo a la ley ecuatoriana, no pueden tener título de propiedad legal. Segundo Informe Pericial de Salgado, p. 3.

²⁸⁰ Vandeveldt, p. 114 (RLA-85(bis)).

²⁸¹ *Id.* (énfasis agregado).

162. Las decisiones relacionadas con tratados de inversión también aclaran que los activos por sí solos no constituyen “inversiones”²⁸². Un tribunal en un tratado de inversión opinó que los “activos no pueden estar protegidos *a menos que* estos sean el resultado de contribuciones, y las contribuciones no estarán protegidas *a menos que* hayan producido en realidad los activos de los cuales el inversionista reclama ha sido privado”²⁸³.

163. La mera presencia de facilidades y empleados no puede convertir a las actividades de Merck en Ecuador en una “inversión”. Luego de la disposición de la planta del Valle de Los Chillos en julio de 2003, las facilidades restantes de Merck eran meramente derechos de arrendamiento que se usaban para facilitar las transacciones comerciales. Merck presentó con su Réplica documentos – que cubrían solo períodos de tiempo limitados y carentes de explicación – que ésta pretende constituyen pruebas; pero Merck cita estos documentos solo a favor de la proposición de que tiene empleados, que continúa en el registro mercantil, y ha recibido sumas de capital de su compañía principal²⁸⁴. Lo que es importante, Merck no logró demostrar cómo la comercialización de ciertos productos farmacéuticos implicara una contribución sujeta a riesgo no comercial²⁸⁵. No hubo ningún compromiso de capital porque las contrapartes de Merck pagaron el precio a cambio de algo que se consideraba tenía valor económico en la forma del precio pagado (no existe ninguna sugerencia de alguna estructura de precio diferencial, por ejemplo). Lo que es más, incluso si los contratos de ventas ordinarios fueren extremadamente complejos – e incluso si estos involucraran a una agencia estatal – estos no se transforman en una “inversión”²⁸⁶. Estos contratos son en último término comerciales y sus precios se fijan con antelación²⁸⁷.

²⁸² Véase M.F. Houde, *Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties in INTERNATIONAL INVESTMENT PERSPECTIVES* (2006), p. 176 (RLA-161) (“La definición amplia de inversión basada en activos ha llegado ahora a ser la norma en [tratados internacionales de inversiones] recientes. Sin embargo, debido a sus implicaciones de gran alcance, ha habido una tendencia a alejarse de una definición totalmente abierta de modo que no se cubran operaciones que no se consideren inversiones ‘reales’. (donde se citan Modelos de TBI / FIPA de 2004 de los EE.UU. y Canadá como ejemplos de ese alejamiento)).

²⁸³ *Malicorp Ltd. v. The Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo (7 de febrero de 2011) (Tercier, Baptista, Tschanz) (“*Malicorp v. Egypt*”), ¶ 55 (RLA-66) (énfasis agregado).

²⁸⁴ Por ejemplo, Merck no provee información relacionada con supuestas contribuciones a la seguridad social correspondientes a 2001, 2004, 2005, 2007, 2008, 2009 y 2010 (Exhibit de la Demandante C-226). Tampoco está claro por qué solo ciertos años de ciertos documentos se han traducido al inglés. Véase, v.g., Documentación emitida por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) con respecto a las contribuciones de MSDIA (Sucursal Ecuador) a la seguridad social, en los años 2000, 2002, 2003, 2006 y 2011 (C-226); Información General de MSDIA registrada en la Superintendencia de Compañías (C-274).

²⁸⁵ Véase *Romak*, ¶ 207 (RLA-97) (“El Tribunal Arbitral considera por lo tanto que el término ‘inversiones’ de acuerdo al TBI tiene un significado inherente [...] que implica una contribución [...] que involucra cierto riesgo [...]. [S]i un activo no corresponde a la definición inherente de ‘inversión’, el hecho de que éste encaje en una de las categorías que se enumeran en el Artículo 1 [del TBI] no lo transforma en una ‘inversión’.”) (énfasis en el original).

²⁸⁶ Véase *Joy Mining*, ¶ 58 (RLA-66) (“Si no se infiere una distinción entre contratos de ventas ordinarios, incluso si fueren complejos, y una inversión, el resultado sería que todos los contratos de ventas o adquisiciones

164. En suma, aunque Merck pudiera tener una presencia local en Ecuador, esto por sí solo no *prueba* que los activos de Merck se usaran para llevar a cabo “inversión” en Ecuador.

E. La planta del Valle de Los Chillos no está protegida bajo el TBI

1. Ninguno de los derechos en el Tratado con respecto a la planta del Valle de Los Chillos estuvo en cuestión en los procesos internos

165. Conforme se explica en la Sección B.1 anterior, ninguno de los derechos en el Tratado con respecto a la disposición de la planta por parte de Merck estuvo en cuestión en los procesos ecuatorianos. Lo que *estuvo* en cuestión fue la conducta de Merck en las negociaciones precontractuales con NIFA.

166. El litigio interno se relaciona con la *conducta personal* por parte de Merck de una manera que fue perjudicial para NIFA – en otras palabras, una conducta torticera. NIFA se quejó de que Merck había cometido un “abuso de derechos”, “engaño”, y “actos dolosos” a fin de demorar su ingreso al mercado de productos genéricos en Ecuador²⁸⁸. NIFA se quejó además de que la conducta de Merck en las prolongadas negociaciones precontractuales que privaron a NIFA de valiosas oportunidades comerciales²⁸⁹.

167. La CNJ señaló que, en ningún momento se impidió que Merck dispusiese de la planta. Merck tenía plena libertad de contratar²⁹⁰. El Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha aclaró que Merck *no* había *adquirido una obligación* hacia NIFA *con respecto a la venta de la planta industrial*, y que no era apropiado que NIFA exigiese la venta de la planta, porque no se había suscrito ninguna promesa de venta del bien²⁹¹.

que involucren a una agencia estatal reunirían las condiciones para caracterizarlos como una inversión. [...] No obstante, esos contratos no son contratos de inversión, salvo en circunstancias excepcionales, y deben mantenerse separados y distintos en aras de un orden jurídico estable”.) (énfasis agregado). *C.f., Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción (11 de julio de 1997) (Orrego Vicuña, Heth, Owen), ¶¶ 37-43 (CLM-50) (donde se determina que existe una “inversión” calificada, pero se destaca: (a) que Venezuela respaldó los pagarés; (b) que Venezuela era una parte en el pagaré[]; y, (c) que los pagarés se crearon mediante la ley para *beneficiar el desarrollo* de Venezuela).

²⁸⁷ *C.f., Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción (16 de julio de 2001) (Briner, Cremades, Fadlallah), ¶ 56 (RLM-123) (donde *siempre* hubo un riesgo de que los costos de los contratistas no fueran aprobados, pues tenían que ser certificados por un ingeniero.).

²⁸⁸ Sentencia, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (23 de septiembre de 2011) (C-4).

²⁸⁹ Lo que es más, cuando surgió el litigio *NIFA v. MSDIA*, ya se había “liquidado” la inversión de Merck. Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 180.

²⁹⁰ NCJ II, p. 84 (R-194) (en la cual la Corte dijo: “Queda claro que las partes tienen libertad de contratar”).

²⁹¹ Sentencia, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (23 de septiembre de 2011) (C-4) (énfasis agregado).

168. Por último, incluso si Merck hubiera abandonado la idea de vender la planta del Valle de Los Chillos, el litigio interno habría sobrevenido de todos modos. Las negociaciones precontractuales con NIFA ya habían tenido lugar y, en realidad, las negociaciones duraron casi un año²⁹².

2. El litigio subyacente no prolongó la planta del Valle de Los Chillos como una “inversión”

169. A fin de argumentar que Merck tiene un interés protegido en la planta del Valle de Los Chillos hasta el final de todos los juicios – independientemente de la naturaleza de los reclamos que se hicieren valer o los derechos que se hicieren respetar – extiende el alcance del Tratado al punto de lo absurdo²⁹³. Sobre la base de la teoría de Merck, *todos y cada uno de los litigios* independientemente de la manera en que estuvieren conectados con la planta estarían automáticamente protegidos bajo el Tratado.

170. Las decisiones entre el inversionista y el Estado han demostrado que las inversiones se benefician de la protección durante toda su vida *solo en ciertas categorías de casos*²⁹⁴. Merck, de hecho, se basa en decisiones en las cuales los tribunales estuvieron preocupados porque las inversiones expropiadas no pudieran beneficiarse de la protección de los tratados de inversiones²⁹⁵. Por ejemplo, en *Mondev v. United States*, los derechos que estaban siendo litigados eran derechos específicamente con respecto a la inversión involucrada. Al contrario, en el presente caso, los procesos ecuatorianos no impugnaron la disposición de la planta por parte de Merck, o no buscaron que se la revertisiera. Lo que es más, la “teoría sobre la duración total” en *Mondev* estuvo motivada por un interés en equidad que no está presente aquí. En *Mondev*, el tribunal estaba preocupado porque un Estado pudiera anular la jurisdicción en virtud precisamente de su propia conducta indebida (es decir, la expropiación).

²⁹² CNJ II, p. 37 (R-194) (“Ellos habían dedicado cerca de un año a las negociaciones para adquirir la planta industrial de Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation cuando el 29 de enero de 2003, el señor Jacob Harel informó a NIFA S.A. que las conversaciones entre su compañía y Nueva Industria Farmacéutica S.A. habían terminado, sin ninguna consideración hacia los graves daños que esto había causado”); p. 38 (“Las negociaciones para adquirir la planta industrial que pertenecía a Merck Sharp Dohme (Inter American) Corporation se prolongaron durante cerca de un año [...]”).

²⁹³ Réplica de la Demandante, ¶ 162.

²⁹⁴ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 177.

²⁹⁵ V.g., Memorial de la Demandante, ¶ 221 nota a pie de página 396 (*donde se cita Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción (16 de junio de 2006) (Kaufmann-Kohler, de mayo de 2006, Stern) (RLA-72)); Réplica de la Demandante, ¶ 161 nota a pie de página 134 (*donde se cita Mondev International Ltd. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002) (Stephen, Crawford, Schwebel) (RLA-54) (donde el tribunal solo se ocupa de sus comentarios en cuanto a cuestiones de expropiación y compensación, trato nacional, y el estándar mínimo de trato); Réplica de la Demandante, ¶ 159 nota a pie de página 133 (*donde se cita Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. Republic of Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo (8 de mayo de 2008) (Lalive, Chemloul, Gaillard) (CLM-139) (donde se sostiene que un inversionista tenía capacidad procesal debido a su inversión había sido expropiada previamente)).

171. El tribunal en *Chevron I*, un caso en el cual Merck se basa en gran medida, expresó precisamente esta preocupación²⁹⁶. Además, existen varias diferencias entre el caso *Chevron I* y la presente diferencia. El litigio en *Chevron I* surgió *directamente de* los contratos de producción de Chevron con Ecuador. Lo que es importante, el tribunal en *Chevron I* fue cuidadoso en basar su dictamen en el hecho de que los reclamos de Chevron “fueron excluidos de todos los Contratos de Transacción” con Ecuador²⁹⁷. Merck no cita el razonamiento integral del tribunal en *Chevron I*, el cual se provee a continuación:

Las inversiones de las Demandantes fueron liquidadas mayormente cuando éstas transfirieron su título de propiedad en la concesión a PetroEcuador y a la suscripción de varios Contratos de Transacción con Ecuador. No obstante, esas inversiones no estaban e incluso aún no están liquidadas totalmente debido a los reclamos continuos de dinero originados directamente de sus actividades de extracción y producción petrolera acorde con sus contratos con Ecuador y su compañía estatal petrolera. *Estos reclamos fueron excluidos de todos los Contratos de Transacción* (R II, párrafo 169; C II, párrafo 40). Las Demandantes continúan en posesión de intereses subsistentes en su inversión original, pero de manera diferente. Por consiguiente, las inversiones de las Demandantes no han dejado de existir: sus juicios continuaron su inversión original hasta la entrada en vigencia del TBI y hasta la fecha de inicio de este arbitraje²⁹⁸.

172. El argumento de Merck de que la venta de su planta es análoga a los reclamos surgidos de los contratos de transacción no tiene sentido: No existe ninguna base en el presente caso que reactive la inversión de Merck simplemente porque Merck cometió un acto ilícito que condujo a la venta de la planta.

173. Merck también cita con aprobación *Chevron II* – asimismo, inútilmente²⁹⁹. En *Chevron II*, los reclamos tenían que ver con derechos “con respecto a una inversión” en razón de que la diferencia concernía directamente a perjuicios causados a la subsidiaria de Chevron,

²⁹⁶ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 34877, CNUDMI (TBI entre Ecuador y los Estados Unidos), Laudo Interino (1 de diciembre de 2008) (Böckstiegel, Brower, van den Berg), ¶ 193 (CLM-44) (donde se indica: “Este método resuelve la preocupación expresada en *Mondev* y *Jan de Nul* que un inversionista cuya inversión ha sido expropiada de manera definitiva tendría un reclamo de compensación pero, desde el punto de vista técnico, ya no tendría ninguna ‘inversión’ existente”).

²⁹⁷ *Id.*, 184.

²⁹⁸ *Id.*, (énfasis agregado).

²⁹⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 159.

TexPet, en el cumplimiento de sus contratos con Ecuador – una situación que no se encuentra aquí³⁰⁰.

174. Lo mismo se aplica también a la invocación errónea de Merck a *GEA v. Ukraine*³⁰¹. El tribunal en *GEA v. Ukraine* en realidad realizó un examen forense cuidadoso de la relación contractual de las partes cuando evaluó lo que constituía una “actividad de la inversión”³⁰². Merck también descuidó mencionar de qué manera el mismo tribunal determinó que un contrato de transacción y el contrato de reembolso relacionado *no* eran inversiones en los términos del TBI entre Alemania y Ucrania o del Artículo 25 de la Convención del CIADI³⁰³. El tribunal también sostuvo que un laudo arbitral no era una “inversión”³⁰⁴. El tribunal destacó además que los contratos de transacción y el laudo no involucraban “ninguna contribución” al Estado anfitrión, o “ninguna actividad económica relevante” dentro de dicho Estado³⁰⁵.

F. Conclusión

175. En síntesis, ninguno de los “derechos” con respecto a las llamadas “inversiones” de Merck fueron objeto de “trato” por parte de los tribunales ecuatorianos. Los procesos ecuatorianos no fueron “con respecto” sea a la sucursal de Merck o sus activos. La *posibilidad* real de Merck de disponer de la planta del Valle de Los Chillos tampoco estaba en cuestión porque los procesos internos concernieron a la conducta personal de Merck frente a otra entidad, NIFA.

176. Por lo tanto, el reclamo de Merck en el arbitraje se centra en litigios internos que no eran “con respecto a”: (i) su sucursal, (ii) sus activos, o (iii) su posibilidad de disponer de la planta del Valle de Los Chillos. Como resultado, el reclamo de Merck en el arbitraje [no logra] satisfacer la redacción del Artículo VI(1)(c) ni del Artículo II(3) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, la cláusula sobre solución de diferencias ni la norma de “trato justo y equitativo”, respectivamente.

³⁰⁰ El tribunal advirtió: “Sin lo primero, lo segundo no habría llegado a existir”.), *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23, Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad (27 de febrero de 2012) (Veeder, Grigera-Naón, Lowe), ¶ 4.15 (RLM-14)..

³⁰¹ Réplica de la Demandante, ¶ 164.

³⁰² *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/08/16, Laudo (31 de marzo de 2011) (van den Berg, Landau, Stern), ¶¶ 137-143 (donde se siguen los criterios en *Salini*) (CLM-126).

³⁰³ *Id.*, ¶ 157.

³⁰⁴ *Id.*, ¶ 161.

³⁰⁵ *Id.*, ¶ 162.

177. Además, Merck no ha logrado probar que su sucursal y sus activos cumplan la definición de “inversión” en el Artículo I(1)(a)(ii) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos. La definición de “compañía” de acuerdo al TBI entre Ecuador y los Estados Unidos excluye las sucursales no incorporadas que lleven a cabo actividades puramente comerciales de ventas, como son las que Merck realiza. Los activos de Merck también son intrascendentes con respecto a si existe la actividad de “inversión”. Por último, la teoría sobre “la duración total” en *Mondev* es totalmente inaplicable a la disposición de la planta del Valle de Los Chillos por parte de Merck.

178. Para concluir, debido a que el litigio subyacente no se relaciona con ningún supuesto “derecho” en el Tratado y puesto que Merck no posee ninguna “inversión” subyacente conforme se define en el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, este Tribunal está privado de jurisdicción para considerar los reclamos de Merck basados en un tratado de inversión.

IV. LOS RECLAMOS DE MERCK CARECEN DE MÉRITO, SON INADMISIBLES, Y NO ESTÁN DENTRO DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL PORQUE NO SE BASAN EN UNA ACCIÓN FINAL DEL SISTEMA JUDICIAL DE ECUADOR COMO UN TODO

179. La Demandante no cuestiona que sin el agotamiento de los recursos internos disponibles y efectivos en términos razonables no puede haber responsabilidad civil por una denegación de justicia según el Tratado y el derecho internacional consuetudinario. Su argumento es que ésta había satisfecho este elemento, aun cuando optó por renunciar a una acción extraordinaria de protección (“AEP”) ante la Corte Constitucional de Ecuador. Esto no se debe a que la AEP no estuviera “disponible en términos razonables” para la Demandante, sino porque, en su opinión, la AEP no podía proveer una reparación efectiva. Si la Demandante hubiera ejercido sus derechos de acuerdo a la ley ecuatoriana, la veracidad de la afirmación antes mencionada podía haberse examinado. No lo hizo y, como consecuencia, Ecuador y el Tribunal deben ahora dedicarse a un ejercicio contrario a los hechos.

180. Las secciones siguientes establecen que la AEP es de hecho un recurso efectivo al cual la Demandante podía y debía haber recurrido antes de plantear sus reclamos ante el Tribunal. Su omisión en hacerlo priva a los reclamos de la Demandante de todo mérito, independientemente de la disposición de tratados que invoque a fin de plantear sus alegaciones por denegación de justicia. Además, el inicio por parte de la Demandante de procesos entre inversionista y Estado a fin de crear un tribunal “en espera” *en caso* de que una denegación de justicia ocurriera *en el futuro* contraviene los mandatos de la jurisdicción y admisibilidad, y también constituye un abuso del proceso.

A. La Acción Extraordinaria de Protección es un recurso efectivo al cual la Demandante podía y debía haber recurrido antes de hacer valer sus reclamos por denegación de justicia al amparo del TBI

181. En su Memorial de Contestación, Ecuador demostró que la AEP era un recurso disponible y efectivo en términos razonables que la Demandante podía y debía haber perseguido antes de plantear su denegación de justicia bajo el TBI³⁰⁶.

³⁰⁶ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 206-227. Conforme explica el Profesor Guerrero del Pozo, los argumentos de la Demandante concernientes a los supuestos defectos de la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 plantean violaciones de derechos constitucionales, los cuales podían haber servido “como base suficiente para interponer una acción extraordinaria de protección contra la decisión [de la CNJ] Primer Informe Pericial sobre Derecho Ecuatoriano presentado por Juan Francisco Guerrero del Pozo (24 de julio de 2012) (“Primer Informe Pericial de Guerrero”), ¶ 17. La Demandante no ha impugnado este hecho. De acuerdo al Profesor Guerrero del Pozo, “las nuevas alegaciones presentadas por MSDIA contra la sentencia dictada por la

182. En su Réplica, la Demandante sostiene que la AEP no provee “ninguna posibilidad razonable” de reparación efectiva porque: (a) el recurso no podía haber suspendido la ejecución de la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 y, por lo tanto, una posible anulación de esa sentencia no podía haber impedido el daño que se le ha causado³⁰⁷; (b) la Corte Constitucional carecía de autoridad para ordenar a PROPHAR reembolsase a la Demandante la suma pagada en la ejecución de la sentencia³⁰⁸; y, (c) el sistema judicial ecuatoriano adolece de corrupción y sesgo, lo cual vuelve fútil a la persecución de recursos ulteriores, y la Corte Constitucional no es ninguna excepción conforme demuestra su decisión en la AEP de PROPHAR³⁰⁹.

183. La Demandante está equivocada por completo. Según el derecho internacional, los recursos internos no tienen que agotarse necesariamente solo si estos son “obviamente fútiles”. La Corte Constitucional tiene la facultad de ordenar la reparación integral de la violación constitucional, la cual podría incluir compensación monetaria por todo daño incurrido como resultado de la violación constitucional. Incluso si la Corte Constitucional meramente hubiere anulado la sentencia impugnada, dicha anulación habría creado una base efectiva para la recuperación del daño financiero incurrido como resultado de la sentencia anulada a través de una acción por enriquecimiento injusto. Por lo tanto, no puede considerarse que la AEP sea un recurso “obviamente fútil” y nada en las circunstancias de este caso afecta a esta conclusión.

1. De acuerdo al derecho internacional, únicamente los recursos obviamente fútiles no tienen que ser agotados necesariamente

184. La Demandante argumenta que la norma de la “futilidad obvia” para determinar la efectividad de los recursos internos “ya no es una buena ley”³¹⁰. Mas bien, el examen apropiado es si el recurso ofrece “una posibilidad razonable de reparación efectiva”³¹¹, conforme se dispone en el Artículo 15(a) del Borrador de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) sobre Protección Diplomática³¹².

Corte Nacional el 12 de noviembre de 2014 bastarían asimismo para iniciar una acción extraordinaria de protección”. Segundo Informe Pericial sobre Derecho Ecuatoriano presentado por Juan Francisco Guerrero del Pozo (18 de febrero de 2015) (“Segundo Informe Pericial de Guerrero”), p. 9 nota a pie de página 18.

³⁰⁷ *Id.*, ¶ 430(a).

³⁰⁸ *Id.*, ¶ 430(b).

³⁰⁹ *Id.*, ¶ 430(c).

³¹⁰ *Id.*, p. 98 nota a pie de página 484.

³¹¹ Segundo Dictamen Pericial del Profesor Jan Paulsson (8 de agosto de 2014) (“Segundo Dictamen Pericial de Paulsson”), ¶¶ 12-13.

³¹² International Law Commission (ILC), *Draft Articles on Diplomatic Protection* (2006), Artículo 15(a) (CLM-110).

185. Estos argumentos se basan en dos supuestos: (a) que la prueba de la “futilidad obvia” no refleja de manera apropiada la necesidad de que se apliquen los recursos internos con respecto a las circunstancias fácticas del caso, lo cual Ecuador no cuestiona y, por lo tanto, el umbral normativo para determinar la futilidad de la búsqueda de un recurso debe ser inferior; y, (b) que la formulación propuesta por el Profesor Dugard, Relator Especial de la CDI sobre la cuestión de la protección diplomática, y adoptada finalmente por la CDI, fue una codificación del derecho internacional existente, mas no un ejercicio en su desarrollo progresivo. Sin embargo, estas dos suposiciones son erróneas.

186. *Primero*, la prueba de la “futilidad obvia” no es intrínsecamente incompatible con la aplicación contextual de la norma de agotamiento de los recursos locales. Mummery, una de las autoridades en las cuales la Demandante busca basarse, señala con acierto que:

la inefectividad o “futilidad” de los recursos locales debe ser “obvia” o “probada claramente”, independientemente cuán paciente sea el tribunal internacional en investigar esto. Aunque esta fórmula implica un alto estándar, no significa que las excepciones sean imposibles o que la prueba sea meramente una regla general que se deba aplicar de manera rígida y automática³¹³.

187. Ninguna de las demás autoridades que la Demandante cita llega a sugerir que el estándar de la futilidad obvia sea inapropiado para determinar la efectividad de los recursos internos porque la regla se aplique con respecto a las circunstancias fácticas de cada caso³¹⁴.

³¹³ D. Mummery, *The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies*, 58 AM. J. INT’L L. 389 (1964), p. 400 (CLM-347).

³¹⁴ Véase, v.g., *Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht in Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, Sentencia (6 de julio de 1957), Informes de la C.I.J. 1957., p. 9, p. 39 (CLM-278) (donde se expresa el punto de vista de que la norma de agotamiento de los recursos locales “no es una regla puramente técnica o rígida”, pero no obstante se considera que “aunque los recursos [internos] sean contingentes o teóricos, debía haberse hecho un intento de agotarlos”); A. V. Freeman, *THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE* (1938) (“Freeman”), pp. 418, 423-424 (CLM-320) (donde se argumenta que la norma de agotamiento de los recursos locales está provista de “flexibilidad destinada a servir para necesidades prácticas”, sin dejar por eso de sostener que la doctrina de que no es necesario agotar los recursos que no sean efectivos encuentra una “representación admirable” en el caso *Finnish Ships*, el cual desde luego aprobó el estándar de “futilidad obvia”). La Demandante sugiere que las obras del Profesor Amerasinghe han “criticado el razonamiento tras el estándar de “futilidad obvia”. Réplica de la Demandante, p. 98 nota a pie de página 484. Sin embargo, el Profesor Amerasinghe explica que sus críticas se hicieron *de lege ferenda*, y en realidad no puede considerarse que algo en sus obras sugiera que el derecho internacional acepte una prueba “menos estricta que la prueba de ‘futilidad obvia’”. Segundo Informe Pericial del Profesor C.F. Amerasinghe (10 de febrero de 2015) (“Segundo Informe Pericial de Amerasinghe”), ¶ 11. Véase también C. Amerasinghe, *DIPLOMATIC PROTECTION* (2008), p. 152 (RLA-169) (“[e]n la ley de protección diplomática el principio de que no es necesario agotar los recursos locales cuando estos son ‘obviamente fútiles’ al parecer está establecido”).

188. *Segundo*, ninguna de las autoridades que la Demandante cita sugiere que la formulación sobre la “posibilidad razonable de reparación efectiva” fue propuesta y adoptada por la CDI, como una codificación del derecho internacional consuetudinario existente³¹⁵.

189. En el pronunciamiento judicial más reciente sobre la cuestión, el tribunal en *Apotex v. United States* estuvo de acuerdo con las partes, las cuales incluían el Estado natal de la Demandante, en que solo si la persecución de tales recursos es “obviamente fútil” una demandante sería dispensada de agotar los recursos internos³¹⁶. El tribunal reconoció la adopción por parte de la CDI de la formulación de “ninguna posibilidad razonable de una reparación efectiva”³¹⁷. Sin embargo, “aún se describía este [lenguaje] como si impusiere una pesada carga a las partes demandantes”³¹⁸. Lo que es más importante, el tribunal determinó que la formulación de la CDI en todo caso estaba “en el contexto del principio general en

³¹⁵ International Law Commission (ILC), Prof. J. Dugard, Special Rapporteur, *Third Report on Diplomatic Protection*, UN Doc. A/CN.4/523 (2002), ¶ 34 (CLM-334) (“parecería *más prudente* [...] buscar una formulación que invoque el concepto de razonabilidad pero que no dispense con demasiada facilidad que la parte demandante incumpla la norma sobre los recursos locales. Una *posible* solución debe encontrarse en la opción 3, que existe una exención de la norma de los recursos locales cuando ‘no existe ninguna posibilidad razonable de un recurso efectivo ante los tribunales del Estado demandado’.”) (énfasis agregado); International Law Commission (ILC), *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, YILC, 2006, vol. II, Parte Dos, comentario sobre el Artículo 15, pp. 77-78 (¶ 3) (CLM-335); J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), pp. 115-118 (RLA-68(bis)) (donde se expresa el acuerdo del autor con la formulación propuesta por el Profesor Dugard (*id.*, p. 118), pero no la opinión de que la formulación haya resuelto la cuestión en el derecho internacional consuetudinario). Conforme el Profesor Amerasinghe señala, los ejemplos que la CDI cita para apoyar la formulación “en todo caso satisfarían la prueba de la ‘futilidad obvia’”. Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, ¶ 23. Para el Profesor Amerasinghe, “la opción de la CDI a favor de un umbral ‘inferior’ parece [...] más un ejercicio de desarrollo progresivo de la ley que una codificación de la ley existente, y esto es evidente en el rechazo reciente a la norma por parte de los EE.UU. y el tribunal en *Apotex*. *Id.* El Profesor Amerasinghe también señala que la formulación del Profesor Dugard se origina en el famoso pronunciamiento del Juez Lauterpacht en su Opinión Separada en el caso *Norwegian Loans*, en el cual el Juez Lauterpacht hizo énfasis con respecto a los hechos de ese caso que “no puede considerarse que la posición legal sobre el tema sea *meridianamente clara a tal punto* que excluya como una cuestión de *posibilidad razonable* un recurso efectivo ante los tribunales noruegos”. *Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht in Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, Sentencia (6 de julio de 1957), Informes de la C.I.J. 1957., p. 9, p. 39 (CLM-278) (énfasis agregado). En opinión del Profesor Amerasinghe, *esta afirmación no refleja un estándar diferente de la “futilidad obvia”*:

Una lectura cuidadosa de esta afirmación, en particular teniendo en cuenta el requisito de claridad meridiana de la posición legal, y la ausencia de un rechazo explícito o incluso la referencia a la prueba de la “futilidad obvia” [...] induce a la conclusión de que [el Juez Lauterpacht] meramente definía la prueba de la “futilidad obvia”. Es demasiado suponer que él estuviera reemplazando la prueba aceptada con otra prueba sin siquiera una referencia a la anterior o una desestimación de ésta. Además, resulta claro que la formulación que él propuso no es más que una definición de la prueba de “futilidad obvia”, porque la prueba no requiere la *certeza* de fracaso, solo la ausencia de incluso una *posibilidad de éxito*. La adición del epíteto ‘razonable’ para describir la posibilidad no aporta mucho para restarle valor al significado dada la futilidad obvia. En realidad, no existe ninguna *posibilidad razonable* de reparación, agotar los recursos ería obviamente fútil.

Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, ¶ 24 (énfasis agregado).

³¹⁶ *Apotex, Inc. v. The Government of the United States of America*, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio de 2013) (Landau, Davidson, Smith) (“*Apotex* (2013)”), ¶ 257 (RLA-122).

³¹⁷ *Id.*, p. 93 nota a pie de página 149.

³¹⁸ *Id.*

cuanto al agotamiento de los recursos locales en el derecho internacional consuetudinario, *al contrario de la regla más específica con respecto a los actos judiciales y la ‘finalidad’*[...] ³¹⁹.

190. El tribunal explicó en detalle que la naturaleza específica de la norma sobre la finalidad judicial ³²⁰ implica que la excepción de la futilidad de perseguir adicionalmente recursos internos debe cumplir un alto límite en realidad: de hecho, “en razón de que debe permitirse que cada sistema judicial se corrija a sí mismo, la excepción de la ‘futilidad obvia’ debe interpretarse en sentido restringido” ³²¹. El tribunal explicó luego que una demostración de la “futilidad obvia” requeriría:

una *falta de disponibilidad* real del recurso, o que se haya probado que el recurso es “*manifiestamente inefectivo*” – lo cual a su vez exige simplemente que se formule la mejor estimación o predicción en cuanto a sus probables posibilidades de éxito, si se hubiera perseguido el recurso disponible ³²².

191. La Demandante argumenta que el tribunal aplicó la norma de la “futilidad obvia” “después que *ambas* partes solicitaron la aplicación de dicha norma” ³²³. El Profesor Paulsson llega incluso a sugerir que el caso *Apotex* no podrá invocarse en apoyo de la norma porque “las partes demandantes en ese caso admitieron, tal vez ahora para su pesar, en la aplicación de la norma de la “futilidad obvia” ³²⁴. Sin embargo, los tribunales basados en el TLCAN están obligados según el Artículo 1131 del TLCAN a resolver diferencias “en conformidad con este Tratado y las normas aplicables del derecho internacional”, no las normas que comúnmente acuerdan las partes ³²⁵. Como una cuestión de hecho, el tribunal en *Apotex* se refirió específicamente al Artículo 1131, el cual lo faculta para considerar el derecho internacional consuetudinario sobre la cuestión de la responsabilidad del Estado originada en actos de los tribunales internos ³²⁶. A partir de esa ley, el tribunal infirió que “el umbral de la ‘futilidad obvia’ es alto” ³²⁷.

³¹⁹ *Id.* (énfasis agregado).

³²⁰ *Id.*, ¶ 282 “Los reclamos por denegación de justicia “dependen de la demostración de una falla *sistémica* en el sistema judicial”.) (énfasis agregado).

³²¹ *Id.*, ¶ 284.

³²² *Id.* (énfasis en el original; se han omitido las citas internas). Véase también *id.*, ¶ 276 (“la cuestión de si la falta de obtención de la finalidad judicial podrá eximirse por la ‘futilidad obvia’ debido a que esa prueba “gira en torno a la falta de disponibilidad de reparación por parte de una autoridad judicial de nivel más alto, *no a la determinación de la probabilidad de que la autoridad judicial de nivel más alto habría otorgado la reparación deseada*”).) (énfasis agregado).

³²³ Réplica de la Demandante, p. 98 nota a pie de página 484 (énfasis en el original).

³²⁴ Segundo Dictamen Pericial de Paulsson, p. 7 nota a pie de página 12.

³²⁵ North American Free Trade Agreement (TLCAN), *Chapter 11: Investment* (1 de enero de 1994), Artículo 1131 (RLA-151).

³²⁶ *Apotex* (2013), ¶¶ 280-281 (RLA-122).

³²⁷ *Id.*, ¶ 279.

192. Además, conforme el Profesor Paulsson debe conocer, la concordancia de las opiniones de las partes no exime a una corte o tribunal internacional de tener que verificar *por sí mismo* el contenido y la aplicabilidad de las normas del derecho internacional consuetudinario []. Conforme la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) pronunció la famosa frase en el caso *Nicaragua v. U.S.*, “el mero hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de ciertas normas *no es suficiente* para que la Corte considere que estos sean parte del derecho internacional consuetudinario, y sean aplicables como tales a esos Estados”³²⁸.

193. En todo caso, como se demostrará más adelante, la AEP dispone claramente una “posibilidad razonable de reparación efectiva”.

2. La AEP pudo satisfacer el objeto que la Demandante buscaba

194. La Demandante plantea que para que un recurso sea efectivo, “éste debe ser ‘capaz de reparar el agravio de la parte litigante’”³²⁹. De acuerdo a la Demandante, la AEP no es un recurso efectivo en este sentido porque: (a) la Corte Constitucional carece de autoridad para dejar en suspenso la ejecución de la decisión que se impugne a través de la AEP³³⁰; (b) la Corte Constitucional carece de la autoridad para ordenar el reembolso de la cantidad de la decisión impugnada o el reembolso de los “costos desperdiciados” durante el desarrollo del litigio subyacente³³¹; y, (c) la anulación de la sentencia impugnada como resultado de una AEP exitosa no crea una base jurídica efectiva para el reembolso de la suma pagada en cumplimiento de la sentencia impugnada³³². Una vez más, la Demandante está equivocada en las tres razones.

a. La imposibilidad de la AEP de acuerdo a la ley para dejar en suspenso la ejecución de la sentencia impugnada no afecta su efectividad como un recurso

³²⁸ *Military y Paramilitary Activities in y against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Fondo, Sentencia (27 de junio de 1986), Informes de la C.I.J. 1986, p. 14, p. 97 (¶ 184) (RLA-144) (énfasis agregado). Véase también *id.*, pp. 97-98 (“obligada como está por el Artículo 38 de su Estatuto en cuanto a aplicar, *inter alia*, la tradición internacional ‘como prueba de una práctica general aceptada como ley’, la Corte no podrá dejar de considerar el papel esencial que desempeña la práctica general. Cuando dos Estados están de acuerdo en incorporar una norma general a un tratado, su acuerdo basta para hacer que esa norma sea legal, vinculante para estos; *pero en el campo del derecho internacional consuetudinario, el punto de vista común de las Partes en cuanto al contenido de lo que éstas consideren como norma no es suficiente*. La Corte debe convencerse de que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica”). (énfasis agregado).

³²⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 431 (énfasis omitido); Segundo Dictamen Pericial de Paulsson, ¶ 14.

³³⁰ Réplica de la Demandante, ¶¶ 433-435.

³³¹ *Id.*, ¶¶ 437-440.

³³² *Id.*, ¶¶ 441-456.

195. Es posible que la Demandante no pueda sostener que la finalidad judicial se cumple siempre que una sentencia llega a ser ejecutable (y si lo hace, en ese caso su propio perito³³³, y la ley³³⁴, la contradice de plano). Posiblemente tampoco podía establecer que las circunstancias de este caso justifiquen una conclusión de que el daño financiero en el cual ésta podía haber incurrido entretanto era tal que podía poner en cuestión la disponibilidad razonable del recurso constitucional³³⁵.

196. Mas bien, el argumento de la Demandante al parecer se basa en el supuesto de que la Corte Constitucional no podía hacer más que anular la sentencia impugnada *ex post facto*; es decir, después de su ejecución³³⁶. Si se demostrare que esta suposición es errónea, que en realidad es, como se establecerá más adelante, el argumento de la Demandante se derrumba con ésta. En realidad, de acuerdo al propio razonamiento del Profesor Paulsson, si pudiere demostrarse que el recurso constitucional permite la recuperación del pago hecho en la ejecución de la sentencia anulada, sería por completo irrazonable que una parte demandante no recurra a éste incluso si tuviera que incurrir en daño financiero como resultado de ese pago entretanto³³⁷.

197. Además, conforme el Profesor Guerrero del Pozo explica:

El escenario en el cual se ejecuta una decisión judicial mientras está pendiente la decisión judicial de una apelación independiente no es una peculiaridad de la acción extraordinaria de protección. En el sistema jurídico ecuatoriano, existen varios casos en los cuales esto es posible. Eso no hace posible la cuestión de la efectividad de estas apelaciones independientes [...] ³³⁸.

³³³ Segundo Dictamen Pericial de Paulsson, ¶ 18.

³³⁴ Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 228-230.

³³⁵ La Demandante induce a la duda sobre la disponibilidad razonable del recurso constitucional solo “en el caso de que la CNJ ratifique la sentencia del tribunal de apelaciones de \$150 millones contra MSDIA”. Réplica de la Demandante, p. 101 nota a pie de página 496. Aunque Ecuador ha demostrado que incluso una orden de esa magnitud no habría afectado la disponibilidad razonable del recurso constitucional, esta situación nunca se materializó. Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 215-218, 231-232 and Decisión de la CNJ, *PROPHAR v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (10 de noviembre de 2014) (“Decisión de la CNJ de noviembre de 2014”) (R-194). En estas circunstancias, “no [había] ningún impedimento para dirigirse a la Corte Constitucional, en especial considerando la insignificancia de las sumas involucradas frente a la importancia de los activos de la Demandante [...]”. Segundo Informe Pericial del Profesor Lucius Cafilisch (16 de febrero de 2015) (“Segundo Informe Pericial de Cafilisch”), ¶ 10.

³³⁶ Réplica de la Demandante, ¶¶ 432-433.

³³⁷ Véase Segundo Dictamen Pericial de Paulsson, ¶ 18.

³³⁸ Segundo Informe Pericial de Guerrero del Pozo, ¶ 44. El Profesor Guerrero del Pozo provee varios ejemplos de acciones impugn[adas] “que en general no suspenden la ejecución de la sentencia impugnada”, y dice que “nunca ha existido ninguna impugnación a su efectividad como recursos”. *Id.*, ¶¶ 45-46.. La sugerencia del doctor Oyarte de que la efectividad de la AEP no existe debido a que la ley ecuatoriana no le otorga un efecto suspensivo “no tiene ninguna base doctrinaria o jurisprudencial de la naturaleza que fuere”. *Id.* ¶ 42.

198. Mas bien, la efectividad de la AEP “requiere una apreciación de la efectividad de las medidas de reparación plena que la Corte Constitucional puede ordenar cuando decide una acción”³³⁹. Éstas podrán incluir una orden de compensación monetaria, conforme se demuestra más adelante.

199. Sería absurdo sugerir que, de acuerdo a *todo* sistema de derecho, un recurso sea *eo ipso* inefectivo debido a que la sentencia impugnada pueda ejecutarse entretanto³⁴⁰. La indagación apropiada, precisamente como el Profesor Paulsson la plantea, es si el recurso en cuestión es “disponible en términos razonables” y “efectivo para reparar el perjuicio específico en cuestión”³⁴¹. El primer elemento no está en debate, y ciertamente el Profesor Paulsson habría llegado a conclusiones diametralmente opuestas con respecto a lo segundo si él hubiera estado informado con precisión sobre los recursos disponibles en la Corte Constitucional de Ecuador³⁴².

b. La Corte Constitucional tiene autoridad para ordenar el reembolso de la cuantía de la sentencia anulada y las costas judiciales incurridas como resultado de la violación constitucional

200. La Demandante argumenta que una AEP no le habría provisto una reparación efectiva porque la Corte Constitucional “no tenía la facultad de otorgar el reembolso de los \$1,57 millones que MSDIA fue obligada a pagar en cumplimiento de la sentencia de la CNJ”, y tampoco “podía haber ordenado el reembolso de los costos que MSDIA desperdició durante el desarrollo del litigio *NIFA v. MSDIA*”³⁴³. Esto se debe a que la [AEP] es una “acción separada y no una apelación” y, por lo tanto, la Corte Constitucional “no puede emitir una sentencia sustituta que ordene una devolución de las sumas pagadas previamente”³⁴⁴.

201. Si la Corte Constitucional puede ordenar una “sentencia sustituta” es desde luego irrelevante para la cuestión que nos ocupa. La cuestión real es: ¿podía la Demandante haber

³³⁹ *Id.* ¶ 43.

³⁴⁰ Conforme el Profesor Guerrero del P puntualiza, siempre existe riesgo involucrado cuando se busca hacer respetar un derecho que enfrenta la posibilidad de ser anulado en el futuro a través de un recurso de casación. Véase *id.*, p. 12 nota a pie de página 28.

³⁴¹ Segundo Dictamen Pericial de Paulsson, ¶ 18.

³⁴² Véase *id.*, ¶ 5 (“al igual que en mi primer informe, no expreso ningún punto de vista en cuanto a la exactitud de ninguno de los argumentos fácticos hechos por MSDIA y no los he verificado o no he llevado a cabo mi propia investigación de los hechos. Tampoco expreso ningún punto de vista sobre ninguna cuestión de la ley ecuatoriana. Simplemente asumo los hechos y proposiciones de la ley ecuatoriana conforme se ha expresado anteriormente que son verdaderos”).

³⁴³ Réplica de la Demandante, ¶ 436; Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 31; Segundo Dictamen Pericial de Paulsson, ¶ 15.

³⁴⁴ Segundo Dictamen Pericial de Rafael Oyarte Martínez (7 de agosto de 2014) (“Segundo Dictamen Pericial de Oyarte”), ¶¶ 18-21.

obtenido reparación apropiada a través de una AEP? Disposiciones expresas de la ley ecuatoriana establecen que ésta podía.

202. El Artículo 86 de la Constitución Ecuatoriana de 2008 dispone que una declaración de la Corte Constitucional de violación de derechos constitucionales faculta a la Corte para ordenar “la *reparación* integral de bienes tangibles e intangibles” de la violación³⁴⁵. Esta disposición se hace aplicable a los procedimientos de la AEP a través del Artículo 63 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (la “Ley Orgánica”)³⁴⁶. El Artículo 18 de la misma ley especifica que el concepto de “reparación plena” tiene la finalidad de asegurar “que la persona o personas que sean los titulares del derecho que se ha violado disfruten del derecho de la manera más apropiada posible, y que se restituya su situación previa a la violación”³⁴⁷. La misma disposición enumera, de forma no exhaustiva, las medidas que podrán ordenarse para alcanzar la “reparación integral”. Éstas incluyen expresamente la compensación *financiera* por “la pérdida o detrimento en los ingresos de las personas afectadas, los gastos realizados con respecto a los sucesos y las consecuencias financieras que podrían tener un nexo causal con los sucesos del caso”³⁴⁸.

203. La propia Corte Constitucional ha reconocido de manera inequívoca que puede otorgar compensación por daños y perjuicios como parte de la reparación integral que está facultada para ordenar en el caso de que determinare una violación de un derecho constitucional³⁴⁹. Se infiere que nada en la ley ecuatoriana habría impedido o podría haber impedido que la Demandante buscare a través de una AEP compensación monetaria por algún daño en el cual ésta supuestamente incurriera como resultado de la supuesta denegación de justicia. Dicha compensación podía haber comprendido las costas judiciales incurridas como resultado de la violación constitucional³⁵⁰.

³⁴⁵ Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008), Artículo 86 (RLM-15(bis)).

³⁴⁶ Ley Orgánica de las Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (22 de octubre de 2009), Artículo 63 (RLA-174).

³⁴⁷ *Id.*, Artículo 18.

³⁴⁸ *Id.*

³⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional No. 004-13-SAN-CC emitida en el caso No. 0015-10-AN (13 de junio de 2013) (FG-46).

³⁵⁰ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 30. Por consiguiente las alegaciones infundadas de la Demandante de que la Corte Constitucional careciera de la facultad para otorgar costas judiciales son falsas. Réplica de la Demandante, ¶ 455. La Corte Constitucional podía fallar a favor del pago de esas costas, siempre que éstas tuvieran “un nexo causal con los sucesos del caso”. Ley Orgánica de las Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (22 de octubre de 2009), Artículo 18 (RLA-174). Estas son las únicas costas que la Demandante puede solicitar legítimamente de acuerdo al derecho internacional como parte de su indemnización por daños y perjuicios por una denegación de justicia, como se demuestra a continuación y en el Capítulo VI del presente memorial.

204. Es elocuente y sorprendente que ninguna de las disposiciones antes mencionadas se citara en cualquiera de los dos informes periciales del doctor Oyarte, perito de la Demandante sobre la cuestión. Sin un análisis de estos fundamentos de las reparaciones constitucionales, los informes periciales del doctor Oyarte obviamente no tiene ningún peso o autoridad.

205. La ley ecuatoriana complementa la potestad de la Corte Constitucional de otorgar compensación monetaria con un proceso administrativo para su cuantificación³⁵¹. El Artículo 19 de la Ley Orgánica dispone en la parte pertinente que en el caso de que la reparación integral ordenada por la Corte “implicare el pago monetario a la parte afectada o al titular del derecho que se ha violado, la determinación sobre la cantidad que se adeudare se hará [...] a través de procesos contencioso administrativos, si se reclamasen contra el Estado”³⁵². En el caso de la AEP, dado que ésta podría iniciarse solo con respecto a sentencias dictadas por los tribunales, esos procesos administrativos deberán plantearse contra la entidad que represente al sistema judicial; es decir, el Presidente del Consejo de la Judicatura³⁵³.

206. Lo que es importante, la Corte Constitucional ha especificado, con efecto vinculante general³⁵⁴, que los procesos en cumplimiento del Artículo 19 de la Ley Orgánica “implican un proceso ejecutorio *que no involucra una discusión de la declaración de violación de derechos*”³⁵⁵. Esto significa que la reconsideración de los hechos subyacentes, “incluida la reconsideración de si la víctima tiene derecho a compensación”, no se permite³⁵⁶. La *única* cuestión para consideración, y determinación, es la cantidad que se adeuda a la víctima de la violación constitucional”³⁵⁷.

207. Por lo tanto, si la Corte Constitucional ha otorgado a la Demandante compensación monetaria, la cual como se demostró con anterioridad está facultada para hacerlo de acuerdo al marco jurídico ecuatoriano, la Demandante podía haber iniciado procesos administrativos para cuantificar dicha compensación. La única cuestión sería entonces el establecimiento del “daño pecuniario sufrido como resultado de la violación [...] sin que exista ninguna norma que impida que la víctima solicite el reembolso de las costas judiciales en el contexto del litigio

³⁵¹ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 29.

³⁵² Ley Orgánica de las Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (22 de octubre de 2009), Artículo 19 (RLA-174).

³⁵³ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 29.

³⁵⁴ Véase *id.*, p. 7 nota a pie de página 12.

³⁵⁵ Sentencia de la Corte Constitucional No. 004-13-SAN-CC emitida en el caso No. 0015-10-AN (13 de junio de 2013) (FG-46) (énfasis agregado).

³⁵⁶ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 27.

³⁵⁷ *Id.* Véase también *id.*, ¶ 31 (en referencia al precedente de la Corte Constitucional que confirma estos principios).

subyacente”³⁵⁸. Y, no obstante, la Demandante optó por renunciar a estos derechos de remediación contemplados en la ley ecuatoriana.

208. Incluso si la Corte Constitucional hubiera anulado solo la decisión impugnada de la CNJ, la Demandante “podía haber presentado una petición ante el tribunal de primer instancia que ejecutara la sentencia de la Corte Nacional de Justicia en la cual solicitare que se ordenase a PROPHAR la devolución de la cantidad pagada”³⁵⁹. Si PROPHAR se rehusara a cumplir, el tribunal de primera instancia “podía haber emitido las órdenes necesarias para obligar a dicho desembolso”³⁶⁰.

209. La Demandante y el doctor Oyarte argumentan que este escenario “no tiene ninguna base en la ley ecuatoriana”, porque “una decisión de la Corte Constitucional no habría activado los procesos ejecutorios en el nivel de el tribunal de primera instancia”³⁶¹. También argumentan que en todo caso, el tribunal de primera instancia no podía haber ordenado la restitución de ningún pago hecho sobre la base de la sentencia anulada porque PROPHAR no habría sido una parte en los procesos de la AEP³⁶². Ellos señalan finalmente lo que ocurrió en los tribunales ecuatorianos después de la anulación de la decisión de la CNJ de septiembre de 2012: “la decisión de la Corte Constitucional no fue enviada a un tribunal de primera instancia para la ejecución. La Corte Constitucional tampoco ordenó a NIFA que reembolsase el dinero de MSDIA u ordenase que algún otro tribunal iniciase procesos ejecutorios para reembolsar el dinero pagado por MSDIA”³⁶³.

210. La Demandante y el doctor Oyarte están equivocados. El Profesor Guerrero del Pozo explica que aunque las sentencias dictadas por los tribunales de jurisdicción ordinaria son ejecutables solo mediante los tribunales de primera instancia, las sentencias dictadas por la Corte Constitucional pueden ser ejecutadas por tribunales de apelación, o incluso por la propia CNJ, “dependiendo de la naturaleza de la medida para lograr la reparación plena ordenada por la Corte Constitucional”³⁶⁴. En caso de que la sentencia anulada se haya

³⁵⁸ *Id.*, ¶ 30.

³⁵⁹ *Id.*, ¶ 15.

³⁶⁰ *Id.*

³⁶¹ Réplica de la Demandante, ¶ 443 (énfasis omitido); Segundo Dictamen Pericial de Oyarte, ¶ 18.

³⁶² Réplica de la Demandante, ¶ 444; Segundo Dictamen Pericial de Oyarte, ¶ 21.

³⁶³ Réplica de la Demandante, ¶ 445; Segundo Dictamen Pericial de Oyarte, ¶ 23.

³⁶⁴ Segundo Informe Pericial de Guerrero, p. 5 nota a pie de página 8. De acuerdo al Artículo 164(4) de la Ley Orgánica, la Corte Constitucional misma podía ejecutar “directamente todas las medidas necesarias para hacer cumplir sus decisiones”. En términos específicos con respecto a las sentencias dictadas en las AEP, el Artículo 165 dispone que la Corte Constitucional “ejercerá todas las potestades otorgadas a cualquier juez por la Constitución, esta Ley y la Ley Orgánica de la Función Judicial para la ejecución de sus decisiones, con el objeto de ejecutar la sentencia que se ha violado y lograr la reparación integral de los daños y perjuicios infligidos a la

ejecutado previamente, el Profesor Guerrero del Pozo opina, es el tribunal de primera instancia que la ejecutó el que “podía y debía haber ordenado las medidas necesarias para que se reembolsase el pago”³⁶⁵; desde luego, a condición de que la Demandante le haya solicitado hacerlo.

211. El Profesor Guerrero del Pozo apoya lo antes expuesto con referencia a la jurisprudencia legal ecuatoriana que es directamente pertinente. En una sentencia de 20 de marzo de 2012, la Corte Constitucional aprobó una AEP, ordenó la anulación de las decisiones dictadas por los tribunales inferiores, incluso por la CNJ³⁶⁶. Aun cuando la Corte Constitucional no ordenó el reembolso de los pagos hechos basados en las decisiones anuladas, y aun cuando no se dirigió formalmente la AEP a su contraparte, la parte demandante en la AEP solicitó al tribunal de primera instancia que ordenase a su contraparte en el litigio subyacente que reembolsase los pagos hechos a ésta. Y el tribunal de primera instancia hizo eso precisamente cuando aprobó lo solicitado³⁶⁷.

212. Se infiere que si la Demandante hubiera planteado una AEP, “habría tenido la potestad de solicitar todas las medidas necesarias para obtener reparación integral por los derechos supuestamente violados, incluida una orden de la Corte Constitucional de compensación financiera general”³⁶⁸. Si la Corte Constitucional hubiera aprobado su solicitud, la Demandante podría haber iniciado procesos administrativos para cuantificar dicha compensación. Incluso si la Corte Constitucional no hubiera ordenado compensación monetaria como parte de la “reparación integral” de la violación constitucional, su decisión podía haber activado procesos ejecutorios a nivel de los tribunales de primera instancia, independientemente del hecho que la AEP no se dirigiera formalmente a la contraparte, a condición de que la Demandante lo hubiera solicitado.

213. En el caso en cuestión, la Demandante no persiguió una AEP para comenzar. A la luz de las disposiciones aplicables de la ley ecuatoriana y la jurisprudencia establecida, su omisión es fatal para su reclamo ante este Tribunal.

c. La anulación de la sentencia de la CNJ habría creado una base legal efectiva para el reembolso de la suma de la

demandante”. Ley Orgánica de las Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (22 de octubre de 2009), Artículos 164(4) y 165 (RLA-174).

³⁶⁵ Segundo Informe Pericial de Guerrero, p. 5 nota a pie de página 8.

³⁶⁶ Véase *id.*, ¶ 17 (donde se cita Sentencia No. 042-12-SEP-CC emitido en Caso No. 0085-09-EP (20 de marzo de 2012) (FG-44)).

³⁶⁷ Véase *id.*, ¶ 16 (donde se cita Sentencia emitida en el Caso No. 631-2006 (13 de marzo de 2014) (FG-45)).

³⁶⁸ *Id.*, ¶ 32 (se han omitido las citas internas).

sentencia anulada

214. La sección previa estableció que de acuerdo al marco jurídico y constitucional ecuatoriano y su jurisprudencia, la Demandante podía haber solicitado compensación monetaria a la Corte Constitucional y ésta podía haberla aprobado, lo cual podía haber remediado toda “pérdida o detrimento al ingreso de las personas afectadas, los gastos realizados con respecto a los sucesos y las consecuencias financieras que pudieran tener un nexo causal con los sucesos del caso”³⁶⁹. Por lo tanto, la Demandante no ha alcanzado la finalidad judicial antes de hacer valer sus reclamos por denegación de justicia en el nivel internacional; en realidad, de acuerdo al derecho internacional, es inconcebible, en ausencia de circunstancias extremas que afectaren la disponibilidad razonable del recurso, las cuales no existen en el presente caso, que un recurso que podía haber provisto a la demandante dichos resultados prácticos no deba agotarse.

215. Incluso si la Corte Constitucional solo hubiera anulado la decisión de la CNJ, e incluso si la Demandante no hubiera solicitado el reembolso de la suma que ésta pagó en la ejecución de la sentencia anulada mediante la ejecución de la sentencia de la Corte Constitucional conforme se demostró previamente, la anulación de la decisión de la CNJ habría creado una base legal efectiva para el reembolso debido a la doctrina del enriquecimiento injusto (o el “pago sin causa”)³⁷⁰.

216. En su Réplica, la Demandante admite que el enriquecimiento injusto es una doctrina jurídica reconocida en la ley ecuatoriana y que no se le ha impedido de ninguna manera que inicie una acción por tales motivos. No obstante, la Demandante sostiene que el derecho internacional no le exige que “inicie una acción civil nueva y totalmente separada contra [PROPHAR]”³⁷¹. La Demandante está equivocada. Es incontrovertible en derecho internacional que una parte demandante deba agotar “*todos* los recursos judiciales disponibles

³⁶⁹ Ley Orgánica de las Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (22 de octubre de 2009), Artículo 18 (RLA-174).

³⁷⁰ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 225-226.

³⁷¹ Réplica de la Demandante, ¶ 450. Al respecto, luego de citar las obras de Alwyn Freeman y el Profesor Amerasinghe, la Demandante argumenta que el requisito de agotamiento de los recursos locales “no debería interpretarse en el sentido de que requiera que una parte demandante persiga recursos locales prolongados e ineficaces que, en efecto, privan a la parte demandante de acceso a un foro internacional”. Réplica de la Demandante, p. 105 nota a pie de página 511. Aunque esta posición es en general correcta, no es aplicable al presente caso. Conforme el Profesor Amerasinghe señala, esta calificación no se aplica “cuando las probabilidades de justicia son altas”; en tal caso, “es más razonable esperar que el extranjero invierta tiempo y dinero en pasar por el sistema judicial [...]”. C.f. Amerasinghe, *The Local Remedies Rule In Appropriate Perspective* (1976), p. 749 (CLM-293); Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, ¶ 12.

previstos en la ley municipal del Estado demandado”³⁷². La cuestión clave es de una naturaleza diferente: en las circunstancias del presente caso, teniendo en cuenta la ley ecuatoriana, ¿es el recurso en cuestión “obviamente fútil” o, de acuerdo al estándar de la Demandante, incapaz de ofrecer “una posibilidad razonable de reparación efectiva”? Como se demostrará más adelante, una acción civil por razones de enriquecimiento injusto podía ofrecer dichos medios de reparación a la Demandante. Por lo tanto, ésta debía haber perseguido este recurso.

217. El argumento de la Demandante en contrario se basa en tres razones, las cuales se abordan a su turno. *Primero*, la Demandante argumenta que una acción debida a enriquecimiento injusto contra PROPHAR “habría sido objeto de las defensas legales [de PROPHAR] y su resultado habría sido por lo tanto incierto [...]”³⁷³. En opinión del doctor Oyarte en particular, PROPHAR podía haber argumentado que ésta había “recibido el pago de acuerdo a una orden válida del tribunal y que ningún tribunal le había ordenado que devolviese el dinero”³⁷⁴. En consecuencia, y a la luz de lo que ésta considera como un expediente de la corte que está irremediamente manchado por el sesgo y la corrupción, la Demandante argumenta que recurrir a dicha acción “equivaldría solo a un mayor desperdicio de tiempo y recursos, y [permitirá] nuevas oportunidades para la denegación de justicia”³⁷⁵.

218. Estos argumentos no dispensan la omisión de la Demandante en recurrir a una acción por enriquecimiento injusto. Conforme el Profesor Guerrero del Pozo explica, la opinión del doctor Oyarte sobre las probables defensas de PROPHAR no resiste el escrutinio. La anulación de la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 produjo la anulación de la orden de la corte que ordenaba a la Demandante el pago de la suma de la sentencia a PROPHAR³⁷⁶. Se desprende que dicho pago ya no se ha hecho en cumplimiento de una orden válida de la corte³⁷⁷. Si PROPHAR hubiera planteado esa defensa, ésta habría sido rechazada de manera sumaria. En sujeción a la persecución diligente de la Demandante de su reclamo³⁷⁸, una acción por enriquecimiento injusto habría tenido altas probabilidades de que resultara exitosa.

³⁷² International Law Commission (ILC), *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, YILC, 2006, vol. II, Parte Dos, comentario sobre el Artículo 14, p. 72 (¶ 4) (CLM-335) (énfasis agregado).

³⁷³ Réplica de la Demandante, ¶ 451; Segundo Dictamen Pericial de Oyarte, ¶ 23.

³⁷⁴ Segundo Dictamen Pericial de Oyarte, ¶ 23.

³⁷⁵ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 32.

³⁷⁶ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶¶ 86-89.

³⁷⁷ *Id.*, ¶ 56.

³⁷⁸ *Id.*, ¶¶ 51-52.

219. Además, de acuerdo al derecho internacional, la incertidumbre sobre el resultado, lo prolongado del proceso, y los costos relacionados en los que se incurriere no son una excusa válida para no agotar los recursos locales. Conforme la CDI puntualizó,

A fin de cumplir el requisito[] [de que no existan recursos locales disponibles en términos razonables para proveer reparación efectiva, o que los recursos locales no provean ninguna posibilidad razonable de dicha reparación] *no basta que la persona perjudicada demuestre que la posibilidad de éxito sea baja o que las apelaciones ulteriores sean difíciles o costosas. La prueba no es si un resultado exitoso es probable o posible sino si el sistema municipal del Estado demandado es razonablemente capaz de proveer reparación efectiva*³⁷⁹.

220. Por último, el sesgo y la corrupción en el litigio ecuatoriano subyacente está solo en la imaginación de la Demandante. Las secciones siguientes demuestran que: (a) no existe ninguna prueba de sesgo ni corrupción en ninguna parte en el expediente de los tribunales; (b) las decisiones de las cortes ecuatorianas superiores fueron totalmente racionales, se explicaron a cabalidad y fueron correctivas de todo error procesal o sustantivo en los tribunales inferiores; y, (c) las alegaciones de la Demandante de corrupción “sistémica” son manifiestamente exageradas y obviamente urdidas para cubrir su falta de agotamiento de los recursos internos antes de haber buscado que se hallare a Ecuador responsable de acuerdo al TBI y el derecho internacional consuetudinario³⁸⁰. Dadas las circunstancias del presente caso, y dadas las implicaciones legales de la anulación de la orden de la corte que exigía el pago de la decisión de la CNJ de septiembre de 2012, una acción por enriquecimiento injusto habría tenido una alta probabilidad de que se dictara una disposición favorable para la Demandante.

221. *Segundo*, la Demandante argumenta que una acción por enriquecimiento injusto “había sido inefectiva a la luz del hecho que no se podía haber ordenado que [PROPHAR] mantuviese en depósito en garantía la suma de la sentencia de la CNJ mientras estuviere

³⁷⁹ International Law Commission (ILC), *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, YILC, 2006, vol. II, Parte Dos, comentario sobre el Artículo 15, p. 79 (¶ 4) (CLM-335) (énfasis agregado). Véase también *Apotex* (2013), ¶ 288 (RLA-122) (“[e]n efecto, se está pidiendo al Tribunal que determine la probabilidad de un resultado exitoso ante la Corte Suprema de los EE.UU. – lo cual el Tribunal considera no es su tarea apropiada, o en realidad la investigación correcta”). (énfasis agregado); Freeman, p. 421 (CLM-320) (“la mera expectativa de que los tribunales cometan una injusticia no es suficiente para excusar la omisión de una parte en poner a prueba los recursos que son presumiblemente eficaces”.); Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 50 (“argumentos como la ‘pérdida de tiempo’, la ‘pérdida de recursos’ y la especulación de que ésta sería una nueva ‘oportunidad para una denegación de justicia’, no constituyen bases legales de la naturaleza que fueren para aseverar la ineficacia de la acción que se menciona”). La opinión del Profesor Paulsson (sin sustento) en cuanto a que la “carga y el costo de este [...] proceso” socaven su eficacia es por lo tanto sencillamente errónea. Segundo Informe Pericial de Paulsson, ¶ 15.

³⁸⁰ Véase *infra* Sección V(G).

pendiente la solución del reclamo de MSDIA para la recuperación de esas sumas”³⁸¹. Esto también es erróneo. De acuerdo a la ley ecuatoriana, si el deudor disminuyere a propósito sus activos a fin de evitar el cumplimiento de una orden judicial, mientras una sentencia en un tribunal estuviere pendiente, y si el acreedor tuviere prueba tanto de la existencia de la deuda así como del riesgo del incumplimiento de la sentencia, el acreedor podrá interponer una solicitud de una medida provisional (el embargo preventivo) a fin de impedir la desviación fraudulenta de los activos³⁸². Además, la Demandante no ha demostrado de ninguna manera que PROPHAR no esté en posesión de activos que podían haber satisfecho su reclamo de resarcimiento de la suma de la decisión de la CNJ de septiembre de 2012.

222. *Por último*, la Demandante y el Profesor Paulsson argumentan que una acción por enriquecimiento injusto no habría sido un recurso efectivo porque habría permitido la recuperación de solo la cantidad de la decisión de la CNJ, y no las “considerables costas judiciales en las cuales la [Demandante] incurriera durante el desarrollo del litigio *NIFA V. MSDIA*”³⁸³. Conforme se demostró con anterioridad, es posible que se pudiera reembolsar a la Demandante las costas judiciales que tuvieren tener “un nexo causal con los sucesos del caso [es decir, la violación constitucional]”³⁸⁴ a través de una AEP exitosa. No existe ninguna razón por la cual la Demandante no pudiera haber solicitado estas costas en una acción por enriquecimiento injusto; ni ésta ni su perito sobre la cuestión (quien de hecho ni siquiera ha planteado este argumento) señalan alguna autoridad o disposición en la ley ecuatoriana que les impidiera hacerlo.

223. Además, no es indispensable que un recurso repare en forma íntegra el daño en el cual ha incurrido el litigante extranjero a fin de considerarlo agotable. Mas bien, el recurso debe ser capaz de proveer reparación “apropiada”³⁸⁵. En el *Finnish Ships Arbitration*, Finlandia argumentó que el recurso de los armadores a la *Admiralty Board* fue inefectivo debido a los principios aplicables de la ley inglesa, de acuerdo con los cuales la Junta estaba obligada a evaluar la compensación, no permitía la consideración de tarifas de contratación

³⁸¹ Réplica de la Demandante, ¶ 452; Segundo Dictamen Pericial de Paulsson, ¶ 15.

³⁸² Véase Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano (24 de noviembre de 2011), Artículos 897-904 (RLA-107(bis)). La medida provisional podrá cubrir los bienes tanto muebles como inmuebles.

³⁸³ Réplica de la Demandante, ¶ 455; Segundo Dictamen Pericial de Paulsson, ¶¶ 15-16.

³⁸⁴ Ley Orgánica de las Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (22 de octubre de 2009), Artículo 18 (RLA-174).

³⁸⁵ International Law Commission (ILC), *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, YILC, 2006, vol. II, Parte Dos, comentario sobre el Artículo 15, pp. 78-79 (¶ 3) (CLM-335) (“ciertas decisiones judiciales [...] han considerado no es necesario el agotamiento de los recursos locales cuando [...] los tribunales locales no tienen la competencia para otorgar el recurso tanto *apropiado* como *suficiente* al extranjero [...]”) (énfasis agregado).

justas del mercado³⁸⁶. El Árbitro rechazó el argumento de Finlandia, y determinó que la “compensación que se podía otorgar de acuerdo a la Indemnity Act *no se queda corta en cuanto a lo que se ha querido significar con el término “apropiada” que se está empleando en conexión con el término reparación efectiva*”³⁸⁷.

224. En el presente caso, una acción por enriquecimiento injusto habría permitido que la Demandante recuperase el pago de la suma de la sentencia anulada, así como también todas las costas legales incurridas en conexión con la misma. El hecho de que ésta no pudiera haber permitido el resarcimiento de la Demandante de la *totalidad* de sus costas legales en el litigio subyacente, las cuales no son recuperables en ningún caso³⁸⁸, tal como se demostrará más adelante, no vuelve al recurso menos apropiado o efectivo.

225. En síntesis, no se puede cuestionar con seriedad que una posible anulación de la decisión de la CNJ a través de una AEP exitosa habría creado una base legal efectiva para el reembolso de todo pago hecho con base en la sentencia anulada³⁸⁹.

d. En las circunstancias del caso, la Corte Constitucional de Ecuador habría sido un recurso disponible y efectivo en términos razonables

226. La Demandante también argumenta que una AEP no le habría provisto un recurso efectivo porque “todo indicaba que los tribunales de lo civil habían sido corrompidos por la parte adversaria de MSDIA en el litigio *NIFA V. MSDIA*, y MSDIA no tenía ninguna razón para creer que podía obtener de la Corte Constitucional una decisión justa e imparcial”³⁹⁰.

227. Esta es una acusación temeraria sin sustento. La Demandante no ha señalado *ninguna prueba directa de corrupción de los tribunales de lo civil ecuatorianos en el litigio*

³⁸⁶ *Finnish Ships Case (Finland v. Great Britain)*, Laudo (9 de mayo de 1934), 3 U.N.R.I.A.A. 1479, p. 1496 (CLM-52).

³⁸⁷ *Id.*, p. 1497 (énfasis agregado).

³⁸⁸ De acuerdo al derecho internacional, la medida de la reparación por una denegación de justicia podrá extenderse a las costas judiciales solo mientras sean “de manera necesaria e inevitable” el resultado de la denegación de justicia. Freeman, p. 592 (CLM-164). Esto es desde luego coherente con principios generales de la ley de reparación codificada en la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional (la “CPJI”) en el caso *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Sentencia (13 de septiembre de 1928), P.C.I.J. Series A, No. 17, p. 47 (RLA-135) (una corte o un tribunal debería “restablecer la situación que con toda probabilidad habría existido si [el acto internacionalmente ilícito] no se hubiera cometido”). Esto significa que la Demandante no tiene un derecho adquirido según el derecho internacional a *todas* sus costas legales incurridas en el litigio subyacente; podrá recuperar solo las costas legales incurridas *si no fuera por* la supuesta denegación de justicia.

³⁸⁹ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 59 (“la acción de ‘pago sin causa’ es un mecanismo apropiado y efectivo que MSDIA pudo y debió haber utilizado para recuperar un pago en cumplimiento de la decisión de un tribunal que se rescindió posteriormente”).

³⁹⁰ Réplica de la Demandante, ¶ 457; Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶¶ 97-98.

subyacente. Mas bien, conforme se analiza con mayor detalle más adelante³⁹¹, se ha urdido todo su caso de “corrupción” sobre la base de informes generalizados por país, los cuales son: (a) notoriamente no confiables, debido a que sus calificaciones reflejan percepciones del desempeño judicial, en lugar de una conducta real; (b) se contradicen en virtud de otras fuentes como, por ejemplo, los Reportes sobre Derechos Humanos por País del Departamento de Estado de los Estados Unidos, los cuales describen de manera sistemática los tribunales de lo civil ecuatorianos como independientes e imparciales; y, (c) no tienen en absoluto ninguna relación con los procesos en el litigio subyacente. Los recortes de prensa que la Demandante también cita tampoco están relacionados con los procesos en cuestión y no pueden ocultar la omisión de la Demandante en aducir alguna prueba específica de corrupción en el litigio *NIFA v. MSDIA*.

228. Además, argumentar que los tribunales de Ecuador “son notoriamente carentes de independencia y están sujetos a influencia impropia o corrupción” frente al uso frecuente de la Demandante del sistema³⁹² y el éxito en los litigios³⁹³ es cínico, por decir lo menos.

229. La Demandante tampoco ha señalado ninguna prueba de que la Corte Constitucional no habría podido emitir una decisión justa e imparcial³⁹⁴. Conforme se analizará con mayor detalle más adelante, la decisión de la Corte Constitucional en la AEP de PROPHAR fue

³⁹¹ Véase *infra* Sección V(G).

³⁹² Véase Lista de reclamos de Merck y sus Filiales, disponible en <http://funcionjudicial.gob.ec/consultaprovincias> (última visita: 9 de enero de 2015) (R-197).

³⁹³ Véase Archivo Electrónico Caso No. 2003-9911, *PHARMABRAND v. Merck*, Segunda Sala de lo Contencioso, Registro 1 (R-126).

³⁹⁴ La Demandante critica la opinión del Profesor Amerasinghe en el sentido que la prueba debe ser particularizada para el recurso local en cuestión a fin de que ésta se considere no agotable debido a corrupción. Réplica de la Demandante, p. 107 nota a pie de página 521 (*donde se cita* Primer Informe Pericial del Profesor C. F. Amerasinghe (24 de febrero de 2014), ¶ 32).. A tal efecto, éste se basa en el arbitraje *Robert E Brown*, en el cual el tribunal, de acuerdo a la Demandante, “se basó en pruebas de corrupción sistemática para concluir que la parte demandante no tenía que agotar necesariamente recursos adicionales”. Réplica de la Demandante, p. 107 nota a pie de página 521. Sin embargo, la corrupción *sistemática* en ese caso fue en realidad la colusión de todas las ramas del gobierno contra el señor Brown *en el caso específico en cuestión*. El tribunal determinó que: Todas las tres ramas del Gobierno conspiraron para arruinar la empresa [del señor Brown]. La Función Ejecutiva emitió proclamaciones para las cuales no se pudo encontrar ninguna justificación en la Constitución ni en las leyes del país. El Volksraad [la Función Legislativa] promulgó legislación que, a primera vista, sí violenta principios de justicia fundamentales en toda comunidad ilustrada. La Función Judicial, al principio recalcitrante, finalmente fue reducida a someterse y estar de acuerdo con una determinada política del Ejecutivo para llegar al resultado previsto independientemente de las garantías y restricciones Constitucionales. Y, finalmente, como resultado precisamente de esta transacción, *se creó un sistema* de acuerdo al cual todos los derechos de propiedad se volvieron inseguros de manera tan manifiesta que indujeron al Gobierno Británico a intervenir en aras de la elemental justicia para todos los interesados [...].

racional y estuvo plenamente justificada de acuerdo a la ley ecuatoriana; por lo tanto, es irreprochable desde el punto de vista del derecho internacional³⁹⁵.

230. La Demandante luego reformula su argumento de que el derecho internacional no exige el agotamiento de recursos “extraordinarios” como la AEP³⁹⁶, por ejemplo. Sin embargo, conforme se explicó en el Memorial de Contestación de Ecuador, la naturaleza de la AEP como un recurso extraordinario no puede, en y por sí misma, volverla no agotable³⁹⁷. Las autoridades que establecen que el derecho internacional podrá exigir el agotamiento de los recursos extraordinarios son voluminosas y no es necesario que se las repita en este punto. La cuestión crucial es, como enfatiza el comentario de la CDI en el Artículo 14 de su Borrador de Artículos sobre Protección Diplomática, “no el carácter ordinario o extraordinario de un recurso legal *sino si éste provee la posibilidad de un medio de reparación efectiva y suficiente*”³⁹⁸.

231. Resulta elocuente que ninguna de las autoridades que la Demandante cita para reunir apoyo para su argumento niegue en realidad que un recurso con esa capacidad de reparación

United States v. Great Britain (Robert E. Brown), Laudo (23 de noviembre de 1923), 6 U.N.R.I.A.A. 120, p. 129 (CLM-39) (énfasis agregado). Se infiere que el caso es completamente inapropiado para el argumento de la Demandante. Además, la Demandante no ha presentado en absoluto ninguna prueba de esta naturaleza aquí.

La Demandante también tergiversa los puntos de vista del Profesor Amerasinghe al sugerir que estos escritos “dejan en claro que la prueba sistemática de corrupción [...] es pertinente para determinar si el recurso ulterior sería efectivo”. Réplica de la Demandante, p. 107 nota a pie de página 521. El Profesor Amerasinghe explica:

la corrupción sistémica debe probarse con algo más que alegaciones genéricas que podrían relacionarse con diferentes circunstancias en el tiempo y disten mucho de ser concluyentes en cuanto a lo que ha ocurrido en realidad en los procesos específicos en cuestión. Dichas alegaciones “sí dan lugar a duda razonable”, conforme [la CIJ] ha proclamado de manera notoria en el caso *Corfu Channel* con respecto al valor probatorio de las pruebas indirectas en general. [...] Además, incluso si la prueba de la Demandante pudiera satisfacer la prueba antes mencionada, es insuficiente presentar prueba solo de la falta de independencia y la corrupción en las cortes inferiores, cuando existen acciones de reparación disponibles en [la CNJ] y la Corte Constitucional de Ecuador. *En mis escritos, hablo de la corrupción sistémica; por lo tanto, es necesario demostrar que el sistema jurídico como un todo; es decir, que incluya la CNJ y la Corte Constitucional, es corrupto y carece de independencia. No tiene sentido en absoluto excluir del sistema a sus cortes y tribunales superiores.* Se infiere que no existe ninguna contradicción entre mis escritos previos y el párrafo 32 de mi opinión pericial previa [...].

Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, ¶¶ 8-9 (énfasis agregado). Véase también Segundo Informe Pericial de Caflisch, ¶ 12 (“cualesquiera sean las acusaciones que la Demandante pueda hacer acerca de la independencia u otra característica de los tribunales inferiores, si el sistema como un todo tiene un potencial razonable de ser efectivo, como parecería tener en virtud de los amplios poderes de la Corte Constitucional, debe agotarse todo el sistema, incluida la Corte Constitucional, antes de que pueda haber una denegación de justicia”).

³⁹⁵ Véase *infra* Sección V(D).

³⁹⁶ Réplica de la Demandante, ¶ 461.

³⁹⁷ Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 192-205.

³⁹⁸ International Law Commission (ILC), *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, YILC, 2006, vol. II, Parte Dos, comentario sobre el Artículo 14, p. 72 (¶ 4) (CLM-335) (donde se cita la jurisprudencia establecida de la Comisión Europea de Derechos Humanos). Véase también Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, ¶ 28 (“no es un argumento válido que los recursos disponibles para la Demandante fueran “extraordinarios” o especiales, o que involucraran más de un tribunal y por lo tanto no se tuviera que agotarlos; mas bien, a condición de que los recursos en cuestión pudieran producir reparación apropiada y estuvieran disponibles en términos razonables, se los debe tratar”).

(extraordinaria en ese sentido también) deba considerarse no agotable debido a su clasificación bajo la ley nacional³⁹⁹. En realidad, de acuerdo al Profesor Caflisch,

la intervención de la Corte Constitucional pudo haber reparado de manera integral toda injusticia procesal o sustantiva que supuestamente sufriera la Demandante. *En estas circunstancias, la expresión “recurso indirecto” que la Demandante usa es totalmente inapropiada*⁴⁰⁰.

232. Por último, la Demandante se refiere al caso *Salem* y el rechazo de la alegación de Egipto de no agotamiento de los recursos locales allí sobre la base de la omisión del nacional estadounidense en presentar una solicitud de nuevo juicio (*recours en requête civil*)⁴⁰¹. La Demandante señala que “aun cuando el *recours en requête civil* [...] claramente estuviese disponible y pudiere tal vez haber anulado la sentencia adversa dictada en el tribunal de último recurso, el tribunal no obstante consideró que la parte demandante no estaba obligada a agotarlo”⁴⁰². También argumenta que ese rechazo es “instructivo”⁴⁰³, dado que ese recurso es “similar” a la AEP⁴⁰⁴.

233. La Demandante está equivocada en estos puntos. *Primero*, en ese caso no estaba en cuestión si el nacional de los EE.UU. tenía que buscar recurso de “la corte de último recurso”, sino mas bien si él tenía que buscar además reconsideración después de haber perdido ante el tribunal de último recurso. En el presente caso, para comenzar, desde luego, Merck no recurrió al tribunal de último recurso, de modo que la cuestión de la reconsideración, como la que se provee en el *recours en requête civil*, no surge.

234. *Segundo*, conforme el Profesor Amerasinghe explica⁴⁰⁵, el tribunal en *Salem* rechazó la defensa de Egipto “no debido a que el *recours en requête civil* no fuera, *per se*, un tipo de

³⁹⁹ A lo sumo, estas autoridades apoyan la proposición de que recursos como, por ejemplo, las solicitudes de nuevo juicio (*recours en requête civil*, en cuestión en el caso *Salem* que se analiza más adelante), acciones contra el juez por daños causados por su inexcusable error o conducta indebida (*prise à partie*), y apelaciones ante el poder ejecutivo no son agotables. Véase Freeman, p. 419 (CLM-320); S. Sfériadès, *Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales*, 51 RCADI (1935), p. 77 (CLM-370); Comisión Europea de Derechos Humanos, Nota del Departamento de Derechos Humanos concerniente al Artículo 26 de la Convención (Artículo 35 vigente) (5 de septiembre de 1955), p. 12 (CLM-313). Por otra parte, “la Corte Europea ha admitido habitualmente examinar recursos constitucionales en el contexto de su evaluación de si los solicitantes individuales han cumplido su obligación de agotar los recursos locales antes de hacer valer sus reclamos a nivel internacional”. Segundo Informe Pericial de Caflisch, p. 3 nota a pie de página 7. Véase también Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, ¶ 27..

⁴⁰⁰ Segundo Informe Pericial de Caflisch, ¶ 11 (énfasis agregado).

⁴⁰¹ *United States v. Egypt (Salem)*, Laudo (8 de junio de 1932), 2 U.N.R.I.A.A. 1161 (“USA v. Egypt (*Salem*), U.N.R.I.A.A. (1932)”) (RLA-16).

⁴⁰² Réplica de la Demandante, ¶ 465.

⁴⁰³ *Id.*, ¶ 463.

⁴⁰⁴ *Id.*, ¶ 468.

⁴⁰⁵ La Demandante critica indebidamente al Profesor Amerasinghe por interpretar mal el caso *Salem* cuando escribe que el caso apoya la proposición de que “se ha sostenido que un *recours en requête civil* es un

recurso que el derecho internacional exigiera que se agotase”, sino “en un ejercicio de potestades especiales en equidad que ésta considerara tenía en los términos del acuerdo de arbitraje y a la luz de las circunstancias particulares de ese caso”⁴⁰⁶.

235. El tribunal sí observó que, al contrario de un recurso legal normal, el *recours en requête civil* “tiene la finalidad de reabrir un proceso que una sentencia de último recurso ya lo ha cerrado”, y que “por regla general es suficiente si la parte demandante ha planteado su juicio hasta la instancia de más alto nivel del sistema judicial”⁴⁰⁷. Pero ese no fue el final de su investigación. El tribunal también observó, “por otra parte”, que Egipto cuestionó si podía incluso decirse que el reclamo ha sido “planteado” ante la instancia del más alto nivel, dado el argumento de los EE.UU. que el Tribunal de Apelaciones había actuado *ultra petita*⁴⁰⁸. Para comenzar, los Estados Unidos también tenía dudas en cuanto a la efectividad del recurso, no debido a su naturaleza y función, sino debido a la declaración final en la sentencia impugnada en el sentido que “la decisión pone fin de una vez por todas a todos los reclamos presentados por George Salem en su acción”⁴⁰⁹. Por último, el tribunal se refirió a la imposibilidad de los dos Estados de llegar a acuerdo sobre los términos y condiciones según los cuales el señor Salem podía haber perseguido el *recours en requête civil*⁴¹⁰.

236. Conforme el Profesor Amerasinghe afirma:

Fue solo “en estas circunstancias” y, de manera significativa, “en vista del hecho de que este Tribunal Arbitral está obligado a decidir en equidad”, que el tribunal en *Salem* determinó que la objeción a la norma de los recursos locales de Egipto no “estaba bien fundamentada”. *Por consiguiente, nada en esta decisión es de alguna manera incoherente con la posición adoptada en mi tratado y en mi primera Opinión concerniente a los tipos de recursos que deben agotarse a fin de establecer la finalidad del trato por parte del sistema judicial de un Estado como un todo.* En realidad, no puede leerse la decisión en el sentido que sugiera

recurso que debía haberse agotado”. Réplica de la Demandante, p. 110 nota a pie de página 530 (*donde se cita* C. Amerasinghe, LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW (2004), pp. 183-189 (RLA-61)). El Profesor Amerasinghe explica:

En el párrafo donde consta la cita, hablo con claridad sobre la posición que tienen los Estados en situaciones particulares y el caso Salem indica con claridad que Egipto sostuvo en realidad que el *recours en requête civil* era un recurso que debía haberse agotado.

Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, ¶ 15 (énfasis agregado)

⁴⁰⁶ Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, ¶ 15.

⁴⁰⁷ *USA v. Egypt (Salem)*, U.N.R.I.A.A. (1932), p. 1189 (RLA-16).

⁴⁰⁸ *Id.*

⁴⁰⁹ *Id.*

⁴¹⁰ *Id.*, p. 1190.

que, en circunstancias normales, no se exija que se agote el recurso particular del *recours en requête civil*⁴¹¹.

237. El Profesor Amerasinghe considera también digno de mención que en su opinión discrepante el Comisionado de los EE.UU. (Nielsen) rechazara la conclusión de la mayoría en el sentido que el acuerdo de arbitraje facultaba al tribunal para que decidiese la cuestión por razones de equidad⁴¹². El Comisionado de los EE.UU. hizo particular énfasis en la afirmación de la Corte que la decisión “pone fin de una vez por todas a todos los reclamos a los cuales George Salem da preferencia” [sic]⁴¹³. De acuerdo al Profesor Amerasinghe, el énfasis del Comisionado Nielsen en esa afirmación demuestra que para él, “la futilidad del *recours en requête civil* era la consideración clave”⁴¹⁴.

238. En suma, de acuerdo al Profesor Amerasinghe:

Ninguna de las circunstancias especiales determinantes en *Salem* está presente aquí. No solo que este caso no implica una decisión preexistente por parte de la autoridad judicial del más alto nivel, sino que aquí no conozco ninguna prueba de futilidad comparable a la declaración del Tribunal de Apelaciones en *Salem* que su decisión “pone fin de una vez por todas a todos los reclamos”. Además, no veo nada en el TBI que permita una decisión *ex aequo et bono* como fue la base (erróneamente, en opinión del Comisionado Nielsen) para el laudo del tribunal en *Salem*⁴¹⁵.

239. *Tercero*, la AEP es muy diferente del *recours en requête civil*. El segundo recurso es “en esencia un recurso para reconsideración (por parte de una autoridad judicial) de una decisión previa hecha por la misma autoridad”⁴¹⁶. La AEP, por otra parte, se extiende más allá de una mera reapertura de procesos; como se demostró previamente, la Corte Constitucional tiene la potestad de ordenar la “reparación integral” que podrá asumir la forma de compensación monetaria, en caso de que se estableciese a satisfacción de la Corte Constitucional una violación constitucional⁴¹⁷

3. Conclusión

⁴¹¹ Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, ¶ 17 (*donde se cita USA v. Egypt (Salem)*, U.N.R.I.A.A. (1932), p. 1190 (RLA-16)) (énfasis agregado) (se han omitido las citas internas).

⁴¹² *USA v. Egypt (Salem)*, U.N.R.I.A.A. (1932), pp. 1225-1226 (RLA-16).

⁴¹³ *Id.*, p. 1227.

⁴¹⁴ Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, ¶ 17.

⁴¹⁵ *Id.*, ¶ 19.

⁴¹⁶ *Id.*, ¶ 18 (donde se cita la declaración del Comisionado Nielsen en su opinión discrepante de que el *recours en requête civil* es “una medida mediante la cual la parte demandante se comprometería a hacer que la Corte deje de lado su propia decisión”. (*USA v. Egypt (Salem)*, U.N.R.I.A.A. (1932), p. 1206 (RLA-16) (énfasis omitido)).

⁴¹⁷ Segundo Informe Pericial de Cafilisch, nota a pie de página 7 (“El recurso a una corte constitucional, cuando ésta última ofrece ‘reparación integral’ del daño infligido por la violación del derecho constitucional, no equivale a una mera solicitud de nuevo juicio”).

240. Para resumir: de acuerdo al derecho internacional, únicamente los recursos obviamente fútiles no tienen que ser agotados necesariamente. La AEP no es esa clase de recurso. Su disponibilidad para la Demandante no es discutible. A la luz de lo expuesto, su efectividad debería asimismo estar al margen de cualquier reproche. De acuerdo al marco jurídico y constitucional ecuatoriano, la Corte Constitucional tiene facultad para ordenar la reparación integral, la cual podrá adoptar la forma de compensación monetaria por cualquier daño incurrido como resultado de la violación constitucional. Podía haberse otorgado a la Demandante la suma de la decisión impugnada de la CNJ, así como también las costas judiciales incurridas como consecuencia de la violación constitucional. Además, incluso si la Corte Constitucional no ordenara la compensación monetaria como parte de la reparación integral, sino meramente anulara la sentencia impugnada, dicha anulación habría creado una base efectiva para la recuperación de esas sumas a través de una acción por enriquecimiento injusto. Por último, las circunstancias de este caso y la naturaleza de la AEP como un recurso “extraordinario” no anulan su posibilidad de agotamiento de acuerdo al derecho internacional. La conclusión es que la Demandante podía y debía haber recurrido a la AEP antes de hacer valer sus reclamos por denegación de justicia al amparo del TBI.

B. El agotamiento de los recursos internos disponibles y efectivos es obligatorio para todos los reclamos de la Demandante basados en el Tratado

241. En su Memorial de Contestación, Ecuador demostró que el mismo requisito de finalidad judicial está presente en todos los reclamos de la Demandante basados en el Tratado⁴¹⁸. La Demandante no ha hecho ningún esfuerzo para demostrar lo contrario, con excepción de sus reclamos al amparo del Artículo II(7) del TBI⁴¹⁹. Las secciones siguientes demuestran por qué el intento de la Demandante de eludir el requisito a través del “hábil etiquetado” no le sirve de nada⁴²⁰.

1. El Artículo II(7) del TBI impone requisitos no menos estrictos que aquellos que impone el derecho internacional consuetudinario

⁴¹⁸ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 236-262.

⁴¹⁹ La Demandante no cuestiona que el mismo requisito de la finalidad judicial se aplique a sus reclamos por violación del Artículo II(3)(a) (protección y seguridad plenas) y II(3)(b) (Medidas arbitrarias o discriminatorias). Véase Réplica de la Demandante, p.181 nota a pie de página 948..

⁴²⁰ M. Sattorova, *Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct*, 61 INT’L & COMP. L. Q. 222 (2012), p. 241 (RLM-109) (“El ejercicio en el ‘hábil etiquetado’ socava la justificación principal para la norma de la finalidad judicial, la cual explica el agotamiento obligatorio de los recursos locales mediante referencia a la naturaleza especial de la actividad judicial y de la obligación del Estado anfitrión de establecer un sistema de justicia justo y eficiente, al contrario de asegurar la justicia en toda fase del proceso judicial”).

242. Conforme se demuestra más adelante, los tribunales ecuatorianos no han denegado justicia a la Demandante. Sin embargo, la Demandante tampoco ha cumplido el requisito fundamental de la finalidad judicial. Por consiguiente, no existe ninguna violación de la obligación de Ecuador en los términos del TBI ni del derecho internacional consuetudinario de proveer “medios efectivos de hacer valer reclamos y respetar los derechos” en conformidad con el Artículo II(7) del TBI.

243. En su Memorial de Contestación, Ecuador estableció que el Artículo II(7) no refleja nada más que la norma del derecho internacional consuetudinario para la denegación de justicia⁴²¹. En su Réplica, la Demandante sostuvo que el argumento de Ecuador es “incoherente con el texto del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos y con las normas aplicables de interpretación de tratados. También es incoherente con el valor de la autoridad aplicable⁴²²”.

244. Las secciones siguientes se ocupan de las críticas de la Demandante, y establecen su falta de fundamento. *Primero*, las disposiciones de los tratados reflejan habitualmente el derecho consuetudinario existente sin hacer referencia explícita a éste. El Artículo II(7) cumple una función similar. *Segundo*, el Artículo II(7) no viola el principio del *effet utile* meramente porque el Artículo II(3)(a) también invoque el derecho internacional consuetudinario. De hecho, las disposiciones de tratados normalmente cumplen un propósito aclaratorio; su *effet utile* es precisamente servir para este propósito. *Tercero*, Ecuador abordará la división actual de la autoridad sobre la interpretación del Artículo II(7) por parte de los tribunales arbitrales, y establecerá que los tribunales en *Chevron* y *White Industries* se apartaron indebidamente de la interpretación del tribunal en *Duke Energy* de la misma disposición como si “buscara implementar y formar parte de la garantía más general con respecto a la denegación de justicia”⁴²³. *Cuarto*, aunque la Demandante tiene razón en que *algunas* disposiciones de los TBI de los EE.UU. van más allá del derecho internacional consuetudinario, el Artículo II(7) no es una de ellas. *Quinto*, Ecuador demostrará por qué, no obstante las protestas de la Demandante en contrario, la eliminación del Artículo II(7) del

⁴²¹ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 245-261. Por lo menos, el Artículo II(7) recibe “guía operacional” del derecho internacional consuetudinario, y no existe ninguna razón por la cual debería interpretarse que sea incoherente con éste. De acuerdo al Juez Simma, cuando una norma aplicable del derecho convencional es muy pertinente, ésta provee “guía operacional” para interpretar la disposición de un tratado. B. Simma & T. Kill, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology* in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY: ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTOPH SCHREUER 678 (C. Binder et al. eds., 2009), p. 696 (RLA-89).

⁴²² Réplica de la Demandante, ¶ 736.

⁴²³ *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo (12 de agosto de 2008) (Kaufmann-Kohler, Gómez-Pinzón, van den Berg) (“*Duke Energy*”), ¶ 391 (RLA-83).

Modelo de TBI de 2004 de los EE.UU. confirma que las protecciones que éste otorgaba eran redundantes. *Por último*, la Demandante no puede eludir el requisito de finalidad judicial incluso bajo la interpretación de la norma por parte de los tribunales en *Chevron I* y *White Industries*.

2. Las Disposiciones del Tratado, incluido el Artículo II(7), reflejan normalmente el derecho convencional existente sin hacer referencia explícita a éste

245. La Demandante argumenta que el “lenguaje llano del Artículo II(7) impone una obligación específica, positiva” que va más allá de la norma del derecho internacional consuetudinario para la denegación de justicia porque “el Artículo II(7) no hace ninguna referencia al derecho internacional o a las normas del derecho internacional para la denegación de justicia”⁴²⁴.

246. La Demandante tiene desde luego razón en que el Artículo II(7) no “se refiere” de manera explícita “al derecho internacional o a las normas del derecho internacional para la denegación de justicia”. Sin embargo, este hecho por sí solo no significa que la disposición no refleje el derecho internacional consuetudinario, de la misma manera que las cláusulas predecesoras en tratados de amistad, comercio y navegación de los Estados Unidos, las cláusulas que prescriben un derecho de acceso judicial, no debían leerse con independencia del derecho internacional aun cuando éstas no se refirieran al derecho internacional *expressis verbis*⁴²⁵. La incorporación del derecho internacional consuetudinario podrá lograrse a través de otros medios. En el caso en cuestión, es el significado ordinario de los términos del Artículo II(7) lo que hace efectiva la *renvoi* al derecho internacional consuetudinario. Conforme se demuestra en el Memorial de Contestación de Ecuador y se analiza con mayor detalle más adelante, al emplear términos técnicos reconocidos en el derecho internacional consuetudinario, el Artículo II(7) refleja el derecho internacional.

247. De hecho, es una práctica común que los redactores de tratados incorporen el derecho internacional consuetudinario utilizando términos técnicos específicos. Así, en

⁴²⁴ Réplica de la Demandante, ¶ 743.

⁴²⁵ R. Wilson, *THE INTERNATIONAL LAW STANDARD IN TREATIES OF THE UNITED STATES* (1953), p. 94 (RLA-136). Véase también *id.*, R. Wilson, *Access-to-Courts Provisions in United States Commercial Treaties*, 47 *AJIL* 20 (de enero de 1953), p. 47 (RLA-137) (“al parecer existe un principio reconocido del derecho internacional consuetudinario que otorga a los extranjeros derechos de acceso a los tribunales en forma razonable [...] Disposiciones *declaratorias* de tratados han enfatizado el principio del derecho internacional, y ha habido asentimiento frecuente al trato nacional (así como también al trato a la nación más favorecida). Si bien los tipos de acuerdos internacionales que no sean tratados comerciales han tenido algún papel en el proceso, los tratados comerciales han sido, para los Estados Unidos, un medio principal de *reconocer* el principio y establecer normas para aplicarlo”). (énfasis agregado).

Saluka v. Czech Republic, el tribunal sostuvo que la palabra “privación” en el Artículo 5 del TBI entre Los Países Bajos y la República Checa “debía entenderse en el significado que se le había asignado en el derecho internacional consuetudinario”⁴²⁶. Esto tenía consecuencias significativas: aunque el Artículo 5 “se redactó en sentido muy amplio y no incluía ninguna excepción en cuanto al ejercicio de la potestad regulatoria”, al “usar el concepto de privación”, los redactores “incorporaron al Tratado la noción del derecho internacional consuetudinario de que una privación puede justificarse si es el resultado del ejercicio de acciones regulatorias destinadas a mantener el orden público”⁴²⁷. En otras palabras, con base en el hecho de que la palabra “privación” es un término técnico tradicional, el tribunal en *Saluka* reconoció la existencia de una excepción a las disposiciones del Artículo 5 pese al hecho de que ahí no se hace ninguna referencia explícita a dicha excepción⁴²⁸.

248. *Saluka v. Czech Republic* es apenas uno entre muchos ejemplos de un término o frase en debate que se reconoce por lo que es: nada más que un término técnico que incorpora a un régimen de tratados obligaciones preexistentes en derecho tradicional. Por consiguiente, la cuestión controversial en ese caso es si las frases “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” meramente reflejaron obligaciones existentes más expansivas convencionales o creadas recientemente bajo el Tratado de Libre Comercio para América del Norte⁴²⁹ se resolvió de manera definitiva cuando la Comisión del Tratado de Libre Comercio

⁴²⁶ *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, CNUDMI (TBI entre los Países Bajos y República Checa), Laudo Parcial (17 de marzo de 2006) (Watts, Fortier, Behrens) (“*Saluka*”), ¶ 261 (RLA-71).

⁴²⁷ *Id.*, ¶ 254.

⁴²⁸ Varios otros tribunales han determinado que el término “expropiación” incorpora el derecho internacional consuetudinario sobre expropiación de la propiedad extranjera. Véase *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, CNUDMI (TLCAN), Laudo (8 de junio de 2009) (Yong, Caron, Hubbard) (“*Glamis Gold*”), ¶ 354 (RLA-93) (“La inclusión en el Artículo 1110 del término “expropiación” incorpora mediante referencia el derecho internacional consuetudinario con respecto a ese tema”) (énfasis agregado); *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/01/6, Laudo (7 de octubre de 2003) (Nariman, Bernardini, Vukmir), ¶ 10.3.1 (RLA-57) (“El Artículo III incorpora al TBI normas del derecho internacional consuetudinario para la ‘expropiación’ y la ‘nacionalización’”). Otros tribunales han determinado que las normas sobre expropiación en los tratados no pueden interpretarse con independencia de, o sin coherencia con el derecho internacional consuetudinario pertinente. Véase *Accession Mezzanine Capital L.P. y Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary*, Caso CIADI No. ARB/12/3, Decisión sobre Objeción de la Demandada de acuerdo a la Regla de Arbitraje 41(5) (16 de enero de 2013) (Rovine, Lalonde, McRae), ¶¶ 67, 72 (RLA-119) (“tal vez no sea posible considerar el alcance y contenido del término ‘expropiación’ en el TBI sin considerar principios tradicionales y generales del derecho internacional, así como también otras fuentes del derecho internacional en este campo”). (énfasis agregado) *SD Myers Inc. v. Government of Canada*, CNUDMI, Primer Laudo Parcial (TLCAN) (13 de noviembre de 2000) (Hunter, Schwartz, Chiasson), ¶ 280 (CLM-143) (“el término “expropiación” en el Artículo 1110 debe interpretarse a la luz de todo el cuerpo de la práctica estatal, los tratados e interpretaciones judiciales de ese término en casos basados en el derecho internacional”).

⁴²⁹ Véase Thornton, *A Summary of the U.S. Position on the Minimum Standard of Treatment Obligation in NAFTA Artículo 1105(1)*, p. 1 (RLA-204) (“Los Estados Unidos sostiene que desde el primer uso en los tratados internacionales de inversiones, el término ‘trato justo y equitativo’ se ha referido al cuerpo desarrollado del derecho internacional consuetudinario que exige que los Estados protejan los intereses en las propiedades de nacionales de otros Estados. Sin embargo, varias partes demandantes previas basadas en el Capítulo Once del

confirmó que estos conceptos sirven como formas abreviadas para obligaciones establecidas de acuerdo al derecho internacional consuetudinario. La Comisión expresó que esos conceptos “no requieren un trato adicional o que vaya más allá de lo que se exige en el estándar mínimo de trato al extranjero en el derecho internacional consuetudinario”⁴³⁰. Y en *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, el Tribunal sostuvo que “las palabras ‘tendrán protección y seguridad plenas’ deben interpretarse *de acuerdo al ‘uso común que la costumbre les ha atribuido [...]*”⁴³¹.”

249. Las normas incluidas en los TBI de los EE.UU. no son diferentes. En *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, el tribunal, presidido por el Profesor Paulsson, advirtió que era “claro que varias normas en los TBI, y la prohibición de expropiar en particular, son simplemente una codificación convencional de las normas que han existido desde hace mucho tiempo en el derecho internacional consuetudinario”⁴³².

250. Y el Artículo II(7) no es diferente: la obligación de otorgar “medios efectivos” a inversionistas extranjeros es un concepto conocido en el derecho internacional consuetudinario. En realidad, conforme Ecuador puntualizó en su Memorial de Contestación⁴³³, el lenguaje operativo que se usa en el Artículo II(7) replica, a menudo palabra por palabra, el que se usa en la parte correspondiente a formulaciones codificadorias de la norma mínima internacional que exige que los Estados provean un marco o sistema efectivo que permita que los inversionistas extranjeros hagan valer sus reclamos y respetar sus derechos”⁴³⁴. Así, mientras el Artículo II(7) requiere que cada parte provea “*medios efectivos*

TLCAN debatieron este argumento, y han sostenido que la obligación excedía las protecciones mínimas otorgadas a la inversión extranjera de acuerdo al derecho internacional consuetudinario.”.) (se han omitido las citas internas).

⁴³⁰ Véase NAFTA Free Trade Commission, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions* (31 de julio de 2001), ¶ B(2) (RLA-50).

⁴³¹ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo (27 de junio de 1990) (El-Kosheri, Goldman, Asante) (“AAPL”), ¶ 47 (RLA-30).

⁴³² *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo (15 de septiembre de 2003) (Paulsson, Salpius, Voss), ¶ 11.3 (CLM-11) (énfasis agregado).

⁴³³ Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 255.

⁴³⁴ Esta garantía en el derecho internacional consuetudinario decididamente no se limitaba, como Merck sugiere de manera engañosa en una nota a pie de página, a la disposición de acceso a los tribunales “en forma igual a los nacionales”. Véase Réplica de la Demandante, p. 180, nota a pie de página 944. Al contrario, las codificaciones del principio aceptado de que el estándar mínimo internacional sería el criterio de determinación último de la “efectividad” de los medios provistos por el Estado anfitrión. Véase, v.g., *Law of Responsibility of States for Damages Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*, reproducido en 23 AJIL SPECIAL SUPPLEMENT (1929), p. 147 (RLA-9) (“sin embargo, la protección asegurada por la ley local es el mínimo del deber de protección del Estado. La reparación otorgada a nacionales podría ser tan inapropiada que no satisfaga la obligación internacional del Estado. En ese caso, el Estado podrá estar bajo una obligación de otorgar a los extranjeros un mayor grado de reparación que a los nacionales.”), p. 148 (“la sujeción del extranjero a la ley y los recursos locales se basa necesariamente en el supuesto de que la ley y los recursos locales llegan al nivel del estándar que exige el derecho internacional.”) (énfasis agregado); Actas de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, llevada a cabo en La Haya del 13 de marzo al 12 de

de hacer valer los reclamos y respetar los derechos”⁴³⁵, estas codificaciones requieren que los Estados provean, por ejemplo, “*medios efectivos* de reparación por daños”⁴³⁶, o “*medios efectivos* para la reivindicación de” los derechos de un extranjero⁴³⁷.

251. La Demandante señala que el tratado del Profesor Vandeveldt reconoce que cierto “desacuerdo entre publicistas con respecto al contenido del derecho [de acceso a los tribunales] indujo a los Estados Unidos a buscar la protección de los tratados”⁴³⁸. Sin embargo, esto es solo una cita parcial tomada de la obra del Profesor Vandeveldt. Precisamente en la misma oración, el Profesor Vandeveldt advierte que el derecho internacional consuetudinario en ese momento sí “garantiza a un extranjero el derecho de acceso a los tribunales del Estado anfitrión”⁴³⁹. El Profesor Vandeveldt no equipara en absoluto estos desacuerdos sobre el contenido preciso y las modalidades de implementación de la norma para la denegación de la existencia del estándar bajo el derecho internacional consuetudinario.

252. Además, la Demandante no presenta *en absoluto ninguna prueba* que sugiera que la formulación precisa escogida en último término por los Estados Unidos – que contiene la frase “medios efectivos” – tenía la finalidad de proveer estándares de protección *más altos* que las formulaciones casi *idénticas* en el derecho internacional antes mencionadas⁴⁴⁰. Al contrario, al adoptar la frase “medios efectivos”, los Estados Unidos meramente dejaron constancia de su acuerdo con la formulación tradicional de la norma. Simplemente desafía la razón argumentar que, pese a este hecho, la frase “medios efectivos” deba interpretarse de manera diferente bajo el Artículo II(7) que en el derecho internacional consuetudinario. Si los redactores hubieran deseado crear una norma de protección completamente nueva de alcance

abril de 1930, Actas del Tercer Comité, Novena reunión, Consideración de las Bases de Discusión No. 5 y 6, *reimpreso en* A. Freeman, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1932), pp. 658 *et seq.*, 665 (RLA-11) (per Mr. Becket (Great Britain)) (donde se advierte que los Estados están obligados a proveer “medios para la protección y respeto a los derechos [...] que estén al nivel del estándar internacional de justicia y eficacia”).

⁴³⁵ Véase TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, Artículo II(7) (R-1) (énfasis agregado).

⁴³⁶ Law of Responsibility of States for Damages Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners, reproducido en 23 AJIL SPECIAL SUPPLEMENT (1929), p. 147 (RLA-9) (énfasis agregado).

⁴³⁷ Freeman, p. 135 (RLA-18) (énfasis agregado).

⁴³⁸ K. Vandeveldt, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009) (“Vandeveldt”), p. 411 (RLA-85(bis)). Véase Réplica de la Demandante, ¶ 768.

⁴³⁹ *Id.*, p. 411 (RLA-85(bis)).

⁴⁴⁰ La Demandante intenta manipular la posición del Profesor Vandeveldt cuando argumenta que, “de acuerdo al Profesor Vandeveldt, el Artículo II(7) tenía la finalidad de llenar un vacío en el derecho internacional consuetudinario y ‘crear una norma absoluta para medir la efectividad de los recursos y procedimientos para hacer respetar derechos sustantivos’”. Véase Réplica de la Demandante, ¶ 769 (donde se cita Vandeveldt, p. 413 (RLA-85)). El problema es que el Profesor Vandeveldt no dijo tal cosa. En la medida que la Demandante implique que el tratado del Profesor Vandeveldt traiciona una creencia de que los EE.UU. incluyeron el Artículo II(7) para crear una norma *más estricta* que aquella que se encuentra en el derecho internacional consuetudinario, la Demandante no está siendo honesta.

indefinido y sin precedentes, los trabajos preparatorios no solo habrían tomado nota de ese hecho, sino que los redactores se habrían abstenido de usar el término técnico – “medios efectivos” – tan cargado de significado en el derecho internacional consuetudinario.

3. El Artículo II(7) no viola el principio del *effet utile* meramente porque el Artículo II(3)(a) también invoque el derecho internacional consuetudinario

253. La Demandante argumenta que “la interpretación de Ecuador del Artículo II(7) como si meramente duplicase la norma del derecho internacional consuetudinario para la denegación de justicia, la cual ya está incorporada en el Artículo II(3)(a), es ‘bastante simple, prohibida por el principio del *effet utile*’”⁴⁴¹. Si algo es “muy simple”, ese algo es precisamente la tergiversación de la Demandante de la posición de Ecuador y la aplicabilidad del principio del *effet utile* a ésta.

254. Ecuador está de acuerdo en que, en la medida de lo posible, “las cláusulas en los tratados deben interpretarse a fin de evitar sea volverlas superfluas o privarlas de significado para la relación entre las partes”⁴⁴². Sin embargo, el problema con la posición conclusoria de la Demandante es que la interpretación de Ecuador de los Artículos II(7) y II(3)(a) simplemente no priva de significado a ninguna de las disposiciones. Al contrario, cada una refuerza a la otra, y sirve para un propósito muy específico – y lejos de ser superflua – en el tratado como un todo.

255. Conforme el Segundo Dictamen Pericial del Profesor Vandeveldel deja en claro, “los tribunales en muchas ocasiones han reconocido que se puede insertar lenguaje *ex abundante cautela* para confirmar o aclarar, no obstante el principio del *effet utile*”⁴⁴³. Por consiguiente, en *Siemens v. Argentine Republic*, el tribunal rechazó el argumento del *effet utile* planteado por Argentina, cuando dijo de manera explícita que “las partes en un tratado no están sujetas a impedimento en cuanto a hacer énfasis en ciertas materias *por mayor precaución*”⁴⁴⁴. De manera similar, en *Murphy Exploration & Production Company v. Republic of Ecuador*, el tribunal advirtió que “no estaba en desacuerdo con el argumento [de Ecuador] en el sentido que el lenguaje de los tratados puede tener un propósito confirmatorio o aclaratorio y que

⁴⁴¹ Réplica de la Demandante, ¶ 745 (*donde se cita* Informe Pericial del Profesor Steven R. Ratner (1 de agosto de 2014) (“Informe Pericial de Ratner”), ¶ 22).

⁴⁴² Véase Réplica de la Demandante, ¶ 745 (*donde se cita* Informe Pericial de Ratner, ¶ 9).

⁴⁴³ Véase Segundo Informe Pericial del Profesor Kenneth J. Vandeveldel (19 de febrero de 2014) (“Segundo Informe Pericial de Vandeveldel”), ¶ 14.

⁴⁴⁴ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004) (Rigo Suredo, Brower, Bello Janeiro), ¶ 90 (RLA-65).

incluso se debe atribuir valor y efecto a ese lenguaje”⁴⁴⁵. Y en *Walter Bau AG v. Thailand*, el tribunal sostuvo que ciertas disposiciones que impiden la aplicación retrospectiva “pueden verse como estados que actúan por mayor precaución”⁴⁴⁶.

256. Lo que éste y otros casos⁴⁴⁷ dejan muy en claro es que, como el Profesor Vandeveldel lo expresa,

Las disposiciones que se insertan por mayor precaución no son carentes de efecto porque disponen lo que los redactores han considerado como una aclaración o confirmación útil, aunque la ausencia de dichas disposiciones no modifica el significado del tratado. La aclaración o confirmación es su *effet utile*⁴⁴⁸.

257. El argumento de la Demandante también pasa por alto que “los TBI de los EE.UU. en general y el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos en particular están repletos de lenguaje incorporado *por mayor precaución* para aclarara o confirmar el significado”⁴⁴⁹.

258. En realidad, es indiscutible que el Artículo II(3)(a) se superpone de manera significativa a disposiciones más allá del Artículo II(7). Para nombrar apenas un ejemplo, las garantías del Artículo III con respecto a la expropiación sin compensación “incorporan al Tratado normas del derecho internacional en cuanto a la expropiación y compensación”⁴⁵⁰, aun cuando la disposición no hace referencia al derecho internacional o a las normas internacionales respecto de la expropiación. ¿Es esta disposición redundante a la luz del Artículo II(3)(a), que dice que la “inversión [...] en ningún caso recibirá un trato menor que el que exige el derecho internacional”? Ciertamente no. El Artículo III desempeña un papel importante: garantiza de manera específica normas ya incluidas por las protecciones generales dispuestas en el Artículo II(3)(a).

259. El requisito en el Artículo II(7) de que el Estado provea “medios efectivos de hacer valer los reclamos y respetar los derechos”⁴⁵¹ funciona exactamente de la misma manera.

⁴⁴⁵ *Murphy Exploration & Production Company v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. AA434, CNUDMI, Laudo Parcial sobre Jurisdicción (13 de noviembre de 2013) (Hanotiau, Abi-Saab, Hobér), ¶ 180 (CLM-253).

⁴⁴⁶ *Walter Bau AG (in liquidation) v. The Kingdom of Thailand*, CNUDMI, Laudo (1 de julio de 2009) (Barker, Lalonde, Bunnag), ¶ 9.70 (KV-1).

⁴⁴⁷ Véase, v.g., *Mr. Franck Charles Arif v. Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) (Cremades, Hanotiau, Knieper), ¶ 389 (RLA-120) (donde se advierte que una disposición para la protección de derechos meramente “confirma que el inversionista podrá beneficiarse de un trato más favorable, pero no agrega una obligación nueva, específica o distinta en el tratado de respetar los compromisos hechos”).

⁴⁴⁸ Véase Segundo Informe Pericial de Vandeveldel, ¶ 22 (énfasis en el original).

⁴⁴⁹ Véase *id.*, ¶ 23. El Profesor Vandeveldel describe en forma amplia muchas de las redundancias en los TBI de los EE.UU., incluido el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos. *Id.*, ¶¶ 24-32.

⁴⁵⁰ Véase Carta de Presentación del TBI con Ecuador (RLA-34).

⁴⁵¹ Véase TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, Artículo II(7) (R-1) (énfasis agregado).

Ésta es precisamente la comprensión que el tribunal en *Duke Energy v. Ecuador* tuvo en mente cuando afirmó que el Artículo II(7) “busca implementar y formar parte de la garantía más general contra la denegación de justicia”⁴⁵² – siendo la garantía más general la que se encuentra, desde luego, en el Artículo II(3)(a).

4. Aunque los tribunales están hoy en día divididos sobre la interpretación del Artículo II(7), aquellos que interpretan el Artículo como una disposición que expande las protecciones de la denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional consuetudinario han tergiversado sus disposiciones

260. Hasta hace poco, el tribunal en *Duke Energy v. Ecuador* era el único tribunal en haber interpretado el Artículo II(7) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos. Como se demostró con anterioridad, su interpretación es totalmente coherente con la posición de Ecuador⁴⁵³. Sin embargo, en 2010, el tribunal en *Chevron I* adoptó una interpretación radicalmente más expansiva cuando determinó que el Artículo II(7) “constituye una *lex specialis* y no una mera reformulación de la ley sobre denegación de justicia”⁴⁵⁴, que “una prueba distinta y posiblemente menos exigente es aplicable de acuerdo a esta disposición si se compara con la denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional consuetudinario”⁴⁵⁵, y que una parte demandante de acuerdo a esas disposiciones no necesita probar un agotamiento “estricto” de los recursos locales a fin de que se establezca una violación del Artículo II(7)⁴⁵⁶.

261. Como Ecuador demostró en su Memorial de Contestación, el tribunal en *Chevron* estaba, dicho en términos muy sencillos, equivocado⁴⁵⁷. Su decisión no puede conciliarse con la que emitió el tribunal en *Duke Energy v. Ecuador*⁴⁵⁸, y su análisis superficial se desploma al examen cuidadoso. En realidad, Merck ni siquiera ha intentado ocuparse de las deficiencias cruciales en el razonamiento del tribunal planteadas por Ecuador.

⁴⁵² *Duke Energy*, ¶ 391 (RLA-83).

⁴⁵³ El tribunal en *Duke Energy* tampoco cuestiona que un reclamo por violación del Artículo II(7) exija una demostración de que la demandante ha agotado todos los recursos disponibles y efectivos, lo cual las demandantes en ese caso no hicieron. *Id.*, ¶402. Véase también *id.*, ¶ 401 (“la falta de claridad [...] no es suficiente para demostrar que un recurso es fútil”).

⁴⁵⁴ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 34877, CNUDMI, Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo de 2010) (Böckstiegel, Brower, van den Berg) (“*Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo)”), ¶ 242 (CLM-111).

⁴⁵⁵ *Id.*, ¶ 244.

⁴⁵⁶ *Id.*, ¶ 268. El tribunal en *White Industries v. India* posteriormente “resumió” y aceptó las conclusiones del tribunal en *Chevron I* sobre la cuestión sin ningún análisis de su validez de la naturaleza que fuere. Véase *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, CNUDMI (TBI entre Australia y la India), Laudo Final (30 de noviembre de 2011) (Rowley, Brower, Lau), ¶ 11.3.2. (CLM-114).

⁴⁵⁷ Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 245-259.

⁴⁵⁸ *Duke Energy*, ¶ 391 (RLA-83).

262. La conclusión del tribunal en *Chevron* al parecer se ha basado primordialmente en dos premisas específicas: primera, que el Artículo II(7) “no hace ninguna referencia explícita a la denegación de justicia o al derecho internacional consuetudinario” y que una intención de reformular la ley sobre denegación de justicia solo se habría “expresado a través de la inclusión de lenguaje explícito a tal efecto o mediante el uso de lenguaje correspondiente a la norma predominante para denegación de justicia al momento de la redacción”⁴⁵⁹; y, segundo, que el Artículo II(7) se “creó como una norma independiente en los tratados a fin de resolver la falta de claridad en el derecho internacional consuetudinario con respecto a la denegación de justicia”⁴⁶⁰.

263. Cuando se trata de la primera premisa, es simplemente errónea toda suposición de que debido a que los redactores no hicieron ninguna “referencia explícita a la denegación de justicia o al derecho internacional consuetudinario”⁴⁶¹, ellos no deben haber tenido la intención de incorporar esas normas: como se analizó con anterioridad, los redactores de los EE.UU. normalmente incorporan normas al derecho internacional consuetudinario a través de términos técnicos específicos⁴⁶².

264. Además, al contrario de la conclusión superficial del tribunal en el sentido opuesto, los redactores *sí* incluyeron “lenguaje correspondiente a al norma predominante para denegación de justicia al momento de la redacción”⁴⁶³; de hecho, es difícil imaginar un lenguaje que se compare con mayor proximidad a los estándares tradicionales contemporáneos que la frase “medios efectivos”.

⁴⁵⁹ *Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo), ¶ 242 (CLM-111).

⁴⁶⁰ *Id.*, ¶ 243.

⁴⁶¹ *Id.*, ¶ 242.

⁴⁶² En su Réplica, la Demandante no hace virtualmente ningún esfuerzo para apoyar la sugerencia del Tribunal que los redactores habrían hecho una “referencia explícita a la denegación de justicia o al derecho internacional consuetudinario” si hubieran tenido la intención de incorporar esas normas, al recurrir en cambio a un argumento del *effet utile*. Véase Réplica de la Demandante, ¶¶ 743-744. Esta omisión dice mucho, dado que Ecuador previamente ha llamado la atención de este Tribunal a la omisión de la Demandante en responder a la debilidad del razonamiento del tribunal sobre esta cuestión en *Chevron*. Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 258, 259 (“La interpretación del tribunal en *Chevron I* del Artículo II(7) como una *lex specialis* porque ‘esta no hace ninguna referencia explícita a la denegación de justicia o al derecho internacional consuetudinario’, no solo es incoherente con la práctica de los EE.UU. en la elaboración de tratados antes analizada, sino también basada en una malinterpretación fundamental del derecho internacional consuetudinario pertinente y su importancia en la interpretación de las disposiciones de los TBI [...] En su Memorial, Merck optó por permanecer en silencio frente a estos supuestos erróneos y las metodologías interpretativas erróneas del laudo en *Chevron I*, los cuales Ecuador señaló en su Dúplica en la fase de medidas interinas de este proceso. Su silencio es elocuente”) (*donde se cita Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo), ¶ 242 (CLM-111) (se han omitido las citas internas)).

⁴⁶³ Donde se cita *Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo), ¶ 242 (CLM-111). Para encontrar el lenguaje empleado en el Artículo II(7) en las codificaciones clásicas de la denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional, véase Memorial de Contestación de Ecuador, p. 115 nota a pie de página 397 y autoridades que ahí se citan.

265. La segunda premisa del tribunal en *Chevron* – que el Artículo II(7) se “creó como una norma independiente en el tratado para *resolver la falta de claridad* en el derecho internacional consuetudinario con respecto a la denegación de justicia”⁴⁶⁴ – no lleva necesariamente a la conclusión de que los redactores tuvieran la intención de *expandir* la protección otorgada bajo el derecho tradicional. No existe tal prueba de las intenciones de los redactores. Al contrario, al usar la frase “medios efectivos”, los redactores evidenciaron una intención de codificar una formulación *particular* – entre varias posibilidades similares – con *obvias* raíces en el derecho tradicional⁴⁶⁵. Si los redactores hubieran tenido la intención de *expandir* las protecciones que se encuentran en esa ley, ellos habrían tenido toda la razón de evitar una frase convencional tan conocida, una frase con la cual ellos estaban innegablemente familiarizados.

266. Las decisiones en *Chevron I* y *Duke Energy* simplemente no pueden conciliarse. En realidad, el tribunal en *Chevron I* resta importancia a la decisión de su predecesor en una sola oración, sin ocuparse en absoluto de su diferencia de opinión⁴⁶⁶. En cambio, la esencia del razonamiento del tribunal sobre la norma apropiada contiene, como se analizó con anterioridad, premisas con defectos fundamentales y vacíos en el razonamiento que finalmente lo inducen a justificar la creación de una causa de acción completamente nueva de alcance mal definido y sin precedentes. Además, incluso si, al contrario de los hechos, no hubiere ninguna división en el tratamiento de los tribunales sobre esta cuestión, la ausencia de *stare decisis* en el arbitraje internacional requiere una consideración fresca de la cuestión a la luz de todas las pruebas disponibles.

5. Aunque la Demandante tiene razón en que algunas disposiciones en los TBI de los EE.UU van más allá del derecho internacional consuetudinario, el Artículo II(7) no está entre ellas

267. La Demandante dedica varios párrafos a demostrar que las disposiciones del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos “pueden crear, y de hecho crean obligaciones que van más allá del derecho internacional consuetudinario sobre inversión extranjera”⁴⁶⁷. Por consiguiente, de acuerdo a la Demandante, “como es obvio, no tiene sentido aplicar una norma de interpretación que presupone que los Estados Unidos solo deseaba codificar el

⁴⁶⁴ *Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo), ¶ 243 (énfasis agregado) (CLM-111).

⁴⁶⁵ Véase Law of Responsibility of States for Damages Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners, reproducido en 23 AJIL SPECIAL SUPPLEMENT (1929) (RLA-9) (donde se hace un llamado a los Estados para que provean “medios efectivos para reparar los perjuicios”) (énfasis agregado); y Freeman, p. 135 (donde se exigen “medios efectivos para reivindicar” los derechos de un extranjero) (énfasis agregado).

⁴⁶⁶ Véase *Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo), ¶ 242 (CLM-111).

⁴⁶⁷ Réplica de la Demandante, ¶¶ 756-763, 766.

derecho internacional consuetudinario cuando muchas de las obligaciones sustantivas del Tratado van mucho más allá”⁴⁶⁸.

268. Ecuador, desde luego, está de acuerdo con la proposición nada notable que el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos incorpora algunas protecciones más allá de las que otorga el derecho internacional consuetudinario. De hecho, toda sugerencia en sentido contrario es una falacia lógica que tergiversa la posición de Ecuador. Al mismo tiempo, la Demandante no puede negar que otras disposiciones del TBI no incorporan nada más que las protecciones otorgadas por el derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, la cuestión real es: ¿puede verse el Artículo II(7) como una de esas disposiciones? Conforme se demostró previamente, razones convincentes establecen que sí es.

269. En su Memorial de Contestación, Ecuador señaló la afirmación del Profesor Álvarez que el Artículo II(7), *en particular*, fue una de las “invitaciones abiertas” del TBI a “utilizar el derecho internacional consuetudinario pertinente”⁴⁶⁹. En su Réplica, la Demandante limita su respuesta sobre este punto a una nota a pie de página que llega a una conclusión infundada, en la cual alega que, aunque el Profesor Álvarez “sugiere que el derecho internacional consuetudinario podría ser pertinente para la interpretación de disposiciones sobre los ‘medios efectivos’, él “no sugiere que los límites de esas disposiciones se limiten a las protecciones en el derecho internacional consuetudinario”⁴⁷⁰. Esta afirmación describe mal la afirmación del Profesor Álvarez por dos razones.

270. *Primero*, el Profesor Álvarez, un ex negociador de los TBI de los EE.UU. experimentado y distinguido por su preparación académica, no dice que el derecho internacional consuetudinario sea simplemente “pertinente para la interpretación” de disposiciones sobre los “medios efectivos”. Lo que él sí dice es que dichas disposiciones permiten el *despliegue* del derecho internacional consuetudinario; en otras palabras, la incorporación directa de esas normas. Es así pese al hecho de que las disposiciones no hacen referencia directamente al derecho internacional. El Profesor Álvarez tampoco dice que el derecho internacional consuetudinario se despliegue solo para apartarse de éste⁴⁷¹. Es

⁴⁶⁸ *Id.*, ¶ 759.

⁴⁶⁹ Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 253 (*donde se cita J. Álvarez, A TBI on Custom*, 42 N.Y.U. J. INT’L L. & POL. 17 (2009), pp. 31-32 (RLA-88)).

⁴⁷⁰ Véase Réplica de la Demandante, p. 178 nota a pie de página 938.

⁴⁷¹ Al contrario, de acuerdo al Profesor Álvarez, los “acuerdos de inversión son, por lo menos en parte, esfuerzos explícitos para proveer a los inversionistas las protecciones tradicionales del derecho consuetudinario, incluida la norma internacional mínima, la protección y seguridad plena, y las protecciones de la denegación de justicia. Cláusulas como aquellas que se enumeraron previamente son esfuerzos de incluir protecciones tradicionales como parte de las protecciones de un TBI, no para *excluir* estas normas jurídicas generales

evidente que el Profesor Álvarez no comparte las conclusiones del tribunal en *Chevron* en el sentido opuesto.

271. *Segundo*, de hecho, el Profesor Álvarez incluye en las protecciones incorporadas aquellas otorgadas de acuerdo a “principios generales del derecho”⁴⁷². Pero esto no es de utilidad para la interpretación de la Demandante del Artículo II(7) como una norma autónoma. Los “principios generales del derecho” son una fuente reconocida del derecho internacional público. Una vez más, las disposiciones sobre “medios efectivos” no son la fuente de obligaciones distintas e independientes. Solo permiten el despliegue de principios del derecho internacional ya establecidos.

272. Por consiguiente, es imposible conciliar la posición del Profesor Álvarez sobre el significado del Artículo II(7) – el cual limita claramente el alcance de la disposición a las protecciones otorgadas según el derecho internacional – con la de la Demandante o el tribunal en *Chevron I*.

6. La eliminación del Artículo II(7) del Modelo de TBI de 2004 de los EE.UU. no sugiere que se vieran como redundantes las protecciones que éste otorgaba

273. No es incontrovertible que “cuando existe necesidad de interpretación de un tratado es apropiado considerar estipulaciones de tratados previos o *posteriores* en relación con temas similares a aquellos que se contemplan en el tratado sujeto a consideración”⁴⁷³. Por consiguiente, en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic*, el tribunal determinó que “los TBI posteriores del Reino Unido dejan en claro a través de expreso lenguaje que la intención del Reino Unidos [en un TBI previo] no era excluir la solución de diferencias de la cobertura de la cláusula sobre la nación más favorecida del TBI del Reino Unido”⁴⁷⁴. Y en *El Paso Energy International Company v. The Argentine*

aplicables, conforme lo hace una *lex specialis*”. J. Álvarez, *A TBI on Custom*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 17 (2009), p. 33 (RLA-88) (énfasis en el original).

⁴⁷² *Id.*, pp. 31-32.

⁴⁷³ *AAPL*, ¶ 40 (Rule (F)) (RLA-30) (énfasis agregado). Véase también *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción (25 de enero de 2000) (Vicuña, Buergenthal, Wolf) (“*Maffezini* (Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción)”), ¶¶ 58-62 (CLM-62) donde se compara la cláusula sobre la NMF del TBI entre España y Argentina con las cláusulas sobre la NMF que se encuentran en otros TBI con España).

⁴⁷⁴ Véase *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. & Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Laudo sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2006) (Salacuse, Kaufmann-Kohler; Nikken), ¶ 58 (RLA-75) (“Los TBI posteriores del Reino Unido dejan en claro a través de expreso lenguaje que la intención del Reino Unido no es excluir la solución de diferencias de la cobertura de la cláusula sobre la nación más favorecida del TBI del Reino Unido. Los TBI del Reino Unido suscritos después de 1993, por ejemplo con Honduras, Albania y Venezuela, cada uno añade un tercer párrafo a los dos párrafos [...] que constituyen su cláusula sobre la nación más favorecida: ‘(3) Para evitar toda duda se confirma que el trato

Republic, el tribunal confirmó la interpretación de la cláusula sombrilla del TBI entre EE.UU. y Argentina mediante referencia al Modelo de TBI posterior de 2004 de los EE.UU.⁴⁷⁵.

274. En este contexto, la eliminación de la disposición sobre los “medios efectivos” del Modelo de TBI de 2004, por considerarla “innecesaria” a la luz de los principios del derecho internacional consuetudinario que prohíben la denegación de justicia⁴⁷⁶, evidencia con claridad que la disposición no tenía la finalidad de imponer obligaciones más estrictas que aquellas aplicables de acuerdo al derecho internacional consuetudinario.

275. La Demandante argumenta que “el hecho de que los redactores del Modelo de TBI de 2004 hayan concluido que el principio del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la denegación de justicia provee protección apropiada no implica de manera obvia que ellos consideraran el Artículo II(7) redundante para el derecho internacional consuetudinario”⁴⁷⁷. Si bien Ecuador está de acuerdo en que la eliminación de la disposición no puede probar *de manera independiente* que su alcance se limitara a las protecciones que se otorgan en otras partes en el tratado y de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, ésta *sí* sirve como confirmación poderosa de la otra evidencia que, considerada como un todo, *sí* prueba este hecho. En realidad, la Demandante no provee absolutamente ninguna explicación alternativa para la eliminación de la disposición⁴⁷⁸.

276. El preámbulo del Modelo de TBI 2004 de los EE.UU. confirma que se consideró el Artículo II(7) como una disposición “innecesaria” precisamente porque fue incorporada al TBI como una norma mínima de trato⁴⁷⁹. El preámbulo dice:

Reconociendo la importancia de proveer medios efectivos de hacer valer los reclamos y respetar los derechos con respecto a la inversión [...].

previsto en los párrafos (1) y (2) *supra* se aplicarán a las disposiciones de los Artículos 1 a 11 de este Tratado’. La inferencia que se debe extraer de este lenguaje es que este nuevo párrafo, por sus términos, tiene la intención de aclarar lo que ha sido la intención preexistente del Reino Unido al negociar sus TBI: que la cláusula sobre la nación más favorecida es para cubrir todos los artículos [...] del tratado [...]” (énfasis omitido).

⁴⁷⁵ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción (27 de abril de 2006) (Caflisch, Stern, Bernardini), ¶ 80 (CLM-9).

⁴⁷⁶ Vandeveld, p. 415 (RLA-85(bis)) (“La disposición sobre el acceso judicial se eliminó del modelo de 2004. Los redactores de los EE.UU. consideraron que el principio en derecho internacional consuetudinario que prohíbe la denegación de justicia provee protección apropiada y que una obligación separada en el tratado era innecesaria”).

⁴⁷⁷ Véase Réplica de la Demandante, ¶ 771.

⁴⁷⁸ Véase Réplica de la Demandante, ¶¶ 770-773.

⁴⁷⁹ Vandeveld, p. 415 (RLA-85(bis)) (“para dejar en claro que los TBI tienen la finalidad de proteger el derecho de acceso judicial, *aunque implícitamente a través del estándar mínimo internacional*, el preámbulo del modelo de 2004 se modificó para expresar que las partes [reconocen] la importancia de proveer medios efectivos de hacer valer los reclamos y respetar los derechos con respecto a la inversión al amparo del derecho nacional”). (énfasis agregado).

277. La única manera de “reconocer” algo, desde luego, es si esto *ya existe*.

278. La Demandante argumenta además que el hecho de que se considerara “innecesaria” la disposición sobre “medios efectivos” en 2004 no significa necesariamente que ésta fuera “innecesaria” en 1993⁴⁸⁰, cuando se suscribió el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos. No obstante, la Demandante no ha presentado absolutamente ninguna prueba que sugiera que la comprensión de los EE.UU. del derecho internacional consuetudinario sobre denegación de justicia haya cambiado desde 1993. A menos que la interpretación de los EE.UU. de los estándares pertinentes evolucionara en grado sustancial en el transcurso de 11 años, parecería claro entonces que esos estándares *ya incluían* el mandato de proveer “medios efectivos de hacer valer los reclamos y respetar los derechos con respecto a una inversión” en 1993.

279. La práctica subsiguiente de los EE.UU. que rodea al estándar de los “medios efectivos” confirma lo anterior. En el caso reciente *Apotex v. U.S.*, los EE.UU. litigaron un reclamo de que ésta había violado la disposición sobre los “medios efectivos” del TBI entre los EE.UU. y Jamaica redactada de manera idéntica, la cual el inversionista buscó incorporar a través de la cláusula sobre la nación más favorecida del TLCAN⁴⁸¹. En su Dúplica, luego de citar las obras del Profesor Vandeveld y la interpretación del tribunal en *Duke Energy* del Artículo II(7) (en lugar de la interpretación del tribunal en *Chevron*), los EE.UU. expresaron que “Apotex no demostró que habría tenido derecho a recibir un mejor trato al amparo de la disposición sobre los “medios efectivos” en el TBI entre los EE.UU. y Jamaica que bajo el Artículo 1105 del TLCAN”⁴⁸². Dado que el Artículo 1105 incorpora el derecho internacional consuetudinario⁴⁸³, la afirmación de los EE.UU. deja muy en claro que la disposición sobre los “medios efectivos” en el TBI entre los EE.UU. y Jamaica, un TBI que es contemporáneo del TBI aplicable en el presente caso, no impone obligaciones mayores que aquellas impuestas por el derecho internacional consuetudinario.

⁴⁸⁰ Réplica de la Demandante, ¶¶ 771-772.

⁴⁸¹ *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Memorial de Contestación sobre el Fondo y Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada los Estados Unidos de América (14 de diciembre de 2012) (Veeder, Rowley, Crook), ¶ 383 (RLA-185) (se han omitido las citas internas).

⁴⁸² *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada los Estados Unidos de América (27 de septiembre de 2013), ¶ 370 (RLA-187). Si bien los Estados Unidos sí distingue entre los hechos en *Chevron v. Ecuador* y *White Industries v. India*, por una parte, y el caso en el cual litigaba, por otra parte, no sugiere en ninguna parte que estuviera de acuerdo con esos tribunales en que el Artículo II(7) provee mayor protección que el estándar mínimo de trato. *Id.* ¶371.

⁴⁸³ Véase NAFTA Free Trade Commission, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions* (31 de julio de 2001), ¶ B(2) (RLA-50).

280. En suma, la Demandante no ha provisto en absoluto ninguna explicación alternativa sobre la decisión de los redactores de los EE.UU. de eliminar el Artículo II(7) del Modelo de TBI de 2004. No ha explicado la decisión de los EE.UU. de “reconocer” la existencia del mismo derecho en el preámbulo al Modelo 2004, o el tratamiento de los Estados Unidos de la frase en el litigio subsiguiente. Su silencio es elocuente.

7. En todo caso, la Demandante no ha agotado los recursos locales incluso de acuerdo a la interpretación más laxa de la norma por parte del tribunal en *Chevron I*

281. En todo caso, incluso en el supuesto, no consentido, que el tribunal en *Chevron I* tuviere razón en su construcción del Artículo II(7), la Demandante aun así no puede eludir el requisito de agotamiento.

282. El tribunal en *Chevron I* no cuestionó que incluso de acuerdo a su punto de vista del Artículo II(7) como *lex specialis*, “las Demandantes deben [...] haber utilizado debidamente los medios que se puso a su disposición para hacer valer los reclamos y respetar los derechos en Ecuador a fin de probar una violación del TBI”⁴⁸⁴. El tribunal enfatizó, en coherencia con el derecho internacional consuetudinario, que “una parte demandante está obligada a hacer uso de *todos* los recursos que estén a disposición y podrían haber rectificado el ilícito que es materia de la queja”⁴⁸⁵, y que *no* se exige una alta probabilidad de éxito de estos recursos a fin de esperar que una parte demandante intente recurrir a ellos”⁴⁸⁶. El tribunal halló finalmente a Ecuador responsable por violación del Artículo II(7), considerando que ciertos mecanismos procesales colaterales no podían haber rectificado el problema particular de las supuestas demoras en los procesos judiciales⁴⁸⁷.

283. La opinión del tribunal en *Chevron I* en el sentido que todos los recursos deben agotarse para establecer una violación del Artículo II(7) incluso visto como *lex specialis*, se sustenta en la larga historia de la posición de los EE.UU. que se debe considerar que los Estados son responsables legalmente por acciones judiciales solo una vez se han agotado los recursos internos. La posición de los EE.UU. ha sido firme desde 1858⁴⁸⁸, y la expresó con

⁴⁸⁴ *Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo), ¶ 268 (CLM-111).

⁴⁸⁵ *Id.*, ¶ 326 (énfasis agregado).

⁴⁸⁶ *Id.* (énfasis agregado).

⁴⁸⁷ *Id.*, ¶¶ 330-332.

⁴⁸⁸ Carta enviada por el señor Marcy, Secretario de Estado de los EE.UU., a Chevalier Bertinatti, Sardinian Minister (1 de diciembre de 1858) (“el Estado no es responsable por la equivocación o error de sus tribunales [...] cuando la decisión no ha sido apelada ante el tribunal de último recurso”), citado en *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Memorial de los Estados Unidos de América sobre Asuntos de Competencia y Jurisdicción (15 de febrero de 2000) (“*Loewen*, U.S. Memorial”), p. 50 (RLA-155)..

vigor en sus planteamientos en *Loewen v. US*⁴⁸⁹. No existe absolutamente ninguna prueba de que los Estados Unidos intentara una excepción a su posición mantenida con firmeza cuando comenzó a incluir disposiciones como el Artículo II(7) en sus TBI.

284. El caso de la Demandante de violación del Artículo II(7) no logra satisfacer ni siquiera este requisito del “agotamiento calificado”. Incluso de acuerdo a la interpretación del estándar por parte del tribunal en *Chevron I*, se debía haber invocado la apelación de la Demandante a la Constitucional [*sic*], dado que “ésta se encuentra disponible y podría haber rectificado el ilícito materia de la queja”, conforme se demostró con anterioridad.

8. Conclusión

285. *Primero*, Ecuador ha demostrado que el derecho internacional consuetudinario se incorpora normalmente a regímenes de tratados de manera indirecta a través de la referencia a términos técnicos que constan en el derecho internacional consuetudinario, tales como “medios efectivos”. *Segundo*, se ha establecido que, al contrario de las alegaciones de Merck, la interpretación de Ecuador del Artículo II(7) no viola el principio del *effet utile* precisamente debido al principio de *ex abundante cautela*: de hecho, enfatizar el mismo derecho incluido en el derecho tradicional y en el Artículo II(3)(a) es el propósito del Artículo II(7). *Tercero*, Ecuador ha tratado sobre la división de la opinión entre los tribunales que abordan el problema en cuestión al demostrar que la decisión del tribunal en *Chevron I* estuvo caracterizada por premisas defectuosas y lapsus en el razonamiento. *Cuarto*, Ecuador ha demostrado no solo que las disposiciones en los TBI de los EE.UU. a menudo incorporan el derecho tradicional preexistente, sino también que el Artículo II(7) *en particular* es una disposición de esa clase. *Quinto*, Ecuador ha explicado por qué los Estados Unidos eliminó finalmente el Artículo II(7) de su Modelo de TBI de 2004, y optó en cambio por “reconocer” la existencia del mismo derecho de acuerdo al derecho convencional y el estándar mínimo de trato. *Por último*, la AEP es un recurso que debió invocarse incluso de acuerdo a la interpretación de la disposición por parte del tribunal en el caso *Chevron v. Ecuador*.

286. Se desprende que el Artículo II(7) no es de ninguna utilidad para la Demandante: su imposibilidad de establecer una denegación de justicia en los términos del derecho internacional consuetudinario por falta de finalidad judicial es asimismo dispositiva en este caso.

⁴⁸⁹ Véase *Loewen*, U.S. Memorial, pp. 49-56 (RLA-155); *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Respuesta de los Estados Unidos de América a los Planteamientos de las Demandantes concernientes a Asuntos de Jurisdicción y Competencia (7 de julio de 2000), pp. 16-32 (RLA-157).

C. La omisión de la Demandante en agotar los recursos locales priva al Tribunal de jurisdicción y vuelve sus reclamos inadmisibles

287. La historia de este arbitraje es simple. La Demandante ha iniciado procesos entre un inversionista y el Estado para crear un tribunal “en espera” *en caso de* que ocurriera una denegación de justicia *en el futuro*. En su apresuramiento por obtener una decisión sobre el fondo, la Demandante opta por no adherirse a las normas del derecho internacional que exigen que una parte demandante agote primero sus recursos locales. No solo que esto es contrario a los mandatos de la jurisdicción y admisibilidad, sino que también constituye un abuso del proceso. Por estas razones, los reclamos de la Demandante no deben prevalecer.

288. Para que un tribunal en tratados de inversión proceda al fondo, un tribunal debe en primer lugar tener jurisdicción sobre las partes y los reclamos. El tribunal debería también examinar la admisibilidad del reclamo – es decir, si el reclamo es oportuno y está listo para una decisión y si existen otras circunstancias que volverían impropio al ejercicio de competencia establecida.

289. La Demandante ha aceptado que, a fin de plantear un reclamo por denegación de justicia, la parte demandante “debe haber *agotado* los recursos locales ‘disponibles en términos razonables’ [...] ‘a fin de corregir la acción impugnada’”⁴⁹⁰. El perito de la Demandante en materia de derecho también ha apoyado esta opinión⁴⁹¹. Conforme se explicó previamente, la Demandante no ha agotado todos los recursos locales disponibles y efectivos en términos razonables con respecto a los procesos en el litigio *NIFA v. MSDIA*. Las alegaciones de mal trato en manos del sistema judicial de Ecuador, y en particular de la CNJ, pudieron haber sido la base para una AEP. Como resultado, se ha denegado al sistema judicial la oportunidad de corregir los supuestos actos ilícitos.

290. Este caso no representa un esfuerzo *de buena fe* de invocar el arbitraje internacional por una violación consumada del derecho internacional. Mas bien, la Demandante inició procesos arbitrales costosos a fin de tener la tranquilidad de un tribunal “en espera”. Ecuador se ha visto forzado a defenderse en el plano internacional contra reclamos prematuros. La conducta de la Demandante es un abuso del proceso, y debe sancionarse en consecuencia.

291. Los siguientes párrafos explicarán que los reclamos por denegación de justicia pueden examinarse como una cuestión de jurisdicción; que no existe ninguna “diferencia

⁴⁹⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 375 (énfasis agregado).

⁴⁹¹ Primer Informe Pericial del Profesor Jan Paulsson (2 de octubre de 2013) (“Primer Dictamen Pericial de Paulsson”), ¶¶ 53-54.

relativa a inversiones” dentro del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos; que los reclamos de Merck son inadmisibles porque son prematuros y no cumplen la prueba jurisdiccional *prima facie*; y, por último, que este Tribunal no puede proceder al fondo porque los reclamos de la Demandante son un “abuso del proceso”.

1. El reclamo por denegación de justicia puede evaluarse como una cuestión de jurisdicción

292. En su Réplica, la Demandante asevera que sus reclamos por denegación de justicia pueden considerarse *solo* en la fase del *fondo* de los procesos⁴⁹². Esta aseveración es incorrecta. Si una parte demandante presenta en forma prematura un reclamo por denegación de justicia; es decir, antes de haber consumado el agotamiento de todos los recursos disponibles y efectivos necesarios para establecer una violación, la omisión en agotar los recursos locales tiene de hecho implicaciones jurisdiccionales⁴⁹³. Conforme se describe a continuación, los tribunales en casos entre inversionista y Estado han desestimado reclamos de denegación de justicia por falta de *pruebas prima facie* que comprueben una violación del tratado debido a que la parte demandante no ha agotado los recursos locales.

293. En *Toto v. Lebanon*, la parte demandante buscó redactar su reclamo de denegación de justicia como una violación de la disposición sobre “trato justo y equitativo” del TBI entre Italia y Líbano⁴⁹⁴. El reclamo se basó en la demora en la decisión de dos acciones que Toto había presentado en los tribunales libaneses, incluido el *Conseil d’État* Libanés. El tribunal del CIADI evaluó – *como una cuestión de jurisdicción* – si Toto había agotado, de hecho, sus recursos locales⁴⁹⁵. En su evaluación, el tribunal tomó en cuenta si los procedimientos ante el *Conseil d’État* Libanés podían verse como excesivamente prolongados, dadas las circunstancias del caso. Al final, el tribunal sostuvo que, *debido a que la parte demandante no había hecho uso de los recursos locales para abreviar las demoras procesales*, no había

⁴⁹² Réplica de la Demandante, ¶¶ 54-59.

⁴⁹³ Segundo Informe Pericial de Amerasinghe, p. 3 (*donde se cita Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*, CNUDMI (TBI entre la República Eslovaca y Suiza), Laudo (5 de marzo de 2011) (“*Alps Finance*”), ¶¶ 251-252 (RLA-105); *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción (11 de septiembre de 2009) (van Houtte, Feliciani, Moghaizel) (“*Toto (2009)*”), ¶¶ 164-168 (RLA-95)); Segundo Informe Pericial de Caflisch, ¶¶ 14-15 (*donde se advierte que el tribunal no tiene ninguna competencia sobre los reclamos de Merck de denegación de justicia porque no había ningún reclamo conocible de acuerdo al derecho internacional y el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos al momento que puso en conocimiento del Tribunal dado que Merck no había agotado los recursos locales disponibles y efectivos; y observó además que este agotamiento no puede ocurrir después del inicio del arbitraje*).

⁴⁹⁴ *Toto (2009)*, ¶ 143 (RLA-95).

⁴⁹⁵ *Id.*, ¶¶ 152-168.

ninguna jurisdicción *prima facie* para considerar los supuestos reclamos de la demandante por denegación de justicia⁴⁹⁶.

294. De manera similar, en *Alps Finance v. Slovak Republic*, un tribunal constituido según las Reglas de la CNUDMI declinó ratificar la jurisdicción para un reclamo por denegación de justicia debido a la omisión de la parte demandante en satisfacer la prueba de establecer una violación *prima facie* del TBI⁴⁹⁷. En ese caso, el tribunal aclaró que el derecho internacional no prohíbe “un posible error en derecho, sino un sistema de justicia que quede bajo un estándar mínimo a tal grado que conduzca a una denegación de justicia inevitable”⁴⁹⁸. En particular, el tribunal observó que “otros recursos aún estaban disponibles para la Demandante en el derecho interno” a fin de revisar la sentencia que la parte demandante había considerado perjudicial⁴⁹⁹. El tribunal concluyó que la parte demandante no había logrado presentar prueba suficiente que demostrara un posible caso por denegación de justicia; como resultado, no se había satisfecho la prueba *prima facie* de un posible reclamo basado en el tratado⁵⁰⁰.

295. En *Apotex v. United States*, un tribunal constituido de acuerdo a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI procedió sobre la fase de que la objeción a la finalidad planteada por la demandada era una cuestión de competencia *por razones de la materia*⁵⁰¹. De hecho, el tribunal reconoció que, desde el inicio del proceso, ambas partes habían tratado la cuestión de la finalidad judicial como una cuestión jurisdiccional / preliminar⁵⁰².

296. En *Achmea v. Slovak Republic*, otro tribunal constituido según las Reglas de la CNUDMI aplicó la prueba *prima facie* a fin de evaluar si los reclamos presentados podían quedar comprendidos dentro de las disposiciones del TBI entre Los Países Bajos y Eslovaquia⁵⁰³. El tribunal desestimó todos los reclamos por no haber cumplido esa prueba,

⁴⁹⁶ *Id.*, ¶¶ 167-168.

⁴⁹⁷ *Alps Finance*, ¶ 248 (RLA-105) (donde se cita *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción (22 de abril de 2005) (Guillaume, Cremades, Landau), ¶ 108 (CLM-53); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción (14 de noviembre de 2005) (Kaufmann-Kohler, Berman, Böckstiegel) (“*Bayindir*”), ¶ 195 (CLM-1); *Jan de Nul and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción (16 de junio de 2006) (Kaufmann-Kohler, de mayo deer, Stern), ¶¶ 69-71 (RLA-72)).

⁴⁹⁸ *Alps Finance*, ¶ 250 (RLA-105).

⁴⁹⁹ *Id.*, ¶ 251.

⁵⁰⁰ *Id.*, ¶ 252.

⁵⁰¹ *Apotex* (2013), ¶ 260 (RLA-122). (donde se indica que: “La naturaleza ‘sustantiva’ de la regla en cuestión, sobre la cual las partes en este caso están de acuerdo, no impide en forma automática que se examine la aplicación de la regla en la fase de la investigación sobre la jurisdicción”).

⁵⁰² *Apotex* (2013), ¶ 260 (RLA-122).

⁵⁰³ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, Caso PCA No. 2013-12 (Número 2), CNUDMI (TBI entre Holanda y la República Eslovaca), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (20 de mayo de 2014) (Lévy, Beechey, Dupuy) (“*Achmea*”), ¶¶ 208, 214 (CLM-228).

incluso en relación con medidas del Estado *pasadas*, así como también futuras⁵⁰⁴. El tribunal hizo importantes observaciones con respecto a la prueba para la jurisdicción *prima facie*. *Primero*, indicó que los hechos, si se supusiere que fueron probados, deben ser capaces de establecer una violación del tratado⁵⁰⁵. *Segundo*, afirmó que una parte demandante tiene la responsabilidad de reunir pruebas reales para confirmar un caso *prima facie*, incluso en la fase jurisdiccional⁵⁰⁶. Por último, el tribunal advirtió que la jurisdicción debe existir “el día de” la institución del proceso arbitral, no después de ésta⁵⁰⁷.

297. En síntesis, los reclamos de denegación de justicia pueden sin duda ser evaluados como una cuestión de jurisdicción, y ciertos tribunales previos lo han hecho. En el presente caso, Merck no ha agotado los recursos locales disponibles y efectivos en el sistema jurídico ecuatoriano, lo cual se traduce en una omisión en plantear y probar un caso *prima facie* de acuerdo al TBI.

2. El tribunal no tiene ninguna competencia porque no existe ninguna “diferencia relativa a inversiones” dentro del Artículo VI del TBI

298. Debido a que las acciones de las cuales la Demandante se queja no constituyen acciones finales del sistema judicial de Ecuador como un todo, éstas no pueden ser la base de ninguna “diferencia relativa a inversiones” en los términos del Tratado.

299. La Demandante se apresuró en iniciar este arbitraje para beneficiarse de tener implementado un tribunal “en espera”, sin duda en la esperanza de que este Tribunal pudiera “monitorear” los acontecimientos en el litigio ecuatoriano subyacente. Por lo tanto, no es de extrañar que las precondiciones para la constitución de este Tribunal no se hayan cumplido.

300. Para ser específicos, la potestad resolutoria de este Tribunal se fundamenta en la preexistencia de una “diferencia relativa a inversiones”, conforme se indica en el Artículo VI(1) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos⁵⁰⁸. La Demandante argumenta que una

⁵⁰⁴ *Id.*, ¶¶ 262-265.

⁵⁰⁵ El Tribunal aprobó la prueba *prima facie* test relacionada comúnmente con la Jueza Rosalyn Higgins de la CIJ en el caso *Oil Platforms*. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Objeciones Preliminares, Opinión Separada de la Jueza Higgins (12 de diciembre de 1996), Informes de la C.I.J. 1996, p. 847, ¶ 32 (CLM-86).

⁵⁰⁶ *Achmea*, ¶ 215 (CLM-228).

⁵⁰⁷ *Id.*, ¶ 269.

⁵⁰⁸ El TBI entre Ecuador y los Estados Unidos define una “diferencia relativa a inversiones” de la manera siguiente: “Para los fines del presente Artículo, una diferencia relativa a inversiones es una controversia entre una Parte y un nacional o compañía de la otra Parte originada en, o relacionada con (a) un acuerdo de inversión entre esa Parte y dicho nacional o compañía; (b) una autorización de inversión otorgado por la autoridad responsable en materia de inversiones extranjeras de esa Parte a dicho nacional o compañía; o (c) una supuesta violación de algún derecho conferido o creado por este Tratado con respecto a una inversión”. TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, Artículo VI(1) (R-1).

“diferencia relativa a inversiones” de acuerdo al Artículo VI del TBI existe siempre y cuando una parte alegue una violación y la otra se oponga positivamente⁵⁰⁹. Sin embargo, esto es solo la mitad de la historia. La oposición positiva no es el único requisito para la existencia de una “diferencia”. También existe el requisito conforme al derecho internacional general que exige que la “diferencia” sea concreta⁵¹⁰. En particular, el Profesor Christopher Schreuer ha advertido que, a fin de hallar una “diferencia”, el desacuerdo entre las partes “no debe ser puramente teórico”⁵¹¹. Mas bien, debe incluir “*cuestiones claramente identificadas* entre las partes” y “estar expresadas en términos de *un reclamo concreto*”⁵¹². Los tribunales en casos relacionados con tratados de inversiones han enfatizado asimismo la necesidad de que una “diferencia” sea concreta⁵¹³.

301. El reclamo de la Demandante fracasa a la primera dificultad. No existe ninguna diferencia relativa a inversiones “concreta” en este arbitraje⁵¹⁴. Mientras esté pendiente el agotamiento de los recursos locales, los reclamos de la Demandante en este arbitraje son todos *hipotéticos*; en realidad, este arbitraje mismo se ha iniciado precisamente para tener listo un tribunal internacional “en espera”⁵¹⁵. Los hechos excluyen esto. Los procesos internos en Ecuador están aún en camino. Conforme se demostró con anterioridad, la Demandante ha

⁵⁰⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 63.

⁵¹⁰ *Case Concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, Objeciones Preliminares, Sentencia (2 de diciembre de 1963), Informes de la C.I.J. 1963, p. 15, pp. 33-34 (RLA-138) (La CIJ enfatizó: “La función de la Corte es señalar la ley, pero podrá pronunciar sentencia solo en conexión con *casos concretos* en los cuales exista al momento de la solución una controversia real que involucre un conflicto de intereses legales entre las partes”). (énfasis agregado)

⁵¹¹ C. Schreuer, et al., *THE CIADI CONVENTION: A COMMENTARY* (2009) (“Schreuer”), p. 94 (RLA-87(bis)). El Profesor Schreuer prosigue diciendo “No es tarea del Centro [el CIADI] aclarar cuestiones legales *in abstracto*”. *Id.* Véase también M. Waibel, *Investment Arbitration: Jurisdiction y Admisibilidad*, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series (de febrero de 2014), p. 24 (RLA-194); Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 263-270.

⁵¹² Schreuer, p. 94 (RLA-87(bis)) (énfasis agregado).

⁵¹³ *Maffezini* (Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción), ¶ 94 (CLM-62); *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción (29 de abril de 2004) (Weil, Bernardini, Price), ¶ 106 (CLM-81); *AES Corporation v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/02/17, Decisión sobre Jurisdicción (26 de abril de 2005) (Dupuy, Böckstiegel, Bello Janeiro) (“*AES Corporation*”), ¶ 43 (CLM-107). Cada uno de estos casos se adhirió con aprobación a la prueba legal a la cual hizo referencia el Profesor Schreuer, pero, en los hechos, determinó que sí existe una diferencia legal calificada.

⁵¹⁴ El caso que Merck alega, interpetado debidamente al momento del inicio de estos procesos fue que, en algún momento en el futuro, podría ocurrir una denegación de justicia. Pero, debido a que los tribunales de Ecuador en ese momento no se habían pronunciado finalmente sobre el litigio *NIFA V. MSDIA* en cuestión, no había ninguna medida dañosa que pudiera ser objeto de solución por parte de este Tribunal.

⁵¹⁵ Véase Dúplica de Ecuador a la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales (17 de agosto de 2012), ¶¶ 81-88; Primer Informe Pericial del Profesor Lucius Caflisch (24 de febrero de 2014), p. 3 nota a pie de página 1 (“La posibilidad de la Demandante de establecer que ésta ha cumplido su obligación de agotar los recursos locales en Ecuador también afecta la cuestión de si existe una ‘diferencia relativa a inversiones’ dentro del significado del Artículo VI del Tratado”). Véase también *Continental Casualty*, ¶ 92 (RLA-165); *Railroad Development Corporation (RDC) v. Republic of Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Segunda Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción (18 de mayo de 2010) (Rigo Sureda, Eizenstat, Crawford), ¶ 136 (RLA-180). El tribunal en *AES v. Argentina* advirtió además que los reclamos de la parte demandante deben plantear “cuestiones legales en relación con una *situación concreta*”. *AES Corporation*, ¶ 44 (CLM-107)..

optado por quedarse cruzada de brazos en lugar de invocar los recursos judiciales disponibles de acuerdo con la ley ecuatoriana.

302. La Demandante[] ha iniciado este arbitraje con respecto a una violación judicial que *teóricamente podría ocurrir en el futuro*. Esto contraviene la definición de “diferencia relativa a inversiones” en el Artículo VI del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos y el derecho internacional general. Como resultado, el Tribunal no tiene competencia para conocer de los reclamos de la Demandante.

3. Los reclamos de la Demandante son inadmisibles porque no están listos para solución

303. Conforme se advirtió previamente, las Partes están de acuerdo en que un reclamo de denegación de justicia puede estar listo y procesable solo una vez que se han agotado todos los recursos internos⁵¹⁶. Y cuando un reclamo no está listo para solución, es inadmisibile. En el presente caso, la Demandante a propósito no ha logrado ejercer sus derechos a reparación disponibles de acuerdo a la ley ecuatoriana⁵¹⁷.

304. Las cuestiones sobre admisibilidad son problemas preliminares que impiden la consideración del fondo de la cuestión. Por lo tanto aunque las razones podrían estar *conectadas* con el fondo, no son lo mismo⁵¹⁸. Los tribunales internacionales han enfatizado que, cuando un reclamo es prematuro, es inadmisibile⁵¹⁹. Por ejemplo, en el arbitraje de *Aminoil*, el tribunal rechazó los intentos de la parte demandante de impugnar una ley que nacionalizaba el caso de la concesión de *Aminoil*. El tribunal sostuvo que podía considerar un reclamo de expropiación solo después que se hayan adoptado medidas concretas⁵²⁰. De manera similar, en el caso *Glamis Gold*, un tribunal constituido bajo la CNUDMI concluyó que las meras amenazas de expropiación “no eran suficientes para hacer que un reclamo de esa clase estuviera listo”⁵²¹.

⁵¹⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 375; Primer Dictamen Pericial de Paulsson, ¶¶ 53-54.

⁵¹⁷ Una evaluación *ex ante* de las maquinaciones del sistema judicial de Ecuador está manifiestamente fuera de la jurisdicción de este Tribunal. Ecuador y los Estados Unidos no estuvieron de acuerdo en una jurisdicción tan amplia bajo el TBI, y Merck no ha probado lo contrario.

⁵¹⁸ Véase *Enron Corp. and Ponderosa Assets v. Argentine Republic*, Caso CIADI ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (14 de enero de 2004) (Orrego Vicuña, Gros Espiell, Tschanz), ¶ 33 (RLM-87).

⁵¹⁹ Véase *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción (29 de enero de 2004) (El-Koshi, Crawford, Crivellaro) (CLM-77).

⁵²⁰ *Aminoil v. Kuwait*, Laudo Final (24 de marzo de 1982), 21 I.L.M. 976, p. 1026 (RLA-142). Véase también *Mariposa Development Company and Others (United States) v. Panama*, Decisión (27 de junio de 1933), 6 U.N.R.I.A.A. 338, p. 341 (RLA-150).

⁵²¹ *Glamis Gold*, ¶ 328 (RLA-93).

305. Por las razones antes observadas, la negativa de la Demandante a permitir que las Cortes Ecuatorianas corrigieran los supuestos ilícitos significa que el reclamo de la Demandante basado en el Tratado fracasa, tanto de hecho como en derecho.

4. El Tribunal no tiene jurisdicción debido a que el inicio de este arbitraje por parte de Merck es un abuso del proceso

306. Está fuera de duda que la prohibición de abuso del proceso es un principio general del derecho internacional. Por las razones que se describen a continuación, y conforme se ha analizado previamente en este capítulo, el presente arbitraje es tan prematuro que resulta abusivo.

a. La Demandante comenzó este arbitraje en forma apresurada

307. Al inicio, la Demandante inició este arbitraje en contravención del claro principio del derecho internacional que dice que no puede haber ningún reclamo por denegación de justicia sino *después que* (a) la Demandante haya agotado sus derechos a remediación en el sistema judicial ecuatoriano, y (b) el sistema *como un todo* se haya pronunciado. Al mismo tiempo que su Solicitud de Arbitraje, la Demandante presionaba con vigor una apelación ante la CNJ, cuyo resultado no podía conocerse.

308. Durante todo el desarrollo de este arbitraje, la Demandante se ha visto en varias ocasiones en la necesidad de informar al Tribunal sobre acontecimientos contemporáneos en los tribunales ecuatorianos⁵²². Por sí solo, esto demuestra que aún no se ha otorgado al sistema judicial ecuatoriano la oportunidad, según exige el derecho internacional, para resolver finalmente las cuestiones planteadas por la Demandante. La Demandante deseaba simplemente un tribunal “en espera” para “monitorear” el litigio ecuatoriano subyacente. Esto es un abuso del proceso de arbitraje basado en el tratado de inversión, y una violación de

⁵²² Véase Cartas de la Demandante de 25 de septiembre de 2012 (en la cual se anuncia al Tribunal el pronunciamiento de la primera decisión de la CNJ); 6 de noviembre de 2012 (en la cual se anuncia al Tribunal la decisión de la CNJ sobre la aclaración de la primera decisión de la CNJ); 12 de diciembre[] de 2012 (en la cual se anuncia al Tribunal la presentación de Prophar de una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional de Ecuador); 4 de febrero de 2013 (en la cual se anuncia al Tribunal la admisión de la acción extraordinaria de protección de PROPHAR por parte de la Corte Constitucional); 13 de marzo de 2013 (en la cual se anuncia al Tribunal la sentencia de la Corte Constitucional en la cual se anula la decisión de la CNJ); y 14 de noviembre de 2014 (en la cual se anuncia al Tribunal la sentencia de la CNJ). En realidad, la continua espera de solución de los procesos en los tribunales ecuatorianos indujo a la Demandante a solicitar que el Tribunal suspendiese la acción adicional sobre su solicitud de medidas provisionales. Véase Cartas de la Demandante de 28 de septiembre de 2012, p. 1; 16 de enero de 2013, p. 1; y 4 de febrero de 2013, p. 2. La Demandante finalmente retiró su solicitud precisamente por la misma razón. Véase Carta de la Demandante al Tribunal (11 de marzo de 2013), p. 1.

la obligación de la Demandante de arbitrar de buena fe⁵²³. Este Tribunal debería sancionar esa clase de conducta a través del ejercicio de sus potestades inherentes para desestimar la jurisdicción sobre cada uno de los reclamos de la Demandante⁵²⁴.

b. El abuso del proceso implica la jurisdicción del Tribunal

309. De acuerdo al principio de “abuso del proceso”, los tribunales internos podrán desestimar una acción para impedir el mal uso del procedimiento judicial⁵²⁵. Como puede entenderse, los tribunales tienen un amplio marco de competencias para desestimar procedimientos por esas razones. El extinto Sir Hersch Lauterpacht reconoció esto cuando dijo que “no existe ningún [...] derecho, independiente de cuán bien establecido estuviere, al cual en algunas circunstancias, no pueda negársele reconocimiento debido a que ha habido abuso”⁵²⁶.

310. Una determinación de “abuso del proceso”, o “abuso de derechos”, se debe hacer en cada caso, tomando en cuenta todas las circunstancias pertinentes⁵²⁷. Cuando está presente un “abuso del proceso”, el tribunal o la corte correspondiente posee la potestad de rechazar la jurisdicción sobre los reclamos de la parte demandante⁵²⁸. Este Tribunal, al igual que

⁵²³ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Decisión sobre Medidas Preliminares (23 de junio de 2008) (Hwang, Álvarez, Berman) (“*Libananco*”), ¶ 78 (RLA-170) (donde se expresa: “El Tribunal tampoco duda ni por un momento que, al igual que cualquier otro tribunal internacional, deba considerarse dotado de las potestades inherentes que se requieren para proteger la integridad de su propio proceso – incluso si los recursos que tuviere a su disposición fueren necesariamente diferentes de aquellos que podrían estar disponibles para un tribunal judicial interno en un Estado Miembro del CIADI. El Tribunal expresaría el principio en el sentido de que las partes tienen una obligación de arbitrar con justicia y de buena fe y que un tribunal arbitral tiene la jurisdicción inherente para asegurar que se cumpla esta obligación; este principio se aplica en todo arbitraje, incluido el arbitraje relacionado con inversiones, y a todas las partes, incluidos los Estados (incluso en el ejercicio de sus potestades soberanas”).).

⁵²⁴ Véase, v.g., *EDF (Services) Limited v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Orden Procesal No. 2 (30 de mayo de 2008), ¶ 46 (RLA-82) (“Es parte de las potestades procesales inherentes de un tribunal arbitral, sea que éste actúe dentro del marco de un arbitraje comercial internacional o de un arbitraje basado en un tratado de inversiones en conformidad con la Convención del CIADI, a fin de garantizar que el funcionamiento apropiado del proceso de solución de diferencias esté salvaguardado”).

⁵²⁵ O, en las palabras autoritativas de la Cámara de los Lores del Reino Unido, para evitar el riesgo de “desacreditar la administración de justicia entre personas honestas”. *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police and Others*, [1981] UKHL 13 (19 de noviembre de 1981), p. 1 (RLA-141). Véase también *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Caso CIADI No ARB(AF)/00/3, Decisión sobre Objeción Preliminar de México concerniente a los Procesos Previos (26 de junio de 2002) (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez) (“*Waste Management*”), ¶¶ 49-50 (CLM-268) (donde se ratifican las potestades inherentes del tribunal para proteger la integridad del proceso arbitral).

⁵²⁶ H. Lauterpacht, *THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW BY THE INTERNATIONAL COURT* (1958), p. 164 (CLM-339).

⁵²⁷ *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción (10 de junio de 2010) (Guillaume, Kaufmann-Kohler, El-Kosheri), ¶ 177 (RLA-99).

⁵²⁸ *Phoenix Action, Ltd v. the Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Decisión sobre Jurisdicción (15 de abril de 2009) (Stern, Bucher, Fernández-Armesto) (“*Phoenix Action*”), ¶¶ 143-144 (RLA-92); *ST-AD GmbH (Germany) v. The Republic of Bulgaria*, Caso PCA No. 2011-06, CNUDMI (TBI entre Bulgaria y Alemania), Laudo sobre Jurisdicción (18 de julio de 2013) (Stern, Klein, Thomas) (“*ST-AD GmbH*”), ¶¶ 423 (RLA-124);

cualquier otro, está investido de las potestades inherentes para proteger la integridad de su propio proceso⁵²⁹. Además, el Artículo 15(1) de las Reglas de la CNUDMI otorga una amplia discreción a los tribunales en tratados de inversiones⁵³⁰. (Esta disposición puede compararse con la Regla 19 correspondiente de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, la cual está redactada en sentido más restringido⁵³¹).

311. La Demandante no cuestiona la existencia, o la aplicación, de la doctrina del “abuso del proceso”. En realidad, la Demandante está de acuerdo en que, si un tribunal hallare un abuso de derechos, el tribunal puede decidir no conocer de los reclamos de la parte demandante⁵³². La Demandante también está de acuerdo en que un tribunal puede determinar un “abuso del proceso” si una parte ha actuado de manera “irrazonable”⁵³³. Dada su débil posición, la Demandante hace mal uso de las autoridades legales para apoyar su formulación restringida de “abuso de derechos”. Estos errores se describen de manera breve a continuación.

312. *Primero*, la Demandante atribuye erróneamente una disposición del Código Civil Mexicano a las opiniones del extinto Profesor Ian Brownlie sobre el principio de “abuso del proceso”. Al respecto, la Réplica de la Demandante dice:

Conforme el Profesor Brownlie explica, los tribunales internacionales han provisto ‘*apoyo limitado*’ a la doctrina de abuso del proceso, reconociendo su aplicabilidad solo en casos en los cuales se ‘haya ejercido un derecho *solo con el fin de causar [...] daño, sin ninguna ventaja* para la persona facultada para ejercer el derecho’⁵³⁴.

313. Estos puntos de vista precedentes *no* fueron del Profesor Brownlie. Mas bien, el Profesor Brownlie meramente citó el Artículo 1912 del Código Civil Mexicano; no se

Lao Holdings N.V. v. The Lao People’s Democratic Republic, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6, Decisión sobre Jurisdicción (21 de febrero de 2014) (Binnie, Hanotiau, Stern) (“*Lao Holdings*”), ¶ 81 (RLA-126).

⁵²⁹ *Libananco*, ¶ 78 (RLA-170).

⁵³⁰ El Artículo 15(1) de las Reglas de la CNUDMI dispone que: “En sujeción a estas Reglas, el tribunal arbitral podrá llevar a cabo el arbitraje de la manera que considerare apropiada, a condición de que las partes sean tratadas con igualdad y que en toda fase de los procesos cada parte reciba oportunidad plena de presentar su caso”.

⁵³¹ La Regla 19 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI dispone que: “El Tribunal dictará las órdenes que se requieran para la conducción del proceso”.

⁵³² Réplica de la Demandante, ¶ 69 nota a pie de página 27 (*donde se cita The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo (6 de mayo de 2013) (Berman, Donovan, Lalonde), ¶ 115 (CLM-364)).

⁵³³ Réplica de la Demandante, ¶ 70 (en la cual Merck admite: “Los tribunales internacionales han rechazado de manera sistemática los reclamos por abuso del proceso en ausencia de prueba clara de que la parte que se alega ha participado en un abuso del proceso ha ejercido sus derechos de manera *irrazonable* o de mala fe”). (énfasis agregado); véase también *Phoenix Action*, ¶ 100 (RLA-92)..

⁵³⁴ Réplica de la Demandante, ¶ 68 (énfasis en el original) (*donde se cita* I. Brownlie, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (2008) (“Brownlie”), p. 444 (CLM-301)).

aventuró a decir que la disposición era su *propia* comprensión del “abuso de derechos” bajo el derecho internacional. En beneficio del Tribunal, se reproducen a continuación las palabras exactas del Profesor Brownlie:

Varios sistemas de derecho conocen la doctrina del abuso de derechos, ejemplificada en el Artículo 1912 del Código Civil Mexicano: ‘Cuando se causa daño otro mediante el ejercicio de un derecho, existe la obligación de compensarla íntegramente si se probare que se ha ejercido el derecho solo con el fin de causar el daño, sin ninguna ventaja para la persona a la cual se ha otorgado el derecho’⁵³⁵.

314. *Segundo*, la Demandante cita ciertas autoridades del CIADI, en un intento de demostrar que desestimar un caso por “abuso del proceso” es una suerte de acción extrema⁵³⁶. Pero la Demandante malinterpreta precisamente los casos que emplea. Las autoridades que utiliza en realidad apoyan la proposición de que un “abuso del proceso” debe respaldarse con prueba suficiente; esos casos no apoyan las limitaciones legales que la Demandante pretende leer donde no constan⁵³⁷. Por ejemplo, en *Bayindir v. Pakistan*, el tribunal meramente sostuvo que hacer un planteamiento al final de la audiencia jurisdiccional no equivale, en sí mismo, a un “abuso del proceso”⁵³⁸. Lo que es más preocupante – y contrario al argumento legal de la Demandante⁵³⁹, el tribunal en *Saipem v. Bangladesh en realidad sí halló un abuso de derecho*⁵⁴⁰. De hecho, la decisión del tribunal en *Saipem* no podía haber sido más clara. Ese tribunal determinó que las acciones de Bangladesh habían frustrado el proceso de arbitraje ante el CIADI. El razonamiento del tribunal se presenta a continuación:

Por todas estas razones, el Tribunal considera que las cortes de Bangladesh abusaron de su jurisdicción supervisora sobre el proceso arbitral. Es verdad que la revocación de la facultad de un árbitro puede ordenarse de manera legítima en caso de conducta indebida. También es verdad que al emitir dicha orden los tribunales nacionales sí tienen discreción sustancial. Sin embargo, estos no pueden usar su jurisdicción para revocar a los árbitros por razones totalmente inconexas con dicha conducta

⁵³⁵ Brownlie, p. 444 (CLM-301) (donde se cita el Código Civil Mexicano) (se han omitido las citas internas).

⁵³⁶ Réplica de la Demandante, ¶ 70 nota a pie de página 28.

⁵³⁷ V.g., *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción (27 de septiembre de 2012) (Kaufmann-Kohler, Lalonde, Stern), ¶ 297 (CLM-259) (cuando el tribunal concluyó, basado en los hechos, que las demandantes no habían urdido pruebas o participado en fraude con el fin de obtener acceso al arbitraje en el CIADI; por ende, no hubo ningún abuso del proceso).

⁵³⁸ *Bayindir*, ¶ 172 (CLM-1).

⁵³⁹ Véase Réplica de la Demandante, ¶ 70 nota a pie de página 28. Merck argumenta erróneamente que no se determinó ningún “abuso del proceso” en ese caso.

⁵⁴⁰ *Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/07/05, Laudo (30 de junio de 2009) (Kaufmann-Kohler, Schreuer, Otton), ¶¶ 159, 161 (CLM-75).

indebida y los riesgos que esto conlleva para la solución imparcial de la diferencia. Tomados en conjunto, el estándar para revocación que usaron los tribunales de Bangladesh y la manera en la cual el juez aplicó ese estándar a *los hechos constituyeron en realidad un abuso de derechos*⁵⁴¹.

315. El tribunal en *Pac Rim v El Salvador*, otra decisión que la Demandante cita, en realidad señaló que evaluar el “abuso del proceso” como una cuestión de la jurisdicción o la decisión fue, en esencia la misma cosa⁵⁴².

316. *Tercero*, los tribunales en casos entre inversionistas y Estados han rechazado sin vacilación reclamos debidos a “abuso del proceso”, al contrario de lo que la Demandante implica⁵⁴³. En particular, los tribunales han sostenido que, cuando se ha establecido un “abuso de proceso”, es *innecesario proceder al fondo del caso*⁵⁴⁴. En fecha más reciente, en *ST-AD GmbH v. Bulgaria*, un tribunal constituido bajo las Reglas de la CNUDMI consideró que la parte demandante había cometido un “abuso” del sistema de arbitraje de inversiones porque la parte demandante había intentado urdir una diferencia que no tenía derecho a plantear⁵⁴⁵.

317. *Cuarto*, la Demandante argumenta además que “un abuso del proceso implica la jurisdicción del tribunal solo si implica una “cuestión de consentimiento”⁵⁴⁶. Una vez más, la Demandante lee limitaciones en casos previos en los cuales éstas no existen. El “abuso de

⁵⁴¹ *Id.*, ¶ 159 (énfasis agregado).

⁵⁴² *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Jurisdiccionales de la Demandada (1 de junio de 2012) (Veeder, Tawil, Stern), ¶ 2.10 (CLM-258) (donde se dice que: “Al llegar a esta decisión, el Tribunal ha advertido que la objeción jurisdiccional de la Demandada basada en Abuso del Proceso por parte de la Demandante no funciona, en teoría, como un impedimento para la existencia de la jurisdicción del Tribunal, sino mas bien, como una prohibición para el ejercicio de esa jurisdicción, suponiendo necesariamente que la jurisdicción existe. Para los fines presentes, el Tribunal considera que ésta es una distinción sin una diferencia”).

⁵⁴³ *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic and BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuegoína, SRL and Pan American Continental SRL v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/13 & ARB/04/8, Decisión sobre Objeciones Preliminares (27 de julio de 2006) (Caflich, Stern, van den Berg) (“Pan American”), ¶ 52 (RLM-46); *Phoenix Action*, ¶¶ 143-144 (RLA-92); *ST-AD GmbH*, ¶ 423 (RLA-124); *Lao Holdings*, ¶ 81 (RLA-126).

⁵⁴⁴ *Phoenix Action*, ¶ 100 (RLA-92) (donde se afirma que la buena fe era un requisito jurisdiccional); *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo (16 de agosto de 2007) (Fortier, Cremades, Reisman), ¶¶ 396-404 (RLA-78) (donde se desestima un reclamo por razones jurisdiccionales debido a la falta de buena fe de la demandante); *Pan American*, ¶ 52 (RLM-46) (donde se ratifica que el tribunal debería examinar si los reclamos cometen o no abuso en la fase jurisdiccional).

⁵⁴⁵ *ST-AD GmbH*, ¶ 423 (RLA-124).

⁵⁴⁶ Réplica de la Demandante, ¶¶ 72-73.

proceso” va ciertamente más allá de cuestiones de consentimiento: tiene que ver con el principio esencial de que las partes deben acatar el principio de la buena fe⁵⁴⁷.

318. *Quinto*, el argumento de la Demandante también ignora las amplias potestades que este Tribunal posee de acuerdo al Artículo 15(1) de las Reglas de la CNUDMI para regular los procesos⁵⁴⁸. Por ejemplo, en *Waste Management II v. Mexico*, tanto las partes como el tribunal reconocieron que había una potestad inherente de impedir un “abuso de proceso”. En ese caso, México había argumentado que el inicio de procesos en serie por parte de la demandante ante las cortes internas y dos tribunales arbitrales fue un “abuso de proceso” y “que el Tribunal debería ejercer su potestad inherente para impedir tal abuso”⁵⁴⁹. El tribunal estuvo de acuerdo, y dijo que esa potestad existía “con el fin de proteger la integridad de los procesos del Tribunal o tratar reclamos genuinamente vejatorios”⁵⁵⁰.

319. En el presente caso, existe un cúmulo de pruebas para apoyar una determinación de “abuso del proceso”. Conforme se demostró con anterioridad, la reparación constitucional en los tribunales ecuatorianos era un recurso disponible y efectivo que la Demandante optó por ignorar. De hecho, la Demandante se ha rehusado de manera sistemática a actuar para promover sus intereses en el litigio ecuatoriano subyacente⁵⁵¹. En cambio, la Demandante ha optado por usar el proceso de arbitraje internacional al amparo del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos como una póliza de seguro. Al proceder así, ha cometido un abuso de proceso.

5. Conclusión

320. A fin de recapitular, la Demandante inició de manera apresurada este arbitraje bajo las Reglas de la CNUDMI. Este apresuramiento se evidencia por los reclamos prematuros y una diferencia legal hipotética urdida como una base para la jurisdicción de este Tribunal. Este intento de beneficiarse de un tribunal “en espera” también es un “abuso de proceso”. El

⁵⁴⁷ Véase en general, *Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey*, Caso CIADI No. ARB(AF)06/2, Laudo (17 de septiembre de 2009) (Tercier, Lalonde, Thomas) (RLA-173); *Phoenix Action* (RLA-92).

⁵⁴⁸ El Artículo 15(1) de las Reglas de la CNUDMI dispone que el tribunal arbitral podrá conducir los procesos de la manera que considerare apropiada. Se dice que la disposición refleja la flexibilidad procesal que se considera en general como una de las principales ventajas del arbitraje internacional. D. Caron, et al., *THE CNUDMI ARBITRATION RULES: A COMMENTARY* (2006), p. 26 (RLM-85(bis)).

⁵⁴⁹ *Waste Management*, ¶ 48 (CLM-268).

⁵⁵⁰ *Id.*, ¶ 49. Con base en los hechos, el tribunal determinó que no había tenido lugar esa clase de abuso, y dijo: “En particular, el Tribunal no considera que, con la prueba que tiene a su disposición, no existe ninguna base para decir que el presente reclamo se planteara de mala fe o que no sea un reclamo *bona fide*”. *Id.*, ¶ 50.

⁵⁵¹ En palabras de la CDI, una parte demandante que desee actuar en apego al requisito de agotamiento de los recursos locales “debe demostrar que quiere ganar el caso”. Report of the International Law Commission on the work of its 29th Sess., Doc. A/32/10, [1977 II/2] YILC. 31, U.N. Doc. A/CN.4/SER. A/1977 Add. I (Part 2), p. 47 (RLA-27)..

Tribunal debe sancionar este abuso desestimando los reclamos de la Demandante en su totalidad.

V. INCLUSO SI LA SENTENCIA DE LA CNJ CONSTITUYERA EL PRODUCTO FINAL DEL SISTEMA JUDICIAL ECUATORIANO, LOS RECLAMOS DEBEN DESESTIMARSE POR EL FONDO DEBIDO A QUE MERCK NO HA LOGRADO PROBAR QUE SUFRIERA UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA U OTRA VIOLACIÓN DEL TRATADO

A. Introducción

321. Además de la omisión de Merck en agotar los recursos disponibles y efectivos en el sistema judicial ecuatoriano antes de presentar sus reclamos de denegación de justicia en el ámbito internacional, ni los procesos ante la CNJ ni la decisión de la CJN de noviembre de 2014 que fueron el resultado de esos procesos constituyen una denegación de justicia u otra violación del Tratado. Como consecuencia, incluso si los reclamos de Merck no fueren irremediablemente prematuros, estos aun así deben desestimarse por falta de fundamento jurídico.

B. Ecuador no falsea el estándar aplicable para determinar una denegación de justicia

322. Merck alega que Ecuador “falsea”⁵⁵² el estándar legal aplicable para determinar una denegación de justicia, con respecto a la cual Merck plantea tres alegaciones particulares.

323. *Primera*, Merck alega que Ecuador busca imponerle la obligación de establecer tanto “procesos fundamentalmente parcializados” y un resultado “flagrantemente injusto”⁵⁵³. Ecuador no busca tal cosa. La cuestión aquí es que Merck no pudo cumplir los altos límites que se exigen a las partes demandantes para la denegación de justicia por razones sea sustantivas o procesales.

324. *Segunda*, la Demandante argumenta que los reclamos de denegación de justicia no están sujetos a un estándar de una “prueba clara y convincente”⁵⁵⁴. La Demandante está equivocada. Un estándar de la prueba “clara y convincente” es aplicable a reclamos de denegación de justicia, en particular aquellos que involucren alegaciones de corrupción u otras formas de falta de probidad judicial.

325. Por último, la Demandante argumenta que la prueba circunstancial de corrupción podrá incluir “prueba de corrupción sistémica en Ecuador” en la forma de varios informes

⁵⁵² Réplica de la Demandante, p. 65 (“Ecuador describe mal el estándar aplicable”) (énfasis agregado).

⁵⁵³ Réplica de la Demandante, ¶ 297.

⁵⁵⁴ Réplica de la Demandante, ¶ 305.

generales por país⁵⁵⁵. Ecuador demostrará que la prueba *general* de corrupción en un país – incluso si pudiera decirse que existe en Ecuador – es insuficiente para probar que ha ocurrido una denegación de justicia en un caso *particular*; y podría decirse que la prueba circunstancial es suficiente solo si *no da cabida a ninguna duda razonable* en cuanto a la responsabilidad de la Demandada por una denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional.

326. Las siguientes secciones explican en detalle la posición de Ecuador sobre el estándar aplicable para determinar una denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional.

1. Merck debe satisfacer los altos límites que se exigen para un reclamo de denegación de justicia por razones sea sustantivas o procesales

327. La cita de Ecuador tomada del caso *Arif v. Moldova* establece, de acuerdo a la Demandante, que la opinión de Ecuador es que una parte demandante debe establecer tanto “procesos fundamentalmente parcializados” y un resultado “flagrantemente injusto”. No lo es. Ecuador ha aceptado que una denegación de justicia podría originarse en “procesos fundamentalmente parcializados” o un resultado sustantivo “flagrantemente injusto”⁵⁵⁶.

328. Al mismo tiempo, la Demandante no puede y, de hecho, no cuestiona los límites *incuestionablemente* altos que se aplican en *cualquier* caso. Simplemente es indiscutible que “un tribunal de arbitraje internacional no es un órgano de apelación y que su función no es corregir errores en derecho procesal interno o derecho sustantivo que podrían haber cometido los tribunales nacionales”⁵⁵⁷. El estándar aplicable es “estricto”⁵⁵⁸, lo cual explica por qué

⁵⁵⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 677.

⁵⁵⁶ De acuerdo a algunos analistas, incluido el perito de la Demandante, Profesor Paulsson, una denegación de justicia “es siempre procesal. Puede haber casos extremos donde la prueba del proceso fallido es que la sustancia de una decisión es tan flagrantemente injusta que posiblemente ningún tribunal honesto o competente podría haberla emitido”. J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), p. 98 (RLA-68(bis)). Ecuador concuerda con otros analistas en que este enfoque “no es nada más que un camuflaje semántico para lo que equivale a una revisión del resultado sustantivo producido por el tribunal interno. Un tribunal internacional no puede hacer inferencias a partir de una injusticia causada por un error sustantivo a menos que haya determinado que en realidad ha habido un error sustantivo a través de una evaluación de la ley interna aplicable y que éste sea un error particularmente grave”. Z. Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63(4) ICLQ 867 (2014), pp. 882-883 (RLA-189). Puesto que la Demandante no cuestiona que independientemente del enfoque adoptado los errores sustantivos están sujetos al mismo límite alto, esta dicotomía teórica no es pertinente para la presente diferencia.

⁵⁵⁷ *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Laudo (22 de junio de 2010) (Böckstiegel, Hobér, Crawford) (“*Liman Caspian*”), ¶ 274 (RLA-181) (“El Tribunal enfatiza que un tribunal de arbitraje internacional no es un órgano de apelación y que su función no es corregir errores en derecho procesal interno o derecho sustantivo que podrían haber cometido los tribunales nacionales. El Tribunal enfatiza que el límite del ilícito internacional de denegación de justicia es alto y *va mucho más allá* de la mera aplicación errónea de la ley interna”). (énfasis agregado). Véase también Z. Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, 63(4) ICLQ 867, p. 897 (RLA-189). (Donde se advierte que “en general se acepta que ninguna responsabilidad delictual con

históricamente los Tribunales han determinado rara vez que un Estado ha denegado justicia a una parte demandante sobre cualquier base, de la naturaleza que fuere.

329. Cuando se trata de reclamos de denegación de justicia fundamentados en casos de un resultado sustantivo cuestionable, el propio perito de Merck ha sugerido que la decisión del tribunal debe ser “*tan flagrante* que sea *inexplicable* de otro modo que no sea como [una expresión] de arbitrariedad o manifiesta incompetencia”⁵⁵⁹. Y como la propia Merck sugiere⁵⁶⁰, un reclamo por denegación de justicia que sea válido podrá existir si éste “*impresiona* a un sentido de probidad judicial”⁵⁶¹. Esto, Ecuador estaría de acuerdo con el perito de Merck, es una “prueba *extrema*” que exige, conforme Ecuador ha señalado en su Memorial de Contestación, el cometimiento de un error “que *ningún juez competente* podía *en términos razonables* haber cometido”⁵⁶². Siendo ese el caso, incluso si las decisiones de los tribunales ecuatorianos fuesen injustos por el fondo – un reclamo que se rechaza – la diferencia de opinión de los peritos ante este Tribunal por sí sola deja en claro precisamente cuánto podrían diferir mentes razonables acerca del resultado de la diferencia⁵⁶³.

330. Puede presuponerse que, debido a que “la esencia de una decisión” debe ser “tan flagrantemente injusta”⁵⁶⁴ que incluso podría decirse que contribuye a la determinación de una denegación de justicia basada en la esencia que Merck trata con tanta desesperación de probar que éste sea un caso de procedimiento inapropiado. Sin embargo, aquí también, Merck retiene las pruebas, cita en forma selectiva las fuentes con la intención de subestimar lo que

respecto a nacionales extranjeros puede originarse de una ‘interpretación inverosímil’ de la ley nacional por parte de los tribunales nacionales”).

⁵⁵⁸ *White Industries Australia Limited v. Republic of India*, CNUDMI (TBI entre Australia y la India), Laudo Final (30 de noviembre de 2011) (Rowley, Brower, Lau), ¶ 5.2.11 (CLM-114) (“La prueba para la denegación de justicia es estricta”).

⁵⁵⁹ J. Paulsson, *DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW* (2005), p. 205 (RLA-68(bis)) (énfasis agregado).

⁵⁶⁰ Réplica de la Demandante, ¶ 300.

⁵⁶¹ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre de 2008) (Kaufmann-Kohler, de mayo deer, Stern) (“*Jan de Nul* (Laudo)”), ¶ 193 (RLA-84).

⁵⁶² *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. Republic of Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo (30 de julio de 2009) (Paulsson, árbitro único), ¶ 94 (RLA-94) (énfasis agregado).

⁵⁶³ Véase *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) (Cremades, Hanotiau, Knieper), ¶ 481 (RLA-120) (“En otras palabras, el Tribunal confronta una cuestión compleja del derecho procesal de Moldavia que ha recibido respuestas diferentes y contradictorias del sistema judicial y de peritos letrados sobre la ley de Moldavia. Ambas interpretaciones se basan en argumentos y en palabras y objetivos de la ley. El Tribunal no está en una posición y no tiene competencia para tomar partido en esta controversia. Si intentase, actuaría en realidad como un tribunal de apelaciones sobre decisiones del sistema judicial de Moldavia”). Véase también *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo (18 de noviembre de 2014) (Fernández-Armesto, Álvarez, Vinuesa), ¶ 687 (RLA-200).

⁵⁶⁴ J. Paulsson, *DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW* (2005), p. 98 (RLA-68(bis)) (“Puede haber casos extremos donde la prueba del proceso fallido es que la esencia de una decisión es tan flagrantemente injusta que posiblemente ningún tribunal honesto o competente podía haberla dictado”).

sin duda tiene la finalidad de ser un límite alto (con un alto estándar de la prueba, como se demuestra más adelante). Así la referencia del perito de Merck a la idoneidad de la prueba “suficiente” de “conducta procesal indebida”⁵⁶⁵ le resta importancia al límite sumamente alto de lo que sería en realidad “suficiente” en este contexto. Conforme el Tribunal en *Liman Caspian v. Kazakhstan* dejó en claro, las Demandantes deben demostrar “que el sistema judicial ha fracasado *fundamentalmente*”⁵⁶⁶. Esta clase de fracaso, de acuerdo al Tribunal, “debe establecerse principalmente en casos de errores procesales *mayores* [...]”⁵⁶⁷. El tribunal en *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Ecuador* sostuvo asimismo que

[L]a prueba para establecer una denegación de justicia fija [...] un *limite alto*. Si bien el estándar es objetivo y no requiere una demostración abierta de mala fe, no obstante requiere la demostración de ‘una *deficiencia particularmente grave*’ y una *conducta atroz* que ‘conmociona, o por lo menos sorprende, a un sentido de probidad judicial’⁵⁶⁸.

331. Ecuador niega que haya ocurrido *algunas* irregularidades procesales en los términos de la ley ecuatoriana o el derecho internacional, mucho menos, a la luz de la decisión de la CNJ, que su sistema “fallara *fundamentalmente*”, como necesitaría hacerlo para que los reclamos de Merck a manera de conclusiones infundadas resistieran el escrutinio⁵⁶⁹. Cuando se considera no solo la “naturaleza exigente”⁵⁷⁰ de los reclamos de denegación de justicia, sino también que Merck debe probar su reclamo mediante prueba *clara y convincente* – conforme se demuestra más adelante – se vuelve claro precisamente cuán insostenible es la posición de Merck.

2. MSDIA debe probar su reclamo mediante prueba clara y

⁵⁶⁵ Segundo Informe Pericial del Profesor Jan Paulsson (8 de agosto de 2014), ¶ 22.

⁵⁶⁶ *Liman Caspian*, ¶ 279 (RLA-181). Véase también *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, CNUDMI (TBI entre Holanda y la República Eslovaca), Laudo Final (23 de abril de 2012) (Kaufman-Kohler, Wladimiroff, Trapl) (“*Oostergetel*”), ¶ 273 (CLM-146) (“a fin de satisfacer la prueba aplicable, *no bastará con reclamar que se ha violado la ley municipal, que la decisión de un tribunal nacional es errónea, que se ha conducido un procedimiento judicial de manera incompetente, o que las acciones del juez en cuestión han estado motivadas probablemente por la corrupción*. Una denegación de justicia implica la falla de un sistema judicial como un todo para satisfacer estándares mínimos”). (énfasis agregado).

⁵⁶⁷ *Liman Caspian*, ¶ 279 (RLA-181).

⁵⁶⁸ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 34877, CNUDMI, Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo de 2010) (Böckstiegel, Brower, van den Berg) (“*Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo)”), ¶ 244 (CLM-111) (se han omitido las citas internas) (énfasis agregado).

⁵⁶⁹ *RosInvestCo UK Ltd. v. Russian Federation*, SCC Arbitration V (079/2005), Laudo Final (12 de septiembre de 2010) (Böckstiegel, Steyn, Berman), ¶ 279 (CLM-141) (énfasis agregado).

⁵⁷⁰ *Jan de Nul* (Laudo), ¶ 209 (RLA-84) (“El Tribunal está consciente de que éste es un límite alto para que las Demandantes cumplan, pero éste refleja la naturaleza exigente del concepto de fraude y de un reclamo por denegación de justicia”). Véase también *Liman Caspian*, ¶ 274 (RLA-181) (“El Tribunal enfatiza que el límite del ilícito internacional de denegación de justicia es alto y va mucho más allá de la mera mala aplicación de la ley nacional”).

convinciente

332. Merck asevera que “Ecuador está equivocado en que los reclamos por denegación de justicia estén sujetos a un estándar probatorio más alto que otros reclamos basados en el derecho internacional”⁵⁷¹. Una vez más, no es así.

333. Merck basa su argumento en dos razones. *Primero*, y en respuesta a las autoridades que se citan en el Memorial de Contestación de Ecuador⁵⁷², ésta hace una aseveración unilateral, completamente infundada de que dicha autoridad “ya no es buena ley”⁵⁷³. Al contrario, existe abundante jurisprudencia – además de los casos a los cuales se hace referencia en el Memorial de Contestación de Ecuador – que apoyan la aplicación de un estándar de la prueba “clara y convincente” en el caso en cuestión. Así, en *Mondev v. United States*, el tribunal afirmó que

al final la cuestión es si, a nivel internacional y teniendo en consideración los estándares generalmente aceptados de la administración de justicia, un tribunal puede concluir a la luz de todos los hechos disponibles que la decisión impugnada fue *claramente* impropia y deshonrosa [...] ⁵⁷⁴.

334. El perito de Merck, Profesor Paulsson, afirma que sería “una acumulación injustificada de requisitos” aplicar límites sustantivos y probatorios altos”⁵⁷⁵. Esto no es más que la opinión personal del Profesor Paulsson puesto que él no cita ninguna autoridad para esta proposición. Podría recordarse que él presta ahora servicios activamente como abogado contra Ecuador en otro caso originado en el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos.

335. En todo caso, la opinión personal del Profesor Paulsson es equivocada. Tómese, por ejemplo, el Comentario de Baxter and Sohn a su Borrador de la Convención sobre la Responsabilidad de los Estados por perjuicios a Extranjeros. El Comentario dice que “el

⁵⁷¹ Réplica de la Demandante, ¶ 305.

⁵⁷² Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 276, nota a pie de página 424, en referencia a *United States of America (B. E. Chattin) v. United Mexican States*, United States-United Mexican States Claims Commission, Laudo Arbitral (23 de julio de 1927), 4 U.N.R.I.A.A. 282, p. 288 (CLM-120) (donde se dice que “la prueba *convinciente* es necesaria para asegurar la responsabilidad civil” por denegación de justicia) (énfasis agregado); *Great Britain (El Oro Mining and Railway Co. (Ltd.)) v. United Mexican States*, Decisión No. 55 (18 de junio de 1931), 5 U.N.R.I.A.A. 191, p. 198 (RLA-12) (“Es obvio que un reproche tan grave solo puede orientarse contra la autoridad judicial con pruebas de la *naturaleza más convincente*”). (énfasis agregado).

⁵⁷³ Véase Réplica de la Demandante, ¶ 308.

⁵⁷⁴ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2007) (Stephen, Crawford, Schwebel), ¶ 127 (RLA-54) (énfasis agregado). Véase también C. Greenwood, *State Responsibility for the Decisions of National Courts in ISSUES OF STATE RESPONSIBILITY BEFORE INTERNATIONAL JUDICIAL INSTITUTIONS* (M. Fitzmaurice et al eds., 2004), p. 58 (RLA-62) (“Solo si existiere prueba clara de discriminación contra un litigante extranjero o una falla atroz del sistema judicial existe una denegación de justicia en derecho internacional”).

⁵⁷⁵ Segundo Informe Pericial de Paulsson, ¶ 23.

extranjero debe soportar una *pesada carga* de probar que hubo un *indudable* error de la ley sustantiva o procesal que operara en su perjuicio”⁵⁷⁶. Es virtualmente imposible leer esta afirmación, pues presumiblemente el perito de Merck habría hecho que este tribunal hiciera, como si estuviese dirigida al límite “sustantivo” en lugar del límite “probatorio” que se aplica a los reclamos por denegación de justicia⁵⁷⁷. Al contrario, la frase “error indudable de la ley sustantiva o procesal” se refiere claramente a un error *acerca del cual* no existe ninguna duda, en lugar de referirse meramente a un error *cuya gravedad* es particularmente severa.

336. La segunda línea de ataque de la Demandante es en realidad un intento de engañar a este Tribunal omitiendo los análisis o citando de manera selectiva laudos tomados de otros tratados de inversiones. Merck se refiere, por ejemplo, a *Fuchs v. Republic of Georgia*, haciendo énfasis en la sugerencia del Tribunal de que, como una cuestión general, la “inmensa mayoría” de tribunales arbitrales “no han impuesto [...] ninguna carga de la prueba más allá de una preponderancia de la prueba”⁵⁷⁸. Lo que Merck no señala es que en ninguna parte en toda la opinión aparece la frase “denegación de justicia; el caso simplemente no concernió a reclamos de denegación de justicia. Esta omisión es particularmente elocuente a la luz del hecho que, *solo un solo después*, el Tribunal tiene cuidado al advertir que “en ciertas instancias, *podrá imponerse una carga más exigente a una parte demandante* [...]”⁵⁷⁹.

337. En realidad, citas selectivas de esta clase abundan en la Réplica de Merck. Merck cita *Saipem S.A. v. The People’s Republic of Bangladesh*; afirma que las partes “*estuvieron de acuerdo* en que un estándar de ‘la preponderancia de la prueba’ era aplicable a reclamos originados en la conducta de los tribunales de Bangladesh”⁵⁸⁰. Un examen más cuidadoso de la opinión del Tribunal revela sin embargo que lo que las partes “acordaron” en realidad fue que, mientras una “preponderancia de la prueba” fuere aplicable en ese caso particular, “el estándar para actos criminales, *como, por ejemplo, una conspiración y colusión del sistema*

⁵⁷⁶ Reproducido en F.V. García-Amador, et al., RECENT CODIFICATION OF THE LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS (1974), p. 198 (RLA-25(bis)) (énfasis agregado).

⁵⁷⁷ Segundo Informe Pericial de Paulsson, ¶ 23 (“El límite *sustantivo* de acuerdo a las normas del derecho internacional sobre denegación de justicia no deberá confundirse con el estándar *probatorio* que se aplica a dichos reclamos.”) (énfasis agregado).

⁵⁷⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 306 (énfasis omitido) (donde se cita *Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs v. Republic of Georgia*, Caso CIADI Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Laudo (28 de febrero de 2010) (Fortier, Vicuña, Lowe) (“*Ron Fuchs*”), ¶ 229 (CLM-244)).

⁵⁷⁹ *Ron Fuchs*, ¶ 230 (CLM-244) (énfasis agregado).

⁵⁸⁰ Réplica de la Demandante, ¶ 309 (donde se cita *Saipem S.p.A. v. People’s Republic of Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo (30 de junio de 2009) (Kaufmann-Kohler, Schreuer, Otton) (“*Saipem S.p.A.*”), ¶ 114 (CLM-75)) (énfasis en el original).

judicial de un Estado, tendría que cumplir un estándar más alto [...] esto es, fuera de toda duda razonable”⁵⁸¹.

338. Merck cita asimismo *Marion Unglaube & Richard Unglaube v. Republic of Costa Rica*, y señala con acierto que la afirmación del Tribunal que “el grado al cual la eviencia debe probarse puede resumirse en general como una ‘preponderancia de la prueba’, el ‘grado razonable de probabilidad’ o un ‘balance de probabilidades’⁵⁸². Sin embargo, una vez más, Merck omite de manera descuidada o intencional un punto crucial: en una nota a pie de página adjunta precisamente a la misma oración, el Tribunal afirma de manera explícita que “*algunos reclamos en el arbitraje internacional como, por ejemplo, la corrupción, requerirán una demostración más estricta de la ‘prueba clara y convincente’*”⁵⁸³. El Tribunal prosigue diciendo que “debido a que no se ha articulado ningún estándar único preciso, los tribunales finalmente ejercen la discreción en esta área”⁵⁸⁴.

339. Por último, Merck cita *Rompetrol Group N.V. v. Romania* como un ejemplo de un caso en el cual un tribunal se rehusó a “aplicar un estándar de prueba más elevado para un reclamo que alegaba mala conducta por parte de los fiscales”⁵⁸⁵. Incluso si las acciones de un funcionario del Poder Ejecutivo pudiera compararse en justicia con aquellos del sistema judicial, e incluso si Merck tuviere razón en que el tribunal en realidad se negara a aplicar un estándar de prueba más elevado en ese caso⁵⁸⁶, Merck no puntualiza que el Tribunal

⁵⁸¹ *Saipem S.p.A.*, ¶ 114 (CLM-75) (“Con respecto al estándar de la prueba, el planteamiento de Bangladesh es ‘que el estándar de la prueba es la prueba basada en un balance de probabilidades’ (Dúplica p. 21, ¶ 69), entendiéndose que ‘el estándar para actos criminales, como , por ejemplo, la conspiración y colusión del sistema judicial del Estado, deberá cumplir un estándar más alto [...] es decir más allá de toda duda razonable’ (Id. p. 33, ¶ 107). *Saipem no cuestionó este planteamiento*. El Tribunal se eximirá de emitir una decisión final sobre el estándar supuestamente más exigente para probar la conspiración y/o colusión, puesto que una determinación de esa naturaleza no es necesaria en el presente contexto.”) (énfasis agregado).

⁵⁸² Réplica de la Demandante, nota a pie de página 304 (donde se cita *Marion Unglaube & Richard Unglaube v. Republic of Costa Rica*, Caso CIADI Nos. ARB/08/01 and ARB/09/20, Laudo (16 de mayo de 2012) (Kessler, Berman, Cremades) (“*Unglaube & Unglaube*”), ¶ 34 (CLM-249)).

⁵⁸³ *Unglaube & Unglaube*, nota a pie de página 8 (CLM-249) (énfasis agregado) (donde se cita *EDF (Services) Limited v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo (8 de octubre de 2009) (Bernardini, Rovine, Derains) (“*EDF (Services)*”), ¶ 221 (CLM-302)).

⁵⁸⁴ *Unglaube & Unglaube*, ¶ 34 (CLM-249).

⁵⁸⁵ Réplica de la Demandante, nota a pie de página 311 (donde se cita *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo (6 de mayo de 2013) (Berman, Donovan, Lalonde) (“*Rompetrol Group*”), ¶ 182 (RLA-121)).

⁵⁸⁶ En el párrafo siguiente al que Merck cita, el tribunal escribe: “Por lo tanto, el Tribunal, a la vez que aplica la regla normal de la ‘preponderancia de la prueba’ como el estándar apropiado para la generalidad de las cuestiones fácticas que tiene ante sí, adoptará, si fuere necesario, un enfoque más matizado y decidirá en cada instancia discreta si una alegación de conducta gravemente ilícita por parte de un funcionario del Estado Rumano sea en el nivel administrativo o de formulación de políticas ha sido comprobada sobre la base de todo el cuerpo de pruebas directas o indirectas que se le han presentado”. *Rompetrol Group*, ¶ 183 (RLA-121) (énfasis agregado).

comparara de manera explícita la situación en ese caso con una situación que implicara alegaciones de “mala fe, o fraude, o corrupción”⁵⁸⁷. En realidad, el tribunal dijo además que

bien podría haber situaciones en las cuales, dada la naturaleza de una alegación de conducta ilícita (en el más amplio sentido, y a la luz de la posición de la persona en cuestión, un órgano resolutorio sería renuente a determinar que la alegación probada en ausencia de un peso suficiente de pruebas positivas – al contrario de puras probabilidades o pruebas circunstanciales. Pero las circunstancias particulares serían determinativas, y en opinión del Tribunal desafiarían la codificación. El Juez Higgins resume la cuestión de la mejor manera en términos generales y no prescriptivos, “*cuanto mayor sea la gravedad de la acusación, mayor será la confianza que debe haber en las pruebas que sirvan como base*”⁵⁸⁸.

340. Los reclamos de Merck son de la mayor gravedad posible. Conforme el Juez Tanaka escribió en su Opinión Separada en el caso *Barcelona Traction*,

Una cuestión de máxima gravedad es formular una acusación de una denegación de justicia frente a un Estado. Ésta involucra no solo la imputación de un estándar internacional inferior a un sistema judicial del Estado en cuestión, sino también una condena moral a ese sistema judicial⁵⁸⁹.

341. La Réplica de Merck hace una condena casi general al sistema judicial de Ecuador en los más altos niveles, cuando ésta alega “la falta de notificación y de la oportunidad de ser escuchada, la negativa a considerar las pruebas presentadas por un aparte, y las sentencias motivadas por sesgo o corrupción”⁵⁹⁰, por una parte; y la “prueba abrumadora e incuestionable de corrupción, sesgo, y violaciones manifiestas del debido proceso”⁵⁹¹, por otra parte. De hecho, es difícil imaginar alegaciones más graves que aquellas planteadas en este caso. La verdad es que Merck simplemente no puede beneficiarse de todos modos. Si ésta desea hacer estos reclamos infundados y abusivos, tendrá dificultad en negar que el peso de la autoridad legal – incluidas muchas de sus propias fuentes – exige estándares de la prueba más elevados precisamente en la clase de situación que está ahora ante el Tribunal.

3. Las pruebas generales de corrupción son insuficientes para demostrar que ha ocurrido una denegación de justicia en un caso

⁵⁸⁷ *Rompetrol Group*, ¶ 182 (RLA-121).

⁵⁸⁸ *Rompetrol Group*, ¶ 182 (RLA-121) (donde se cita *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Sentencia (6 de noviembre de 2003), Informes de la C.I.J. 2003, Separate Opinion of Judge Higgins, p. 234, ¶ 33 (CLM-86)).

⁵⁸⁹ Véase *Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) New Application*, Segunda Fase, Sentencia (5 de febrero de 1970), Informes de la C.I.J. 1970, Separate Opinion of Judge Tanaka, p. 160 (RLA-24).

⁵⁹⁰ Réplica de la Demandante, ¶ 296.

⁵⁹¹ Réplica de la Demandante, ¶ 316.

particular, y puede decirse que las pruebas circunstanciales son suficientes solo si no dan cabida a ninguna duda razonable

342. Merck alega que Ecuador ha adoptado la posición de que Merck “no podrá basarse en pruebas circunstanciales de corrupción o en pruebas ‘generalizadas’ de corrupción sistémica”⁵⁹². Ésta es otra falacia lógica que distorsiona lo que Ecuador ha argumentado en realidad.

343. A fin de aclarar los asuntos, Ecuador planteó con su Memorial de Contestación que los informes generales de la clase que Merck presentó están *lejos de ser* suficientes para satisfacer el estándar de la prueba que exigen los reclamos de denegación de justicia porque estos no guardan ninguna relación con el litigio subyacente⁵⁹³. Ecuador añade con el presente escrito que si las Demandantes pudieran alguna vez basarse exclusivamente en pruebas circunstanciales, dichas pruebas no deben estar *absolutamente fuera de toda duda razonable* en cuanto a la responsabilidad de la Demandada.

344. Cuando se trata de informes generales sobre las condiciones dentro de un país, el Tribunal en *Oostergetel v. Slovakia* afirmó de manera explícita que aunque los “informes generales deben tomarse con mucha seriedad como una cuestión de políticas, estos *no pueden sustituir a pruebas de una violación de un tratado en una instancia específica*”⁵⁹⁴. En otras palabras, las “meras insinuaciones” hechas con base en informes generales sobre el estado de cosas en un país dado son insuficientes para probar una denegación de justicia en un caso particular⁵⁹⁵. Por consiguiente, incluso si se llegare a aceptar que el sistema judicial de Ecuador combate la corrupción – ignorándose el hecho de que la propia fuente de Merck, el Departamento de Estado de los Estados Unidos, afirma que en general se “considera” que los tribunales civiles y administrativos de Ecuador “son independientes e imparciales”⁵⁹⁶ – dicha determinación por sí sola sería insuficiente para satisfacer la responsabilidad de Merck de probar la corrupción mediante prueba “clara y convincente”⁵⁹⁷.

⁵⁹² Réplica de la Demandante, ¶ 311 (donde se cita Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 277-279).

⁵⁹³ Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 277-278.

⁵⁹⁴ Véase *Oostergetel*, ¶ 303 (CLM-146) (énfasis agregado).

⁵⁹⁵ Véase *Oostergetel*, ¶ 303 (CLM-146) (“Las meras insinuaciones no pueden satisfacer la carga de la prueba que les corresponde a las Demandantes”).

⁵⁹⁶ U.S. Department of State, 2012 Country Report on Human Rights Practices: Ecuador, p. 10 (C-214).

⁵⁹⁷ *EDF (Services)* (2009), ¶ 221 (CLM-302) (“La gravedad de la acusación de corrupción en el presente caso, considerando que ésta involucra a funcionarios en el más alto nivel del Gobierno de Rumania en esa época, exige prueba clara y convincente. Existe consenso general entre los tribunales y comentaristas internacionales con respecto a la necesidad de un alto estándar de prueba de corrupción”).

345. Cuando se trata de pruebas circunstanciales, Merck alega que a menudo éstas son “las únicas pruebas que puede esperarse que una parte demandante aduzca”⁵⁹⁸. Sin embargo, conforme Ecuador advirtió en su Memorial de Contestación, el Tribunal en *Vannessa Ventures v. Venezuela* enfatizó que

las inferencias de una falta grave y endémica de independencia e imparcialidad en el sistema judicial, hechas a partir de un examen de otros casos o de pruebas anecdóticas o circunstanciales, no bastarán de ordinario para probar una alegación de falta de probidad en un caso particular⁵⁹⁹.

346. Dada su falta de pruebas directas, Merck señala la Sentencia de la CIJ en *Corfu Channel Case*, el cual ésta argumenta “explica que las ‘inferencias de hechos y pruebas circunstanciales’ se ‘admite[n] en todos los sistemas jurídicos y su uso se reconoce en el arbitraje internacional’”⁶⁰⁰. Lo que Merck no señala es que, *precisamente* en el párrafo *siguiente* de su Sentencia, la CIJ afirma que la prueba “a través medios de prueba indirectos” con la cual ésta tenía que ver podía “extraerse de inferencias de hecho, siempre y cuando [esas inferencias no dieran] *cabida a ninguna duda razonable*”⁶⁰¹. Sería absurdo que Merck afirmara que los informes generales por país que ésta cita hayan probado la existencia de falta de probidad a través de prueba “clara y convincente”. Sería irrazonable que ésta alegase que dichos informes – incluso si se los pudiera considerar como pruebas circunstanciales – lo hayan hecho sin “*dar cabida alguna*” a ninguna duda razonable.

⁵⁹⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 312 (énfasis en el original).

⁵⁹⁹ *Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/6, Laudo (16 de enero de 2013) (Lowe, Brower, Stern), ¶ 228 (RLA-118). Véase también *Oostergetel*, ¶ 296 (CLM-146) (“Las meras insinuaciones de conducta ilegítima, alegaciones generales de corrupción y deficiencias de un sistema judicial no constituyen pruebas de una violación de un tratado o de una violación del derecho internacional. [...] No se puede simplemente trasladar la carga de la prueba intentando crear una presunción general de corrupción en un Estado dado”).

⁶⁰⁰ Réplica de la Demandante, nota a pie de página 315 (La cita correcta es la siguiente: “Se permitirá a dicho Estado un recurso más liberal a inferencias de hecho y pruebas circunstanciales. Estas pruebas indirectas se admiten en todos los sistemas jurídicos, y su uso se reconoce en las decisiones internacionales”).

⁶⁰¹ *Corfu Channel Case*, p. 18 (CLM-154) (se han agregado algunos énfasis). Véase también *Rumeli Telekom A.S. and Telson Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo (29 de julio de 2008) (Hanotiau, Boyd, Lalonde), ¶ 709 (CLM-142) (“El Tribunal ha considerado por lo tanto las pruebas con particular cuidado, recordando que una alegación como esa debe, si solo se la ha de suponer mediante pruebas circunstanciales, probarse mediante elementos de prueba que conduzcan con claridad y de manera convincente a la inferencia de que ha ocurrido una conspiración”.); y *EDF (Services)* (2009), ¶ 221 (CLM-302) (“La gravedad de la acusación de corrupción en el presente caso, considerando que ésta involucra a funcionarios del más alto nivel en el Gobierno de Rumania en esa época, exige prueba clara y convincente. Existe consenso general entre los tribunales y comentaristas internacionales con respecto a la necesidad de un alto estándar de prueba de corrupción”).

347. En síntesis, Merck simplemente no puede probar – mucho menos mediante prueba clara y convincente – que el sistema judicial de Ecuador haya “fallado fundamentalmente”⁶⁰², o que algunas de las decisiones de los tribunales han sido “*tan atroces* que no fuesen *explicables* de otra manera que no sea como [una expresión] de arbitrariedad o manifiesta incompetencia”⁶⁰³. Una vez se considera que Merck se basa casi exclusivamente en pruebas generales y circunstanciales – para las cuales se requiere prueba *más allá de toda duda*⁶⁰⁴ – resulta evidente precisamente cuán insostenible es su posición en realidad.

C. Merck no ha demostrado que la sentencia de la CNJ le negara justicia o que no corrigiera todos los supuestos defectos en los procesos en los tribunales inferiores

1. La interpretación de la CNJ de “responsabilidad precontractual” como una afirmación válida de la ley ecuatoriana no puede ser cuestionada por este Tribunal

348. Merck fundamenta su reclamo de denegación de justicia contra la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 en un argumento que será familiar para el Tribunal porque es exactamente el mismo que el argumento central que ésta usa contra la decisión de la CNJ de septiembre de 2012. De acuerdo a Merck, la imposición por parte de la CJN de responsabilidad precontractual a ésta en la decisión de noviembre de 2014 “se basa en una nueva teoría de la responsabilidad” que “no está reconocida en la ley ecuatoriana” y se basa indebidamente en dos disposiciones del Código Civil Ecuatoriano – los Artículos 721 y 1562 – que no “proveen una base para la responsabilidad precontractual”⁶⁰⁵. Aunque Merck aprobó el principio legal sustantivo de acuerdo con el cual la CNJ otorgó indemnización por daños y perjuicios en su decisión de septiembre de 2012 (es decir, la “pérdida de oportunidad”) y la manera en la cual, utilizando la pérdida de oportunidad como el principio

⁶⁰² Liman Caspian, ¶ 279 (RLA-181). Véase también Oostergetel, ¶ 273 (CLM-146) (“A fin de satisfacer la prueba aplicable, no bastará con afirmar que se ha violado la ley municipal, que la decisión de un tribunal nacional es errónea, que un procedimiento judicial se ha conducido de manera incompetente, o que las actuaciones del juez en cuestión han sido probablemente motivadas por la corrupción. Una denegación de justicia implica la falla de un sistema nacional como un todo para satisfacer los estándares mínimos.”) (énfasis agregado).

⁶⁰³ J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), p. 205 (RLA-68(bis)) (énfasis agregado).

⁶⁰⁴ *Corfu Channel Case*, p. 18 (CLM-154).

⁶⁰⁵ Réplica Suplementaria de la Demandante (16 de enero de 2015), ¶¶ 35, 49; véase también *id.*, ¶¶ 50-54. *Compárese* el argumento casi idéntico de Merck en el sentido que la decisión de septiembre de 2012 fue una “teoría de reciente creación sobre responsabilidad civil” que la CNJ, de manera impermisible, “se basó únicamente una disposición constitucional” – el Artículo 224(3) de la Constitución Ecuatoriana de 1998 – “que nunca antes se ha interpretado como si abordase cuestiones de ‘competencia desleal’”. Memorial de la Demandante, ¶¶ 12, 13(c); véase también *id.*, ¶¶ 146, 388 (la decisión de la CNJ “construyó una nueva base legal completamente diferente para la responsabilidad civil” y “reescribió la ley ecuatoriana sobre competencia desleal para lograr un resultado a favor de NIFA”).

rector, la CNJ calculó allí los US \$1,57 millones de indemnización por daños contra ésta, Merck argumenta que, en la decisión de noviembre de 2014, la CNJ “ignoró [...] el principio establecido para otorgar el supuesto ‘lucro cesante’ [porque] NIFA no adquirió la planta de fabricación de MSDIA”⁶⁰⁶. También argumenta que el cálculo de la CNJ de la indemnización por daños y perjuicios fue “manifiestamente irracional [...] sin la guía ni del principio legal ni de pruebas”⁶⁰⁷.

349. En apoyo de su reclamo de que la CNJ ha aplicado mal la ley ecuatoriana con respecto a la responsabilidad civil precontractual, Merck se basa en opiniones iniciales y suplementarias de un abogado ecuatoriano, en las segundas de las cuales él opina sobre cómo la CNJ interpretó y aplicó de manera inapropiada la ley ecuatoriana y evaluó de manera inapropiada una sentencia en el acuerdo de confidencialidad de 2002 entre PROPHAR y Merck, y cómo la CNJ debió haber evaluado las pruebas y decidido el caso⁶⁰⁸. Sobre la base de las opiniones de su perito, Merck concluye que la “responsabilidad civil precontractual nunca ha sido una base reconocida para la responsabilidad civil en Ecuador”⁶⁰⁹. Con respecto a su argumento de que el lucro cesante no es recuperable como indemnización por daños por conducta torticera en las negociaciones precontractuales y la pretendida “irracionalidad” del cálculo de daños realizado por la CNJ, Merck se basa en la opinión inicial del mismo perito, dos autoridades que la CNJ cita en su decisión de noviembre de 2014, y en el testimonio y varios documentos generados en los procesos en los tribunales inferiores en el litigio *NIFA v. PROPHAR*⁶¹⁰.

350. Las alegaciones de Merck concernientes a la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 son precisamente tan falsas y desnaturalizadoras de esa decisión como sus alegaciones concernientes a la decisión de la CNJ de septiembre de 2012. Sin embargo, una vez más como una cuestión inicial, este Tribunal debe declinar la invitación de Merck para que éste actúe como un tribunal de apelaciones supranacional que revise una decisión de la CNJ y sustituya con su propia aplicación e interpretación de la ley sustantiva de Ecuador la aplicación e interpretación de la CNJ, la corte en materia civil del más alto nivel del país. En

⁶⁰⁶ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 63.

⁶⁰⁷ *Id.*, ¶ 61.

⁶⁰⁸ Informe Suplementario de Francisco Correa (15 de enero de 2015) (“Segundo Informe Pericial de Correa”). (“Presentado con la Réplica de Merck antes de que la CNJ emitiera su decisión de noviembre de 2014, la opinión inicial del Profesor Correa respondió a la opinión del perito de Ecuador profesor Luis Sergio Parraguez Ruiz sobre la aplicabilidad de responsabilidad civil precontractual a los reclamos de Prophar contra Merck. El segundo informe pericial del Profesor Correa es en gran medida una reiteración de su primera opinión, pero aborda la decisión de noviembre de 2014.

⁶⁰⁹ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 41; véase también, v.g., *id.*, ¶ 3.

⁶¹⁰ *Id.*, ¶¶ 63-89.

la Sección VI(B)(2) de su Memorial de Contestación, Ecuador ya ha demostrado que, de acuerdo a principios arraigados del derecho internacional, un tribunal internacional que está sujeto a prohibición en cuanto a asumir esa función⁶¹¹. A fin de evitar la repetición aquí de la jurisprudencia abrumadora y otra autoridad que establecen esa prohibición, Ecuador recomienda la Sección VI(B)(2) (¶¶ 287-297) de su Memorial de Contestación para la revisión concienzuda del Tribunal⁶¹².

351. La determinación de la ley sustantiva de Ecuador por parte de la CNJ y su apreciación de las pruebas en el litigio *PROPHAR V. MSDIA* está únicamente dentro del dominio de la CNJ⁶¹³. En consecuencia, es irrelevante cómo el testigo pericial de Merck en

⁶¹¹ J. Paulsson, *DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW* (2005), p. 84 (RLA-68) (“el objetivo del órgano resolutorio internacional *nunca* es llevar a cabo una revisión sustantiva” de la decisión de un tribunal nacional”) (énfasis en el original).

⁶¹² A fin de facilitar la referencia aquí, los casos en los cuales los tribunales internacionales han reconocido la prohibición en sus actuaciones como un tribunal de apelaciones supranacional incluyen: *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002) (Stephen, Crawford, Schwebel) (“*Mondev* “), ¶ 126 (RLA-54) (“[N]o es función de los tribunales en casos relacionados con el TLCAN actuar como tribunales de apelaciones”.); *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) (Cremades, Hanotiau, Knieper) (“*Arif* “), ¶ 441 (RLA-120) (“[L]os tribunales internacionales deben abstenerse de desempeñar el papel de tribunales de apelación últimos. No pueden sustituir su propia aplicación e interpretación de la ley nacional para [*sic*] la aplicación por parte de los tribunales nacionales”.); *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio de 2003) (Mason, Mikva, Mustill) (“*Loewen Group & Loewen* “), ¶ 134 (RLA-55) (“Si la conducción de un juicio equivaliere a una violación de la ley municipal así como del derecho internacional no es algo que nos corresponda determinar. Un reclamo basado en el TLCAN no puede convertirse en una apelación contra las decisiones de los tribunales municipales”.); *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Arbitration V (079/2005), Laudo Final (12 de septiembre de 2010) (Böckstiegel, Steyn, Berman) (“*RosInvestCo*”), ¶ 275 (CLM-141) (“El Tribunal hace énfasis una vez más en que un tribunal de arbitraje internacional, y también este Tribunal que tiene que ver con supuestas violaciones del [tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y la URSS], no es un órgano de apelación y su función no es corregir errores del derecho procesal o sustantivo nacional que podrían haber cometido los tribunales nacionales”.); *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, CNUDMI (TBI entre Holanda y la República Eslovaca), Laudo Final (23 de abril de 2012) (Kaufman-Kohler, Wladimiroff, Trapl) (“*Oostergetel*”), ¶¶ 291, 299 (CLM-146) (“[L]a tarea del Tribunal es determinar si el resultado del procedimiento de quiebra es deshonoroso y ofensivo para la probidad judicial. Este alto límite refleja la naturaleza exigente de un reclamo por una denegación de justicia en derecho internacional. En realidad existe acuerdo general en que el papel de un tribunal en casos de inversiones no es servir como un tribunal de apelación para decisiones de tribunales nacionales. [...] El TBI no otorga protección para meras violaciones del derecho procesal local ni abre una apelación extraordinaria de decisiones de tribunales municipales”.); *Apotex Inc. v. The Government of the United States of America*, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio de 2013) (Landau, Smith, Davidson) (“*Apotex (2013)* “), ¶ 278 (RLA-122) (“[C]omo una proposición general, no es el papel apropiado de un tribunal internacional establecido de acuerdo al Capítulo Once del TLCAN ocupar el lugar de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., o actuar en calidad de un tribunal de apelación supranacional”.); *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004) (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez) (“*Waste Management, Inc. (2004)*”), ¶ 129 (RLA-63) (“Si se retoman las razones reales dadas por los tribunales federales, el Tribunal observaría que éste no es un tribunal de apelación adicional, ni el Capítulo 11 del TLCAN es una forma novedosa de *amparo* con respecto a las decisiones de los tribunales federales de las partes en el TLCAN”).

⁶¹³ Véase Primer Dictamen Pericial del Profesor Javier Aguirre Valdez (25 de febrero de 2014) (“Primer Dictamen Pericial de Aguirre”), ¶ 6.2 (“La Corte Nacional de Justicia es el tribunal de más alto nivel en Ecuador. [...] La interpretación y aplicación de la ley por parte de la Corte es vinculante en la materia en cuestión. Además, si los mismos criterios para una decisión se reiteraren en casación en más de tres ocasiones, si la Corte en pleno lo aprobare, esto constituye un precedente vinculante para otros jueces y tribunales, lo cual significa

materia de responsabilidad civil precontractual y la propia Merck piensen que la CNJ debió haber interpretado la ley ecuatoriana sobre responsabilidad civil precontractual y los estándares de acuerdo con los cuales se otorgue indemnización por daños relacionados con responsabilidad civil precontractual. Esas determinaciones simplemente no están sujetas a la nueva decisión de este Tribunal. Conforme se advirtió en el Memorial de Contestación de Ecuador, lo que es pertinente para la determinación de este Tribunal es si, “*ex facie* o al examen más detenido”⁶¹⁴ y a la luz de todos los hechos disponibles”, éste fuere “impresionado o [...] sorprendido [...] a la reflexión”, de tal modo que tenga “preocupaciones justificadas en cuanto a la probidad judicial del resultado” y “pueda concluir [...] que la [...] decisión fue sin duda inapropiada y deshonrosa”⁶¹⁵, “atrozmente ilícita” y “tan desprovista de razón que evidencie mala fe”⁶¹⁶, “una mala aplicación de la ley patente y dolosa”⁶¹⁷, o carezca de “fundamento objetivo razonable” y “esté fuera del espectro de lo jurídicamente posible”⁶¹⁸.

352. Merck no cuestiona en absoluto en su Réplica o Réplica Suplementaria que este Tribunal esté sujeto a prohibición en cuanto a sustituir su propia aplicación e interpretación de la ley o las pruebas involucradas en la decisión de noviembre de 2014; tampoco cuestiona que los criterios antes mencionados representen la prueba estricta que se debe satisfacer a fin de que esa decisión constituya una denegación de justicia. Pero eso es exactamente lo que Merck está solicitando que este Tribunal haga. Conforme se demuestra a continuación, ninguna de las alegaciones de Merck justifica ni remotamente que se proceda de esa manera con respecto a la decisión de la CNJ de noviembre de 2014.

2. Merck no ha logrado demostrar que la decisión de la CNJ de 2014 fuera incorrecta, mucho menos “tan irrazonable que resulte inexplicable de otra manera que no sea como” arbitraria o manifiestamente incompetente, “jurídicamente imposible”, o “conmoción a un sentido de probidad judicial”

que su interpretación de la ley, en los mismos casos, ha tenido la misma fuerza que un acto legislativo y podrá modificarse solo mediante la aprobación de una ley”.); véase también Primer Dictamen Pericial del Dr. Luis Sergio Parraguez Ruiz (de febrero de 2014) (“Primer Dictamen Pericial de Parraguez”), ¶ 43 (“La Corte Nacional de Justicia como un tribunal de casación [tiene] la facultad Constitucional suficiente para interpretar y aplicar la ley”).

⁶¹⁴ *Waste Management, Inc.* (2004), ¶ 130 (RLA-63).

⁶¹⁵ *Mondev*, ¶ 127 (RLA-54).

⁶¹⁶ *Arif*, ¶¶ 445, 482 (RLA-120).

⁶¹⁷ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, and Ellen Baca v. The United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999) (Paulsson, Civiletti, von Wobeser) (“*Azinian et al.*”), ¶ 103 (CLM-36).

⁶¹⁸ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 34877, CNUDMI, Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo de 2010) (Böckstiegel, Brower, van den Berg) (“*Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo)”), ¶ 198 (CLM-111) (*donde se cita* la Opinión del Profesor Jan Paulsson presentada en el caso).

A. MERCK NO IMPUGNA QUE, DE ACUERDO AL DERECHO INTERNACIONAL, UNA DECISIÓN JUDICIAL ERRÓNEA O EQUIVOCADA NO DA LUGAR A UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA

353. Al inicio de la Sección VI(B)(2)(b) (¶¶ 300-302) de su Memorial de Contestación, Ecuador demostró que la mala aplicación de un tribunal nacional de la ley interna o las determinaciones fácticas erróneas en sí mismas no darán lugar a una denegación de justicia en los términos del derecho internacional y que, en aplicación de este principio, los tribunales internacionales se han rehusado de manera sistemática a determinar una denegación de justicia con base en una decisión judicial errónea o equivocada⁶¹⁹. Conforme se explica allí, las instancias en las cuales una mala aplicación de la ley podría considerarse correctamente como un elemento de una denegación de justicia son en extremo restringidas, se limitan a “una prueba extrema: el error debe ser de tal naturaleza que ningún ‘juez competente podía haberlo cometido en términos razonables’”⁶²⁰. “La prueba es si ‘no existe ningún fundamento objetivo razonable para el resultado sustantivo de la decisión’” de tal modo que ésta “quede ‘fuera del espectro de lo jurídicamente posible’”⁶²¹. Merck no cuestiona que no puede prevalecer en sus reclamos por denegación de justicia contra la substancia de la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 (o la decisión de septiembre de 2012 o cualquiera de las decisiones de otros tribunales ecuatorianos en el litigio *PROPHAR v. MSDIA*) a menos que pueda asumir su responsabilidad de satisfacer la “prueba extrema”⁶²², el “alto [...] límite”⁶²³ necesario para demostrar que la decisión es tal, en esencia, que no era “jurídicamente

⁶¹⁹ *Ellectronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Sentencia (20 de julio de 1989), Informes de la C.I.J. 1989, p. 15, ¶ 124 (CLM-155) (“Debe tenerse en cuenta que el hecho que un acto de una autoridad pública pudiera haber sido ilegal en la ley municipal no significa necesariamente que ese acto fuera ilícito en derecho internacional, como una violación de un tratado o de otra manera”); C. De Visscher, *Le Déni de Justice en Droit International*, 52 RECUEIL DES COURS 2 (1935), p. 376 (CLM-161) (“La mera violación de la ley nacional nunca podrá justificar un reclamo internacional basado en una denegación de justicia”); véase también, v.g., *Loewen Group & Loewen*, ¶ 189 (RLA-55) (donde se rechazan reclamos de que la negativa del tribunal de Mississippi a flexibilizar los requisitos de presentación de una garantía constituyera una denegación de justicia y así violara el Artículo 1105 del TLCAN debido a que “ésta ha sido en el peor de los casos una decisión errónea o equivocada”); *Oostergetel*, ¶ 299 (CLM-146) (“El TBI no otorga protección por meras violaciones del derecho procesal local [...]”); *RosInvestCo*, ¶ 275 (CLM-141) (“El Tribunal enfatiza que el límite del ilícito internacional de denegación de justicia es alto y va más allá de la mera mala aplicación de la ley nacional”). Véase también, J. Paulsson, *DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW* (2005), pp. 81, 82, 87 (RLA-68(bis)) (“La aplicación errónea de la ley nacional no puede, en sí misma, ser una denegación de justicia internacional”).

⁶²⁰ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo (30 de julio de 2009) (Paulsson, árbitro único) (“*Pantehniki*”), ¶ 94 (RLA-94) (donde se cita y transcribe Gerald G. Fitzmaurice, *The Meaning of the Term Denial of Justice*, 13 BRIT. Y. B. INT’L L. 93 (1932), p. 114 (CLM-136)).

⁶²¹ *Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo), ¶ 198 (CLM-111) (donde se cita la Opinión de Jan Paulsson presentada en el caso).

⁶²² *Pantehniki*, ¶ 94 (RLA-94).

⁶²³ *RosInvestCo*, ¶ 275 (CLM-141).

posible”⁶²⁴ o que “ningún ‘juez competente podía haberla tomado en términos razonables’”⁶²⁵.

354. Merck no ha logrado satisfacer ninguna de esas pruebas con respecto a la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 (o alguna de las decisiones de otros tribunales ecuatorianos de las cuales ésta se queje). Esto equivale a dos ataques a la esencia de la decisión de noviembre de 2014. Primero, argumenta que la decisión “se basa en una nueva teoría de la responsabilidad civil” que “no está reconocida en la ley ecuatoriana” y se basa incorrectamente en los Artículos 721 y 1562 del Código Civil de Ecuador que no “proveen una base para la responsabilidad civil precontractual”⁶²⁶. Como se demuestra más adelante, este argumento fracasa debido a que tergiversa por completo la base sustantiva de la decisión y el papel discreto que los Artículos 721 y 1562 desempeñaron en ésta. También, en la medida que la CNJ interpretó y aplicó los artículos 721 y 1562 del Código Civil para llegar a su decisión contra Merck por razones de responsabilidad civil precontractual, ese ejercicio encajó bien dentro de lo “jurídicamente posible” y la facultad y la obligación de la CNJ de interpretar y aplicar la ley ecuatoriana.

355. Segundo, Merck asevera que la base sobre la cual la CNJ otorgó indemnización por daños y perjuicios y la manera en la cual calculó esos daños en su decisión de noviembre de 2014 es “tan irracional y tan expresamente contraria a las pruebas en el expediente que no podía haber emanado de ninguna corte honesta, competente”⁶²⁷. Al igual que con su ataque al dictamen sobre responsabilidad civil sustantiva de la decisión, este argumento no es de ninguna utilidad porque se fundamenta en una manifiesta distorsión de cómo la CNJ realizó sus cálculos de daños, e ignora la amplia flexibilidad de la cual un tribunal ecuatoriano goza cuando determina tanto la base, así como la manera de calcular un laudo de indemnización por daños y perjuicios.

356. Pero, al igual que ocurre con la decisión de la CNJ de septiembre de 2012, tal vez la prueba más elocuente de que Merck no puede demostrar eso, en sustancia, la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 era “jurídicamente imposible” o de tal naturaleza que “ningún juez competente podía en términos razonables haberla emitido” es el hecho de que ésta no ha perseguido la revisión de la decisión por parte de la Corte Constitucional. Conforme advirtió

⁶²⁴ Donde se parafrasea la Opinión de Jan Paulsson, *presentado y citado* in *Chevron I* (Laudo Parcial sobre el Fondo), ¶ 198 (CLM-111)

⁶²⁵ *Pantechniki*, ¶ 94 (RLA-94).

⁶²⁶ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶¶ 35, 49; véase también *id.*, ¶¶ 50-54.

⁶²⁷ *Id.*, ¶ 59.

el perito de Ecuador, doctor Guerrero del Pozo y se analizó en otras partes en su Dúplica, si Merck hubiera creído en realidad que la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 contenía los defectos que ésta alega en este arbitraje, podía haber interpuesto una acción extraordinaria de protección por iniciativa propia ante la Corte Constitucional⁶²⁸. Una vez más, el hecho de que Merck no lo hiciera contradice directamente sus aseveraciones en este arbitraje en cuanto a que la decisión de noviembre de 2014 careciera de toda base legal, fuera irracional e incompetente.

b. La interpretación y aplicación de la CNJ de la responsabilidad civil precontractual y su aplicación de los Artículos 721 y 1562 del Código Civil Ecuatoriano quedaron muy bien comprendidas en el “espectro de lo jurídicamente posible” y la autoridad de la CNJ para interpretar y aplicar la ley ecuatoriana

357. Al igual que la aseveración falsa de Merck de que la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 “inventó” una nueva teoría sobre responsabilidad civil se basó “únicamente” en el Artículo 224(3) de la Constitución de Ecuador, la aseveración de Merck de que la CNJ halló responsable a PROPHAR sobre la base “una nueva teoría de responsabilidad civil” basada en los Artículos 721 y 1562 del Código Civil de Ecuador es falsa. La CNJ basó su decisión en los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil, leídos en conjunto con los principios considerados análogos en los Artículos 721 y 1562, los principios de UNIDROIT, y en múltiples analistas y otras fuentes que establecen la jurisprudencia de la responsabilidad civil precontractual; es decir, la responsabilidad civil por actos ilícitos que surge cuando una parte en las negociaciones de contrato viola su obligación de conducirse con buena fe con respecto a la otra parte en las negociaciones, cuando incurre, por ejemplo, en tipos de conducta como la terminación de las negociaciones de manera injustificada y perjudicial o no da a conocer sus intenciones reales⁶²⁹. La CNJ fue clara en que halló a Merck responsable legalmente sobre la base de los Artículos 2214 y 2229, los cuales PROPHAR citó como una base legal de su denuncia contra Merck. Al inicio de su análisis de si los reclamos que se señalan en la denuncia de PROPHAR al parecer se basaban en actos ilícitos que se rigen por la ley de responsabilidad civil extracontractual, la CNJ citó el Artículo 2214 como la base de la responsabilidad precontractual⁶³⁰, y citó el Artículo 2214 o tanto el Artículo 2214 así como el Artículo 2229 al concluir que Merck había violado su obligación de comportarse

⁶²⁸ Segundo Informe Pericial sobre Derecho Ecuatoriano presentado por Juan Francisco Guerrero del Pozo (18 de febrero de 2015) (“Segundo Informe Pericial de Guerrero”), p. 10 nota a pie de página 21.

⁶²⁹ Decisión de la CNJ, *PROPHAR v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (10 de noviembre de 2014) (“Decisión de la CNJ de noviembre de 2014”), pp. 42-92 (R-194).

⁶³⁰ *Id.*, p. 45, nota a pie de página 40.

de buena fe durante sus negociaciones con PROPHAR y era responsable legalmente de compensar a PROPHAR por el daño originado en ese ilícito civil⁶³¹.

358. Existe toda razón por la cual – con excepción de la transcripción de una cita tomada de la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 apenas visible en la nota a pie de página 39 de su Dúplica Suplementaria – Merck omite toda mención de que los Artículos 2214 y 2229 fueron la base para esa decisión. Como se demuestra más adelante, al contrario de las aseveraciones de Merck en este arbitraje, el hecho de que pudiera hallarse responsable a PROPHAR por razones de responsabilidad civil precontractual, por una violación de la buena fe durante las negociaciones contractuales de las partes, no es “nuevo” para Merck. Tampoco fue la posibilidad de que la CNJ pudiera recurrir al Artículo 1562 del Código Civil y otras fuentes para determinar la existencia de una obligación de una parte de conducirse con buena fe durante las negociaciones contractuales. Merck ha sabido siempre que la reclamación de PROPHAR se basa en los Artículos 2214 y 2229 y planteó alegaciones sobre responsabilidad civil precontractual en cuanto a que Merck no se condujo de buena fe durante las negociaciones de las partes. Durante los procesos en los tribunales inferiores, Merck buscó pruebas de numerosos testigos presenciales sobre la cuestión de si ésta había actuado de buena fe durante esas negociaciones con PROPHAR y de peritos sobre si la doctrina de responsabilidad civil precontractual existe bajo la ley ecuatoriana. Merck también realizó numerosas presentaciones de documentos en los tribunales inferiores, e incluyó argumentos en su petición de casación ante la CNJ que, a la luz de las pruebas en el expediente, ésta no había actuado de mala fe durante sus negociaciones con PROPHAR y expresamente que ésta no era responsable con respecto a PROPHAR por razones de responsabilidad civil precontractual.

359. Los procesos en los tribunales inferiores también demuestran que no existe nada “nuevo” en el Artículo 1562 del Código Civil ni en otras fuentes que se relacionen con la determinación de un tribunal de que existe una obligación de conducirse de buena fe durante negociaciones contractuales. El Tribunal de Primera Instancia en el litigio *PROPHAR v. MSDIA* hizo referencia al Artículo 1562 al llegar a la conclusión de que una parte que cause daño a otra durante las negociaciones precontractuales será responsable de compensar por ese daño “porque la buena fe debe estar presente en todas las relaciones legales entre las partes, y este principio puede encontrarse en el Artículo 1562 del Código Civil”⁶³². Además, el doctor Ignacio de León, testigo pericial durante los procesos en el Tribunal de Apelaciones y en cuyo

⁶³¹ *Id.*, pp. 84-86.

⁶³² Sentencia, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (17 de diciembre de 2007), p. PDF 12 (C-3).

testimonio Merck se ha basado principalmente tanto en su litigio con PROPHAR así como en el presente arbitraje, concluyó no solo que la responsabilidad civil precontractual existe de acuerdo a la ley ecuatoriana, sino también que ésta existe en parte porque “de acuerdo al artículo 1562 del Código Civil las partes [es decir, PROPHAR y Merck] estaban obligadas a observar una conducta de buena fe durante las negociaciones preliminares”⁶³³.

360. La falsedad de la alegaciones de Merck de que la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 se basara en “una nueva teoría de la responsabilidad civil” de acuerdo a disposiciones del Código Civil que no sean los Artículos 2214 y 2229, o que ésta fuera de alguna manera seducida por los argumentos de PROPHAR sobre defensa de la competencia para que pensase que la responsabilidad civil precontractual y la conducta de buena fe durante las negociaciones no fueron una cuestión en el caso, será evidente para el Tribunal. Ambos reclamos se desmienten por completo en virtud del propio reconocimiento de Merck en todo el litigio *PROPHAR v. MSDIA*, que era probable que se la hallara responsable con respecto a PROPHAR sobre la base de la responsabilidad civil precontractual según los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil. Una vez más al igual que sus argumentos concernientes a la decisión de la CNJ de septiembre de 2012, los argumentos de Merck acerca de la responsabilidad civil precontractual y los Artículos 721 y 1562 son inventados para los fines de este arbitraje y, conforme se demuestra más adelante, lo mismo es su argumento relativo a la denegación de justicia procesal en el sentido de que ésta no tenía “conocimiento” de que la CNJ podría hallarla responsable con respecto a PROPHAR debido a responsabilidad civil precontractual. Como consecuencia, no se puede permitir que Merck sostenga ante este Tribunal que la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 fuera infundada, sin precedentes o errónea con respecto a la interpretación y aplicación de la CNJ de la responsabilidad civil precontractual y la referencia de sus decisiones a los Artículos 721 y 1562.

361. En aras de la integridad únicamente, los párrafos siguientes analizan los argumentos de Merck que dicen que la imposición de la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 de responsabilidad civil precontractual a ésta y las referencias de la decisión a los Artículos 721 y 1562 constituyeran una denegación de justicia. Esa interpretación y aplicación estuvo perfectamente dentro de la facultad de la CNJ y no puede decirse que fuera “jurídicamente imposible” o que “ningún juez competente podía razonablemente haberla hecho”, por tres razones.

⁶³³ Informe de Ignacio de León, *NIFA v. MSDIA*, Corte de Apelaciones (12 de febrero de 2010), p. 18 (C-24); véase también *id.*, pp. 16-24. Declaración falsa de Merck, en la nota a pie de página 49 de su Dúplica Suplementaria del testimonio del doctor de León sobre responsabilidad civil precontractual se analiza *infra*.

362. Primero, los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil Ecuatoriano por sí solos proveyeron una base suficiente para que la CNJ hallara a Merck responsable por el ilícito civil de violación de la buena fe durante sus negociaciones contractuales con PROPHAR. Conforme explica el doctor Luis Parraguez Ruiz, perito en derecho de responsabilidad ecuatoriano, pero como también es obvio a simple vista en la denuncia de PROPHAR⁶³⁴ y en la contestación de Merck⁶³⁵ para ésta, el caso presentado ante la CNJ es en esencia un caso de responsabilidad civil extracontractual, “basada en (entre otras leyes) los artículos 2214 y 2229 del Código Civil de Ecuador, el cual rige la responsabilidad civil por conducta torticera”⁶³⁶. El doctor Parraguez Ruiz explica adicionalmente:

Las razones ampliadas [de la CNJ] en el párrafo 9.3 de [la decisión de noviembre de 2014] abunda en consideraciones sobre cómo MSDIA incurrió en responsabilidad precontractual. De hecho, a fin de respaldar sus razones, no fue necesario que la parte demandante invocase los Artículos 721 y 1562 del Código Civil que contiene el principio general de la buena fe, pero que no son la fuente inmediata de responsabilidad por ilícito civil extracontractual, materia que encuentra su fuente en los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil⁶³⁷.

363. La CNJ no halló a Merck responsable basada en los Artículos 721 y 1562, como Merck afirma; determinó la responsabilidad civil de Merck con base en las disposiciones del Código Civil de Ecuador que proveen el fundamento para la responsabilidad civil en cuanto a todo tipo de conducta torticera – los Artículos 2214 y 2229. Por esta sola razón, no puede decirse que la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 sea “jurídicamente imposible” o una decisión que “ningún juez competente podía razonablemente haberla emitido”. Conforme se demuestra más adelante, lo mismo se aplica a la decisión de la CNJ de incluir los Artículos 712 y 1562 en su interpretación y aplicación de la responsabilidad civil precontractual de acuerdo a la ley ecuatoriana.

364. Segundo, al contrario de la aseveración de Merck⁶³⁸, la responsabilidad civil precontractual *está* reconocida de acuerdo a la ley ecuatoriana. Conforme testimonia el perito de Merck Profesor Francisco Correa, tres disposiciones de la ley ecuatoriana, las cuales cubren las subastas en los tribunales de lo civil, licitaciones públicas, y contratos comerciales para la

⁶³⁴ Denuncia de NIFA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (16 de diciembre de 2003) (C-10).

⁶³⁵ Contestación de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (23 de enero de 2004) (C-140).

⁶³⁶ Segundo Dictamen Pericial del Dr. Luis Sergio Parraguez Ruiz (16 de febrero de 2015) (“Segundo Dictamen Pericial de Parraguez”), ¶ 4.

⁶³⁷ *Id.*, nota a pie de página 14 (en respuesta al Segundo Informe Pericial, ¶ 12 del perito de Merck Profesor Correa).

⁶³⁸ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 46.

compraventa de bienes, contienen disposiciones que imponen responsabilidad civil precontractual por conducta relacionada con esos campos⁶³⁹. Aun cuando el Profesor Correa opine que la responsabilidad civil precontractual en Ecuador está “limitada” mediante la legislatura a esos tres ejemplos, él no provee ninguna autoridad para esa proposición más allá de sus propios puntos de vista que llegan a conclusiones infundadas⁶⁴⁰.

365. De hecho, lo contrario es válido. El doctor Parraguez Ruiz confirma que, por lo menos en dos ocasiones antes de la decisión de la CNJ de noviembre de 2014, la CNJ y su predecesora la Corte Suprema de Justicia reconoció la aplicabilidad de las obligaciones de buena fe a la fase precontractual. En 2009, la CNJ determinó que se requiere buena fe durante las negociaciones precontractuales en el contexto de un contrato de seguros, y dice que el contrato es también un documento “en el cual la buena fe ocupa una posición fundamental, precisamente porque el asegurado es una organización sin fines de lucro y porque ésta [la buena fe] se manifiesta por sí misma en la fase precontractual y, como es obvio, durante la celebración del contrato”⁶⁴¹. Con anterioridad, en una decisión en 2007, la Corte Suprema de Justicia advirtió que la buena fe es un principio que domina el derecho general de obligaciones⁶⁴². No es extraño entonces que la CNJ analizara la denuncia de PROPHAR como un documento que expresaba una causa de acción basada en la responsabilidad civil precontractual para la cual las cuestiones de la buena fe eran cruciales, en particular dada la existencia de principios de la buena fe durante las negociaciones tanto en la ley escrita ecuatoriana así como en la jurisprudencia y el papel que la responsabilidad civil precontractual y la buena fe ya habían desempeñado en los procesos en los tribunales inferiores.

366. Tercero, incluso si la decisión de noviembre de 2014 hubiera incluido una “nueva teoría jurídica” – lo cual no fue así – la CNJ llegó a ésta exactamente como exige la ley

⁶³⁹ Primer Informe Pericial de Francisco Correa (8 de agosto de 2014) (“Primer Informe Pericial de Correa”), ¶ 7.

⁶⁴⁰ *Id.*

⁶⁴¹ Segundo Dictamen Pericial de Parraguez, ¶ 13, notas a pie de página, 9, 10 (*donde se cita y transcribe* la decisión de la CNJ en el Suplemento al Registro Oficial 144 de 20 de mayo de 2011). En su Informe Suplementario en apoyo de la Réplica Suplementaria de Merck, el Profesor Correa intenta distinguir este caso como un elemento pertinente solo para la conducta de las partes en el cumplimiento del contrato. Sin embargo, conforme el Profesor Parraguez Ruiz señala basado en el lenguaje llano del fragmento pertinente, la CNJ determinó que “el principio de la buena fe se aplicó al contrato en cuestión por dos razones independientes. “La primera razón – y la única a la cual el doctor Correa hace referencia – fue porque el asegurado era una organización sin fines de lucro. La segunda, una razón independiente – la cual el doctor Correa ignora – fue porque la buena fe se manifiesta a sí misma durante la fase precontractual así como también durante la celebración de un contrato”. *Id.*, ¶ 13,

⁶⁴² *Id.*, ¶ 13 (*donde se cita y transcribe* el Suplemento al Registro Oficial 78, 1 de diciembre de 2009 (“Conforme la doctrina lo ha expresado: *Uberimae bona fidei* [la mayor buena fe], un principio que no es exclusivo para las leyes de seguros, pero predomina en el derecho general de obligaciones”).).

ecuatoriana en particular y el sistema del *Civil Law* en general. La ausencia de una disposición explícita en el Código Ecuatoriano que rijan la responsabilidad civil precontractual no significa que la responsabilidad civil precontractual no se aplique a negociaciones contractuales en general en Ecuador de acuerdo a lo que disponen los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil o que una persona podría comportarse de la manera que desee durante las negociaciones contractuales, sin responsabilidad civil, conforme el doctor Correa increíblemente asevera⁶⁴³. De acuerdo al doctor Parraguez Ruiz:

Según la ley ecuatoriana la responsabilidad civil precontractual (y otras formas de responsabilidad civil) pueden surgir bajo normas positivas del marco jurídico o basarse en principios generales del derecho, como, por ejemplo, las doctrinas de la buena fe, la imparcialidad, la fiabilidad y la confianza, o estar apoyadas en la opinión de la doctrina y jurisprudencia más autoritativas en la materia, incluida la doctrina desarrollada en la jurisprudencia de otros países cuyos sistemas jurídicos se basen en el *Civil Law*. Es un principio fundamental de la ley ecuatoriana que estas fuentes del derecho constituyen una base legal apropiada en la cual podrá basarse una determinación de conducta torticera y responsabilidad civil por responsabilidad civil.

[...]

Éste no es un ejercicio académico, sino el medio apropiado de identificar los preceptos generalmente aceptados en la jurisprudencia [...] de acuerdo con los cuales se decidirá un caso. Éste es el mecanismo que los jueces usan en Ecuador y en otros países que se rigen por el *Civil Law*, y es muy similar a los métodos que los jueces usan en el sistema que se rige por el *Common Law* para desarrollar la ley hecha por los jueces en las áreas como el derecho de responsabilidad civil y el derecho contractual, por ejemplo⁶⁴⁴.

367. Ese es precisamente el tipo de análisis que la CNJ realizó al examinar la base de la responsabilidad civil que se expresa en la denuncia de PROPHAR, incluso como deja en claro una revisión superficial de la Cláusula 8.1 de la decisión de noviembre de 2014. Con el título “Problema Legal”, la Cláusula consta de un análisis de once páginas de autoridades, doctrina, jurisprudencia (incluso de otros sistemas jurídicos), y disposiciones estatutarias de la ley ecuatoriana sobre la libre competencia, la competencia desleal, y la buena fe con respecto a la contratación – lo cual incluye como apenas un elemento de ese análisis el Artículo 721 del Código Civil⁶⁴⁵. Sobre la base de ese análisis, la CNJ concluyó que aun cuando las “partes

⁶⁴³ Primer Informe Pericial de Correa, ¶ 5.

⁶⁴⁴ Segundo Dictamen Pericial de Parraguez, ¶¶ 7, 11.

⁶⁴⁵ Decisión de la CNJ de noviembre de 2014, pp. 42-52 (R-194). También es el tipo de análisis que el doctor de León, en su papel como perito nombrado por el tribunal durante los procesos en el Tribunal de

[en las negociaciones contractuales] no están obligadas a celebrar un contrato [...] éstas deben proceder en conformidad con el principio de la buena fe”⁶⁴⁶. Por ser la corte “con la autoridad Constitucional suficiente para interpretar y aplicar la ley y [...] determinar que la conducta específica queda comprendida en la doctrina jurídica de la responsabilidad extracontractual”, incluso si “no se hubiera invocado previamente en la jurisprudencia” en Ecuador⁶⁴⁷, la CNJ estaba perfectamente dentro de su facultad para determinar que existe responsabilidad civil precontractual en Ecuador, y Merck no impugna que es así.

368. Además, la CNJ tiene una obligación prevista en la ley de participar en ese ejercicio. Conforme el doctor Parraguez Ruiz señala, “el Artículo 18 del Código Civil prohíbe que un juez decline decidir los reclamos y defensas en un caso debido a una ‘ausencia’ de ley positiva, y que el artículo exige que el juez recurra a analogías y principios generales del derecho universal”⁶⁴⁸. El Artículo 28 del Código de las Funciones Judiciales de Ecuador surte el mismo efecto:

Ellos [los jueces] no pueden excusarse de ejercer su autoridad o emitir un fallo en las materias que estuvieren bajo su jurisdicción debido a una ausencia o ambigüedad en la ley y deben hacerlo en

Apelaciones, llevó a cabo en su primer informe, para concluir que “en Ecuador, [la responsabilidad civil por ilícitos extracontractuales] se invoca en relación con el cometimiento de un acto ilegal resultante de una violación de las reglas de la buena fe en la negociación de un contrato”. Informe de Ignacio de León, *NIFA v. MSDIA*, Corte de Apelaciones (12 de febrero de 2010), p. 21 (C-24); véase también *id.*, pp. 16-24.

⁶⁴⁶ Decisión de la CNJ de noviembre de 2014, p. 52 (R-194).

⁶⁴⁷ Primer Dictamen Pericial de Parraguez, ¶ 43.

⁶⁴⁸ Segundo Dictamen Pericial de Parraguez, ¶ 9. El Artículo 18 del Código Civil dispone que: “Los jueces no suspenderán o negarán la administración de justicia bajo el pretexto de que la ley no es clara o no dice nada sobre la materia. En tales casos, la sentencia se dictará en conformidad con las siguientes normas:

1ª. Cuando el significado de la ley es claro, no se dejará de considerar su redacción a pretexto de dar debida consideración al espíritu de la ley. Sin embargo, a fin de interpretar una expresión nada clara de la ley, podrá usarse la intención y el espíritu de la misma, manifestados con claridad en ella, o la historia legislativa fiable de la promulgación de la ley;

2ª. Las palabras de la ley se interpretarán en su significado natural y obvio, de acuerdo al uso general de dichas palabras; pero cuando la legislatura ha definido de manera específica ciertas materias, se les atribuirá su significado general;

3ª. Las palabras técnicas de cualquier ciencia o arte se entenderán de acuerdo con el significado que se les ha asignado en dicha ciencia o arte, a menos que se hiciera evidente que se les deba asignar un significado diferente;

4ª. El contexto de la ley servirá para ilustrar el significado de cada una de sus partes, de modo que entre éstas exista la debida coherencia y armonía.

Los fragmentos nada claros de una ley podrán ilustrarse mediante otras leyes, en particular si éstas tratan sobre la misma materia;

5ª. Los aspectos positivos o enconosos de una disposición no se tomarán en cuenta para extender o restringir su interpretación. El alcance que se ha de dar a toda ley está determinado por su verdadero significado y las normas de interpretación precedentes;

6ª. En caos en los cuales las normas de interpretación precedentes no puedan aplicarse, los fragmentos nada claros o contradictorios se interpretan de la manera que parezca más acorde con el espíritu general de la legislación y la equidad natural; y,

7ª. En ausencia de la ley, las leyes vigentes en casos similares deberán aplicarse, y si no existiere ninguna, se aplicarán los principios del derecho universal”

Código Civil de Ecuador (2005) (CLM-189).

conformidad con el marco jurídico aplicable al tema [ante el tribunal].

Los principios generales del derecho, así como también la doctrina y la jurisprudencia se usarán para interpretar, integrar y delimitar el alcance de la aplicación del sistema jurídico, así como también para cubrir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que rigen un tema específico⁶⁴⁹.

369. Como se desprende con claridad de lo anterior, la referencia de la CNJ, evidentemente a manera de analogía, a los Artículos 712 y 1562 del Código Civil con respecto a su examen de una obligación de conducirse de buena fe durante las negociaciones contractuales estaba perfectamente dentro de la función judicialmente normativa impuesta por la ley escrita de interpretar y aplicar la ley ecuatoriana al caso *PROPHAR V. MSDIA* ante el tribunal. Esto no constituyó, como Merck y el doctor Correa sugieren, el surgimiento de una “nueva teoría jurídica” o la aplicación incorrecta de los Artículos 721 y 1562 como la base sobre la cual la CNJ halló a Merck responsable con respecto a *PROPHAR* por su conducta durante la negociación de las partes. Ciertamente no puede decirse que vuelva la decisión de noviembre de 2014 “judicialmente imposible” o que “ningún juez competente pudiera razonablemente haberla emitido”.

370. Además, los tribunales internacionales confrontados con reclamos de denegación de justicia basados en alegaciones que – al igual que Merck en el presente caso – una decisión judicial representara una “nueva ley” ha llegado a la misma conclusión. Por ejemplo, en

⁶⁴⁹ Código Orgánico de la Función Judicial (9 de marzo de 2009), artículo 28 (RLA-91(bis)). En ¶ 26 de su Opinión presentada en apoyo de la Réplica de Merck, el Profesor Paulson señala que es “sorprendente escuchar que un tribunal en la tradición del derecho civil ha hablado como si tuviere una función ‘de crear leyes’”, y él cita el “Artículo 5 del Código Civil Francés tal como éste se originó en 1803: [por ser pertinente para su punto de vista] (*‘Il est défendu aux juges de prononcer par voie de dispositions générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.’*) [It is forbidden for judges to decide by way of general or regulatory provisions on the cases brought before them]”. [NT: “Se prohíbe que los jueces decidan por la vía de disposiciones reglamentarias las causas que se han presentado a su consideración.”] Segundo Dictamen Pericial del Profesor Jan Paulsson (8 de agosto de 2014) (“Segundo Dictamen Pericial de Paulsson”), ¶ 26. El artículo 5 del Código Civil Francés no tiene la aplicación que el Profesor Paulsson busca darle, y ciertamente no se aplica sea a la Decisión de la CNJ de septiembre de 2012 (con respecto a la cual se ha presentado la opinión del Profesor Paulsson) o a la Decisión de la CNJ de noviembre de 2014. Una secuela de la terminación por parte de Francia del Antiguo Régimen, el propósito del Artículo 5 fue prohibir *arrêts de règlement*, i.e., el ejercicio de un juez de sus potestades de crear legislación en general aplicable. Sin embargo, no prohíbe que un juez interprete y aplique la ley en el caso que tenga ante sí. Esa función está prevista en el Artículo 4 del Código Civil Francés (*“Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.”* / “The judge who will refuse to judge, on the pretext of silence, obscurity or deficiency of the law, can be sued for denial of justice.”) [NT: El juez que se rehusare a juzgar, a pretexto del silencio, la oscuridad o deficiencia de la ley, puede ser enjuiciado por denegación de justicia”.], lo cual expresa la regla casi idéntica como Artículo 18 en el Código Civil de Ecuador y el Artículo 28 del Código de la Función Judicial de Ecuador. Véase R. Libchaber, *Arrêt de règlement et Coupe du monde de football*, RTD Civ. (1998), p. 784 (RLA-152); Código Civil Francés (15 de marzo de 1803) disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr> (última visita: 2 de febrero de 2015), artículo 4 (R-134); Código Orgánico de la Función Judicial (9 de marzo de 2009) (RLA-91(bis)).

Mondev International Ltd. v. United States of America, el inversionista canadiense buscó que se hallase a los Estados Unidos responsable por denegación de justicia. Mondev argumentó que una decisión de la Massachusetts Supreme Judicial Court (“SJC”), en la cual se ratificó una sentencia de un tribunal de primera instancia que determinó que una agencia de la Ciudad de Boston era inmune de responsabilidad civil por interferencia con relaciones contractuales, constituía una denegación de justicia porque era “una ‘desviación significativa y grave’ de la jurisprudencia previa [de la SJC]” y porque la SJC “no había considerado en absoluto si ésta debía aplicar las normas que formuló retrospectivamente para [sus] reclamos” y “debía haber devuelto cuestiones de hecho al jurado”⁶⁵⁰.

271. Después de reconocer que su función no era actuar como un tribunal de apelaciones para volver a decidir si la aplicación de la SJC del derecho sustantivo y procesal de Massachusetts a la diferencia subyacente de la demandante con autoridades de la ciudad, el tribunal en *Mondev* se ocupó del argumento de la demandante que la decisión de la SJC constituía una “nueva ley”. Luego de observar que “es dudoso si la SJC hizo una nueva ley en su aplicación de” principios en una decisión previa, el Tribunal determinó que “incluso si [la SJC] lo hubiera hecho”, su decisión estaría dentro de los límites de la solución judicial y no tenía nada en ella que “impresionara o sorprendiera incluso a una delicada sensibilidad judicial”⁶⁵¹. De manera similar, el tribunal determinó que la decisión de la SJC sobre si la supuesta “nueva norma” con respecto a los contratos gubernamentales debía aplicarse de manera retroactiva “quedó perfectamente dentro del marco intersticial de la toma de decisiones ejercida por los tribunales” y una función judicial normal⁶⁵².

372. A la luz de lo expuesto, no cabe duda alguna de que la construcción e interpretación de la CNJ de los Artículos 712 y 1562 para la solución de los reclamos de PROPHAR fue “judicialmente posible” y quedó perfectamente dentro del “alcance intersticial de la toma de decisiones ejercida por los tribunales” en otras jurisdicciones.

c. El laudo de la CNJ de indemnización por daños y perjuicios fue racional y estuvo perfectamente dentro del rango de resultados jurídicamente posibles

373. Merck argumenta además que, no obstante el hecho de que al haber aprobado la petición de casación de Merck éste redujo así la suma de la responsabilidad civil de Merck en un 95%, el laudo de la CNJ de indemnización por daños a favor de NIFA en la suma de US

⁶⁵⁰ *Mondev*, ¶¶ 131, 135 (RLA-54).

⁶⁵¹ *Id.*, ¶ 133.

⁶⁵² *Id.*, ¶ 137.

\$7'723,471,81 constituye una razón adicional independiente para su reclamo de denegación de justicia⁶⁵³. De acuerdo a Merck, el laudo de indemnización por daños es “tan irracional y tan expresamente contrario a las pruebas en el expediente que no podía haber emanado de ningún tribunal honesto, competente”⁶⁵⁴. La Demandante basa esta acusación general en tres conjuntos de errores que sostiene cometió el tribunal cuando estableció la indemnización por daños y perjuicios que otorgó por la conducta precontractual intencionalmente torticera de Merck: (1) el tribunal carecía de toda base racional para su laudo debido a que los eminentes miembros del panel de la CNJ no conocían la diferencia entre producto bruto de las ventas y utilidades⁶⁵⁵ y no tenían ninguna base en absoluto para reflejar en sus cálculos de daños sumas bien sea iguales al precio acordado de la planta⁶⁵⁶ o a los gastos de negociación de NIFA⁶⁵⁷, (2) el tribunal otorgó de manera incorrecta lucro cesante que, de alguna manera, está más allá de la potestad de cualquier corte suprema municipal considerar que sea un elemento apropiado de daños recuperables por actos ilícitos precontractuales⁶⁵⁸; y, (3) el tribunal no “corrigió” estos errores una vez que Merck solicitó aclaración⁶⁵⁹.

374. Sin embargo, ninguna de estas premisas es ni remotamente precisa y el laudo de la CNJ de indemnización por daños y perjuicios fue completamente racional y estuvo perfectamente dentro del rango de los resultados de daños jurídicamente posibles. En realidad, Merck falsea de manera evidente – o malinterpreta gravemente – el enfoque razonado que el tribunal adoptó en realidad para llegar a su laudo de indemnización por daños, el razonamiento real que el tribunal aplicó se describe en su totalidad a continuación.

375. También se demuestra que ninguna de las deficiencias específicas que la Demandante alega es verdadera. Primero, el tribunal no concluyó que el producto bruto de la venta de NIFA, sea por la venta real o por la pérdida de ventas, no fueron en sí mismos lucro cesante, sino más bien usaron estas estadísticas para informar su determinación de la suma mediante la cual el lucro cesante substancial, pero calculado en exceso que se indica en el expediente *infra* debía limitarse para alcanzar un resultado proporcional al defecto en cuestión. Además, el uso del tribunal del precio negociado de la planta para este mismo propósito es asimismo impecable, y el expediente en las cortes inferiores contenía pruebas de

⁶⁵³ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 59.

⁶⁵⁴ *Id.*

⁶⁵⁵ *Id.*, ¶ 70.

⁶⁵⁶ *Id.*, ¶ 86.

⁶⁵⁷ *Id.*, ¶ 89.

⁶⁵⁸ *Id.*, ¶ 62.

⁶⁵⁹ *Id.*, ¶ 93.

los gastos de negociación de NIFA que eran más que apropiados para apoyar su inclusión en el laudo como daños consecuentes.

376. Luego se demostrará que, muy aparte del hecho que les corresponde a los funcionarios judiciales determinar lo que es recuperable como daños de acuerdo a la ley ecuatoriana, las autoridades que han considerado la cuestión, incluidas aquellas que la propia Demandante cita, reconocen que los beneficios que podían haberse ganado si no fuera por la pérdida de oportunidades como resultado de un ilícito civil precontractual podrían ser otorgables.

377. A continuación se demostrará que el enfoque del tribunal en cuanto a la cuantificación de daños fue completamente coherente con la ley ecuatoriana y el precedente y, además, es similar a los enfoques que los tribunales internacionales también adoptan a menudo.

378. Por último, se explica por qué la determinación del tribunal de que la solicitud de Merck de una aclaración buscó en realidad una revisión no permisible para su sentencia estuvo plenamente justificada y dentro de su incuestionable discreción.

i. La Demandante ha descrito de manera manifiestamente falsa cómo la CNJ determinó los daños otorgables

379. Una vez más, Merck ha falseado lo que la CNJ hizo. Lo que la decisión dispuso en realidad es claramente evidente a simple vista. Primero, conforme se explicó previamente, la CNJ había hallado a Merck responsable por un ilícito civil precontractual intencional. El tribunal determinó también que “los requisitos que la doctrina exige a fin de que el daño sea reparable” se habían cumplido: había prueba suficiente de daño resultante de la “ruptura injustificada de las negociaciones”; (2) la existencia de normas que prohíben al acto ilícito de Merck; y, (3) un nexo causal directo entre el acto ilícito de Merck y el daño sufrido por NIFA⁶⁶⁰.

380. Una vez que se determinó que Merck es responsable con respecto a NIFA y que el daño es reparable, la CNJ procedió a cuantificar los daños de NIFA “en concordancia con los principios de *reparación integral* de los daños según lo determinan los artículos 2214 y 2229 del Código Civil”⁶⁶¹. Esto requería que la CNJ en este caso [...] revisase lo que [se quiere

⁶⁶⁰ Decisión de la CNJ de noviembre de 2014, p. 85 (R-194).

⁶⁶¹ *Id.* (énfasis agregado).

decir con] *damnum emergens* [daños consecuentes] y *lucrum cessans* [lucro cesante], lo cual NIFA S.A. – hoy PROPHAR S.A. – no recibió debido a que se frustraron las negociaciones, y también las expectativas que se habían generado”⁶⁶². Ésta dijo:

[E]l Artículo 2214 del Código Civil determina que toda persona que ha cometido un delito o un ilícito civil extracontractual que haya infligido daño a otro está obligada a indemnizar. El Artículo 2229 del mismo texto jurídico señala que, por regla general, toda [instancia de] daño que pueda imputarse al dolo o la negligencia de otra persona deberá ser reparado por esta última. Además, el Artículo 1572 del código antes mencionado incluye el daño consecuente y el lucro cesante, sea que se origine [del hecho que] no se haya cumplido la obligación, o [del hecho] que se lo haya cumplido de manera imperfecta, o [del hecho que] el cumplimiento del mismo se haya demorado. Permítasenos recordar que los principios que son la base de la responsabilidad civil en negociaciones previas o preliminares son la buena fe y la libertad de contratar, pero está sujeta además a no causar daño a otros⁶⁶³.

381. En su decisión, la CNJ dijo expresamente que ésta había evaluado con sentido crítico todas las pruebas. “El Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil establece que las pruebas deben evaluarse en su totalidad en conformidad con las normas de la sana crítica”⁶⁶⁴. Esto incluyó necesariamente los informes de muchos peritos presentados en el Tribunal de Apelaciones, los cuales “sirven como una referencia para esta Corte y, de hecho, han sido evaluados en conformidad con las normas de la sana crítica”. La corte explicó lo que quería decir con el término sana crítica cuando señaló que, según el Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, la obligación de evaluar las pruebas no implicaba que un juez tuviera que “acatar la decisión de los peritos, contra su propia convicción”⁶⁶⁵.

382. Por consiguiente, al evaluar el informe pericial del señor Walter Cabrera, ésta declaró que, si bien el informe del señor Cabrera era un “elemento de prueba que se solicitó, ordenó y practicó en estos procesos”, debía evaluarse “en conformidad con las normas de la sana crítica dentro de los parámetros de la racionalidad y los dictados de la experiencia”⁶⁶⁶.

383. En consecuencia, la CNJ determinó que el informe del señor Cabrera era parcialmente pertinente. Primero, la CNJ rechazó por considerar “irracional e ilógica” la evaluación del señor Cabrera de las pérdidas del pueblo ecuatoriano por la reducción de la

⁶⁶² *Id.*, p. 86.

⁶⁶³ *Id.*, pp. 86-87 (énfasis omitido).

⁶⁶⁴ *Id.*, p. 87.

⁶⁶⁵ *Id.*

⁶⁶⁶ *Id.*, pp. 87-88.

competencia⁶⁶⁷. Segundo, aceptó la conclusión del señor Cabrera de que NIFA tenía derecho a todos los gastos incurridos durante las negociaciones, incluidos los gastos hechos para obtener un préstamo en la suma de US \$48.000 y la delegación de un informe que costó US \$2.000⁶⁶⁸. Tercero, la CNJ aceptó implícitamente que el informe del señor Cabrera reveló que NIFA había sufrido lucro cesante sustancial como resultado de las oportunidades comerciales a las que renunció al dedicarse a negociaciones infructuosas con MSDIA, en referencia a la obra de Monsalve Caballero sobre responsabilidad civil precontractual.

La [partida de] daños, la cual es el interés negativo, consiste en el daño que el sujeto sufre como resultado de haber confiado inútilmente en la celebración en la validez del contrato [...] en estos casos, será reparable *con base en las posibles pérdidas de oportunidades* que no lograron concluirse con personas serias y correctas, de acuerdo a los mismos términos y condiciones negociados⁶⁶⁹.

384. Por último, sin embargo, la CNJ determinó que los cálculos de Cabrera del lucro cesante de NIFA durante quince años fueron “exagerados y desproporcionados (como lucro cesante)”.

385. En opinión de la corte, la naturaleza exagerada y desproporcionada de las conclusiones de Cabrera le exigían establecer una limitación a la indemnización por daños y perjuicios otorgada para guardar concordancia con el principio constitucional de la proporcionalidad:

Por consiguiente, debe existir la debida proporcionalidad prevista por la Constitución de la República y los criterios importantes señalados por Ignacio Villaverde, quien dice: ‘En casos en los cuales es posible usar medios diferentes para *imponer un límite* o [cuando este límite] admite varias intensidades en el grado de su aplicación, es allí donde se debe recurrir al principio de la proporcionalidad, porque ésta es la técnica mediante la cual el mandato de optimización se lleva a cabo, el cual está incluido en toda ley fundamental y en el principio del efecto recíproco’⁶⁷⁰.

386. La corte advirtió además que el principio de la proporcionalidad garantiza que los límites inherentes a cada derecho en las relaciones recíprocas se imponga de manera apropiada sin negar la existencia del derecho en cuestión. Una vez más, citando a Ignacio Villaverde, la Corte expresó:

⁶⁶⁷ *Id.*, p. 88.

⁶⁶⁸ *Id.*

⁶⁶⁹ V. Monsalve Caballero, RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES (2014), p. 380 (RLA-193) (énfasis agregado).

⁶⁷⁰ Decisión de la CNJ de noviembre de 2014, p. 89 (R-194).

A través del principio de la proporcionalidad, está garantizado que la intensidad de la restricción o de los medios para su aplicación será lo que sea indispensable para hacerlo efectivo, *de tal manera que el límite cumpla su función*, sin hacer que el límite constituya una mímica de una sanción debido a la creencia errónea de que se ha estado ejerciendo un derecho fundamental, o para negar la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de la proporcionalidad es, obviamente, impedir que el Poder Público encargado de imponer los límites a un derecho fundamental viole su contenido esencial al aplicar esos límites⁶⁷¹.

387. A fin de llegar a un límite apropiado al lucro cesante que NIFA podría haber obtenido como resultado de las oportunidades que perdió debido a la conducta intencionalmente torticera de Merck durante las negociaciones, la corte ejerció su discreción en concordancia con la ley ecuatoriana y tomó en cuenta tres indicadores independientes de la magnitud de las actividades económicas relacionadas: 1) el monto de las ventas reales de NIFA de los productos existentes correspondientes al año 2003; 2) el monto de la pérdida en ventas de nuevos productos que NIFA podía haber introducido en 2003; y, 3) el último precio negociado por la planta de Merck. Al realizar así una apreciación del orden de la magnitud de las actividades económicas involucradas, la cual la CNJ consideró como insumos sobre la cuestión de lo que sería un resultado aceptable y proporcional dadas las circunstancias del caso subyacente⁶⁷², la corte concluyó que un monto que reflejase el total de estos indicadores – US \$7'673.471,81 – sería un límite razonable al lucro cesante que NIFA podría haber realizado si no hubiera sido por la conducta torticera de Merck y, junto con los US \$50.000 otorgados a manera de indemnización por daños consecuentes, representaría una cuantía de reparación proporcional.

388. Por consiguiente, lo que la CNJ hizo en realidad en su decisión de noviembre de 2014 no tiene en absoluto ninguna similitud con la caricatura descrita por la Demandante en su descripción engañosa y distorsionada de la decisión. A continuación se demuestra que, conforme se entiende apropiadamente, la sentencia de la CNJ fue razonada, razonable, racional y acorde con la ley ecuatoriana.

- ii. **La CNJ aplicó de manera correcta la información que consta en el expediente sobre las ventas, la pérdida en ventas y al precio de la planta a fin de llegar a un límite razonable sobre el lucro cesante recuperable, y sobre los gastos de negociación para determinar las pérdidas consecuentes**

⁶⁷¹ *Id.*, pp. 89-90 (énfasis agregado).

⁶⁷² Segundo Dictamen Pericial de Parraguez, ¶ 41.

389. Los valores que la CNJ asignó a cada uno de los elementos de los daños no fueron ni arbitrarios ni erróneos. Al contrario, estos valores se basaron en las pruebas que constan en el expediente.

390. *Primero*, la CNJ falló a favor del pago a NIFA de US \$50.000 por gastos generales hechos en conexión con los planes de NIFA para adquirir la planta de Merck. NIFA había gastado US \$48.000 para obtener un contrato de préstamo a fin de comprar la planta de Merck, y US \$2.000 para pagar por un informe sobre debida diligencia que la institución bancaria exigió antes de la celebración del contrato del préstamo⁶⁷³. En su Réplica Suplementaria, Merck reclama que el laudo de la CNJ de US \$50.000 en daños consecuentes no estuvo justificado por las pruebas en el expediente y que NIFA “nunca presentó pruebas de que en realidad haya gastado US \$ 50.000 en costos de financiamiento para un préstamo destinado a la compra de la planta”⁶⁷⁴. Esta declaración no es honesta. El 29 de junio de 2004, NIFA presentó voluminosas pruebas documentarias ante el tribunal de primera instancia⁶⁷⁵. Estas pruebas incluían el contrato de préstamo suscrito de US \$4’800.000 con el CONSORCIO SAN NICOLÁS de fecha 13 de junio de 2003⁶⁷⁶. A simple vista, este documento deja en claro que NIFA desembolsó en la fecha que se suscribió dicho contrato los US \$50.000 para cubrir los costos relacionados con el cierre. Además, en su solicitud de aclaración de la sentencia de la CNJ de noviembre de 2014, NIFA estuvo de acuerdo con el laudo de US \$50.000 por concepto de gastos generales. Merck dijo: “los únicos daños supuestamente identificados en la decisión que posiblemente podrían ser indemnizados, de acuerdo a una teoría de responsabilidad civil precontractual, serían los gastos en los cuales NIFA supuestamente incurriera a fin de obtener el crédito para la compra de la planta industrial, y por concepto del informe “Dum and Bradstreet”, el cual asciende a US \$50.000”⁶⁷⁷. Por lo tanto, la CNJ otorgó correctamente a NIFA estos gastos generales.

391. *Segundo*, la CNJ otorgó a NIFA el lucro cesante que NIFA pudo haber obtenido por la pérdida de oportunidades como consecuencia de la conducta torticera de Merck, limitada por los tres factores que había determinado sirvieron como insumos para un límite razonable y proporcionado a los totales injustificados recomendados en el informe del señor Cabrera.

⁶⁷³ Decisión de la CNJ de noviembre de 2014, pp. 87-88 (R-194).

⁶⁷⁴ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 89.

⁶⁷⁵ Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (29 de junio de 2004) (R-24).

⁶⁷⁶ Contrato de Crédito entre CONSORCIO INTERNACIONAL FINANCIERO SAN NICOLAS S.A. and NIFA (13 de enero de 2003) (R-141).

⁶⁷⁷ Petición de Aclaración presentada por MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (13 de noviembre de 2014), p. 2 (C-294). Petición de Aclaración presentada por MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (13 de noviembre de 2014), p. 2 (C-294).

Estos incluyeron los US \$ 4'133.833,24 en ventas reales de NIFA de los productos existentes durante el año 2003, y los US \$2'039.638,57 en ventas que NIFA podía haber hecho mediante la introducción de nuevos productos en el mismo año⁶⁷⁸. La CNJ obtuvo estas cifras del informe del señor Cabrera, las cuales se basaron en todas las pruebas que constan en el expediente, incluido un estudio realizado por IMS Health Inc., un importante proveedor mundial de inteligencia relativa al mercado para la industria farmacéutica⁶⁷⁹. A este total de US\$6'173.471,81 se agregaron los US\$1'500.000 del precio negociado para la venta de la planta a NIFA. Al contrario de la sugerencia de Merck en su Memorial Suplementario, la CNJ no falló a favor del pago a NIFA de esta suma como si NIFA hubiera pagado el precio para adquirir la planta. Al igual que los demás indicadores antes mencionados, el precio de la planta acordado sirvió como una referencia para que la corte llegase a una cifra de daños proporcionada.

392. Por consiguiente, la decisión otorgó lucro cesante hasta este límite total de US\$7'673,471,81.

iii. La determinación de que el lucro cesante por pérdida de la oportunidad es recuperable como consecuencia de responsabilidad civil precontractual está respaldado totalmente por la autoridad y es completamente racional

393. Merck se queja de que la CNJ erró en considerar el “lucro cesante” de NIFA debido a que el “lucro cesante” no es recuperable de acuerdo a la teoría sobre la responsabilidad civil precontractual. En opinión de Merck, la víctima de un acto ilícito civil precontractual solo tiene derecho a “costos generales y gastos hechos durante las negociaciones”. Sin embargo, en los fragmentos que la Demandante omite por conveniencia, precisamente las mismas autoridades que la Demandante cita para apoyar esta conclusión demuestran que esos daños por concepto de pérdida de oportunidad pueden muy bien ser recuperables por ilícitos civiles precontractuales.

394. Merck cita la obra de Jorge Oviedo Albán, quien explica:

Se afirma en general que la indemnización por daños y perjuicios disponible en la fase precontractual compensa el interés negativo,

⁶⁷⁸ Decisión de la CNJ, *PROPHAR v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (10 de noviembre de 2014) (“Decisión de la CNJ de noviembre de 2014”), p. 88 (R-194)

⁶⁷⁹ Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, *NIFA v. MSDIA*, Corte de Apelaciones (21 de junio de 2011), p. 8 (C-42). Véase también Metodología de Informes de NIFA IMS (C-290) y Carta de Presentación de Informes de NIFA IMS enviada por Iván Ponce, IMS Ecuador (C-291).

*en lugar del interés positivo, lo cual se reconoce en el incumplimiento de contratos [...]. El interés protegido [...] “no es el beneficio que el contrato habría provisto a la parte demandante si se lo hubiera celebrado [...], sino mas bien la indemnización por daños y perjuicios resultantes del acto indebido, como, por ejemplo, los costos de la negociación y aquellos que se derivaren de la fiabilidad creada en la contraparte y violada de mala fe por la parte demandada”*⁶⁸⁰.

395. Merck también se basa en el informe pericial del doctor de León presentado ante el Tribunal de Apelaciones en el litigio *NIFA v. MSDIA*, en el cual él concluyó que la “responsabilidad precontractual no involucra la recuperación de todos los daños y perjuicios contractuales sufridos por la otra parte, sino mas bien solo aquellos incluidos en el llamado “interés negativo””⁶⁸¹. Ambas son expresiones veraces de la ley. Y el laudo de indemnización por daños y perjuicios emitido por la CNJ no es incoherente con las opiniones del señor Oviedo y el doctor de León porque se basó enteramente en el “interés negativo” de NIFA tal como se demostrará más adelante.

396. El descontento de Merck por el hecho que la CNJ determinara que NIFA tiene derecho a lucro cesante se deriva de una lectura incorrecta de los conceptos de “interés negativo” e “interés positivo”. Primero, Merck sugiere que la CNJ calculó la cuantía sobre la base del interés positivo de NIFA, es decir, el lucro cesante que NIFA habría obtenido como resultado de la transacción contemplada⁶⁸². Esta aseveración es incorrecta. La CNJ no tomó en cuenta el lucro cesante que NIFA habría realizado si hubiera adquirido la planta. Mas bien, la CNJ evaluó el lucro cesante que NIFA podía haber realizado si no hubiera renunciado a otras oportunidades en la expectativa de que MSDIA iba a estar de acuerdo con la venta. La CNJ determinó:

[NIFA S.A.] incluso dejó de lado la posibilidad de comprar otras propiedades de bienes raíces, eliminando así de sus proyectos la expansión planeada de la planta donde NIFA S.A. – hoy en día PROPHAR S.A. – llevaba a cabo sus actividades de acuerdo a los planes para el proyecto de la expansión de la planta industrial de NIFA, lo cual consta en el expediente en el archivo del caso. Después de que ésta había perdido también durante más de un año [la posibilidad] de tener una nueva planta industrial, su desarrollo en la producción se detuvo, puesto que ésta no podía ofrecer todos sus productos farmacéuticos en el mercado y la consecuente

⁶⁸⁰ J. Oviedo Albán, *LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: TRATOS PRELIMINARES, OFERTA, ACEPTACIÓN* (2008), p. 31 (CLM-435) (énfasis agregado).

⁶⁸¹ Informe de Ignacio de León, *NIFA v. MSDIA*, Corte de Apelaciones (12 de febrero de 2010), p. 49 (C-24).

⁶⁸² Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 62.

pérdida de obtener ganancias, mientras todas y cada una de las presuposiciones que generan la responsabilidad civil precontractual se han probado, a fin de reparar el daño en su totalidad [...]⁶⁸³.

397. Incluso el doctor de León está de acuerdo en que, además de los gastos hechos durante las negociaciones, la víctima de una responsabilidad civil precontractual emanada de un acto ilícito tiene derecho al interés negativo que se origina en la pérdida de oportunidad:

“la doctrina y la jurisprudencia son renuentes a otorgar a la víctima algo más que un “interés contractual negativo”, en otras palabras, la recuperación de los gastos en los cuales el negociador engañado podría haber incurrido de manera justificada por haberse basado en la honestidad de la otra parte negociadora, y también en las ofertas de contratación que podía haber ejecutado en paralelo y que habría abandonado en la expectativa de contratar con la parte responsable legalmente. Es evidente que estos son daños causados directamente en la expectativa de “celebrar un contrato”, con todos sus riesgos implícitos⁶⁸⁴.

398. El doctor de León cita otras autoridades en apoyo de sus opiniones, incluida una decisión de la Corte Distrital de los Estados Unidos para Puerto Rico, en la cual confirmaba que la pérdida de oportunidad es recuperable en casos de responsabilidad civil precontractual:

la responsabilidad civil precontractual no involucra la recuperación de todos los daños contractuales sufridos por la otra parte, sino mas bien solo aquellos incluidos en el llamado “interés negativo” – *id quod interest contractum initium non fuisse* – en otras palabras, todos los gastos incurridos por la otra parte, en la expectativa de un contrato futuro: viajes, gastos, servicios de consultoría, etc., así como también todas las pérdidas causadas por no estar en una posición de beneficiarse de las oportunidades favorables que podían haber surgido como resultado de contratar con otros⁶⁸⁵.

399. Por consiguiente, es claro como se desprende de las autoridades en las cuales la propia Merck se basa que el “interés negativo” protegido por los principios de responsabilidad civil precontractual incluye el lucro cesante debido a pérdida de oportunidades, el cual debe distinguirse de los daños contractuales; la CNJ otorgó solo lo primero. Además, estas autoridades demuestran que Merck está equivocada en la medida que está sugiriendo que el lucro cesante podrá otorgarse para compensar “únicamente el interés positivo”.

⁶⁸³ Decisión de la CNJ, *PROPHAR v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (10 de noviembre de 2014), pp. 90-91 (R-194).

⁶⁸⁴ Informe de Ignacio de León, *NIFA v. MSDIA*, Corte de Apelaciones (12 de febrero de 2010), pp. 48-49 (C-24) (énfasis agregado).

⁶⁸⁵ *Id.*, p. 49.

400. Luego de citar la Corte Suprema de Colombia unos pocos párrafos después del texto antes transcrito de la cita, el señor Oviedo Albán sugiere que los daños y perjuicios por responsabilidad civil precontractual podrían ser compensados más allá de los *damnum emergens* (los gastos hechos en conexión con la negociación), y que la parte demandante podría recuperar todo lucro cesante futuro *por pérdida de oportunidad*⁶⁸⁶. El texto siguiente es la opinión de la Corte Suprema de Colombia sobre indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad civil precontractual:

Las partes perjudicadas tienen derecho a resarcimiento, cuya medida ya no está vinculada al interés de cumplimiento o interés positivo – exigible solo con contratos celebrados de manera válida y efectiva –; en cambio, se determinará por lo que comúnmente se conoce como *‘interés negativo o de expectativa’*, ordenado alrededor de la reparación de la situación patrimonial negativa de aquellos que han confiado que no se interrumpiría el curso normal de las negociaciones, [...] en el caso del primero de esos conceptos – el daño consecuente – la parte perjudicada podrá exigir el reembolso por concepto de los gastos incurridos debido a esas negociaciones, aunque de acuerdo al concepto de frustración de beneficios ésta podría demandar los beneficios reales que no ha recibido debido a las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, teniendo en cuenta, obviamente, que lo último no es equivalente a lucro cesante debido a incumplimiento de la propia relación comercial prevista – dado que el beneficio por su propia naturaleza sin duda consiste en el interés positivo o interés de cumplimiento que, una vez más, exige un contrato válido y perfeccionado *ab initio* –, sino más bien la pérdida que implicaría que, debido a haber confiado en que la otra parte negociadora haría lo que fuera necesario para perfeccionar los vínculos comerciales previstos, ésta abandone una posición económicamente favorable que en realidad existía al momento del hecho perjudicial – por ejemplo, la posibilidad real de celebrar un contrato diferente que habría sido ventajoso⁶⁸⁷.

401. Esta opinión también está corroborada por Monsalve Caballero, otro autor en quien la CNJ se basó para calcular la indemnización por daños de NIFA. De acuerdo a Monsalve Caballero, la reparación integral del llamado interés negativo en un contexto precontractual consta de dos partidas: 1) todos los gastos incurridos durante las negociaciones (*damnum emergens*) y la pérdida de oportunidades de negocios alternativas (lucro cesante)⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ J. Oviedo Albán, LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: TRATOS PRELIMINARES, OFERTA, ACEPTACIÓN (2008), p. 32 (CLM-435).

⁶⁸⁷ *Id.*, pp. 32-33.

⁶⁸⁸ V. Monsalve Caballero, RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES (2014), p. 376 (RLA-193).

402. Por último, las objeciones de Merck al cálculo de indemnización por daños hecho por la CNJ son incoherentes con sus argumentos en defensa de la primera decisión de la CNJ ante la Corte Constitucional de Ecuador. Allí, Merck se opuso a la acción extraordinaria de protección de NIFA que buscó anular la decisión de la CNJ de septiembre de 2012⁶⁸⁹. Merck defendió el cálculo de la CNJ de indemnización por daños por considerarlo “debidamente razonado” y dentro de los parámetros de la Constitución y la Ley [...] ⁶⁹⁰. Resulta interesante que los daños de NIFA en la primera decisión de la CNJ se determinaran en referencia a la pérdida de ocasión u oportunidad para participar en una negociación frustrada con Merck⁶⁹¹. La pérdida de oportunidad fue la misma base para los daños de NIFA en la segunda decisión de la CNJ pese al hecho de que la corte consideró que estos eran excesivos y fuera de proporción. Por lo tanto, los argumentos de Merck contra el segundo laudo de la CNJ sobre daños están socavados por su propia conducta previa.

403. Por lo tanto, es evidente que la decisión de la CNJ de otorgar lucro cesante por la pérdida de oportunidad fue razonable y coherente con la ley sobre responsabilidad precontractual.

iv. Los tribunales ecuatorianos gozan de amplia flexibilidad en la determinación de la cuantía de un laudo de indemnización por daños y perjuicios, la cual es similar a la que ejercen los tribunales arbitrales internacionales

404. Los tribunales ecuatorianos gozan de amplia flexibilidad para determinar la cuantía de la indemnización por daños. En su tratado sobre obligaciones extracontractuales, el Profesor Larrea Holguín explica que “La *evaluación* de la cuantía de indemnización por daños y perjuicios y la *compensación apropiada* se deja a la discreción de los jueces con base en el valor de las pruebas que se han incorporado legalmente al proceso”⁶⁹². Conforme se explicó previamente, en ejercicio de esta discreción, la CNJ consideró que el lucro cesante de NIFA por la pérdida de la oportunidad tal como el señor Cabrera calculó era desproporcionado, y decidió tomar en cuenta otros indicadores que reflejasen la magnitud de las actividades económicas involucradas en la diferencia como un límite para los daños exagerados de NIFA.

405. Además, como se explicó anteriormente, la CNJ consideró el informe del señor Cabrera solo como una referencia, y tomó únicamente las cifras que consideraba razonables,

⁶⁸⁹ Sentencia, *NIFA v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (21 de septiembre de 2012) (C-203).

⁶⁹⁰ Escrito de MSDIA, Corte Constitucional (13 de septiembre de 2013), ¶ 4 (R-120).

⁶⁹¹ Sentencia, *NIFA v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (21 de septiembre de 2012), pp. 43-46 (C-203).

⁶⁹² J. Larrea Holguín, *DERECHO CIVIL DEL ECUADOR* (2009), p. 64 (RLA-172) (énfasis agregado).

mientras descartó otras por considerarlas exageradas o infundadas. Este método es coherente con la ley y la práctica ecuatoriana. Conforme el Profesor Parraguez explica, las normas sobre el testimonio de peritos permiten que los jueces ecuatorianos tomen una decisión más allá de las conclusiones de un perito mediante la adición de sus propias consideraciones o valoraciones, en especial cuando los principios de la equidad o la proporcionalidad así lo exijan⁶⁹³. A fin de ilustrar este punto, el Profesor Parraguez cita una decisión de 1999 de la Corte Suprema de Ecuador en la cual la corte decidió que en épocas de alta inflación, era necesario agregar otro indicador de compensación porque los intereses por sí solos volverían a la compensación carente de sentido⁶⁹⁴. En otro caso, esta vez del año 1977, la Corte Suprema de Ecuador debió estimar los daños resultantes de un accidente automovilístico y tuvo ante sí cinco diferentes informes que cuantificaban el valor del vehículo de 0% a 75%. La corte, en ejercicio de su discreción, concluyó que el vehículo perdió el 35% del valor original con base en los siguientes criterios: 1) la persistencia de efectos visibles después de las reparaciones; 2) la probable existencia de otros defectos reales que no eran visibles; 3) los daños por concepto de gastos generales por mantener al vehículo en un garaje durante períodos de tiempo prolongados; y, 4) la renuencia del conductor a adquirir un nuevo vehículo nuevo luego de haber sufrido un accidente grave⁶⁹⁵.

406. Por consiguiente, la apreciación de la CNJ de los factores de limitación apropiados fue un ejercicio similar de su discreción para imponer un límite de proporcionalidad a los daños de NIFA.

407. Los tribunales arbitrales han utilizado un enfoque similar con respecto al laudo de daños en la esfera internacional. Desde el punto de vista legal, está bien establecido que los tribunales arbitrales internacionales tienen considerable flexibilidad en la solución de cuestiones sobre compensación⁶⁹⁶. Conforme el Comité *Ad hoc* expresó en *Rumeli Telekom v. Republic of Kazakhstan*:

⁶⁹³ Segundo Dictamen Pericial de Parraguez, ¶ 40.

⁶⁹⁴ *Id.*

⁶⁹⁵ L. Holguín, DERECHO CIVIL DEL ECUADOR (2009), p. 64 (RLA-172).

⁶⁹⁶ Véase v.g., *Marvin Roy Feldman Karpas v. United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002) (Kerameus, Bravo, Gantz), ¶¶ 195-196 (RLA-158); *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo (21 de noviembre de 2007) (Cremades, Rovine, Siqueiros T.), ¶ 279 (RLA-167); *Wena Hotels LTD. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Anulación (5 de febrero de 2002) (Kerameus, Bucher, Orrego Vicuña), ¶ 91 (CLM-151); *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems Inc., Starrett Housing International Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Caso No. 24, Laudo No. 314-24-1(14 de agosto de 1987), reimpresso en 16 Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los EE.UU. 112, ¶339 (RLA-146).

En general, se permite a los tribunales una medida considerable de discreción para determinar cuestiones relativas a la cuantía.

Ésta no es una cuestión que se deba resolver simplemente sobre la base de la carga de la prueba. A fin de estar seguro, el tribunal debe estar convencido de que la parte demandante ha sufrido algunos daños de acuerdo al encabezado pertinente como resultado de la violación por la parte demandada. Pero una vez que esté convencido de esto, la determinación de la cantidad precisa de este daño es una cuestión para la estimación informada del tribunal a la luz de todas las pruebas que tenga a su disposición. Esto se acepta ampliamente en la ley municipal⁶⁹⁷.

408. Esta discreción arbitral se ilustró en fecha más reciente en *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*⁶⁹⁸. Si bien el tribunal aceptó que las demandantes tienen derecho a recupera el valor de su inversión y dividendos *excluida la causa próxima* [“*but-for value*”], decidió no otorgar la cuantía de la indemnización por daños solicitada ni determinó los daños de la manera solicitada por Yukos. El panel no solo ordenó una indemnización por daños significativamente menor, sino que, al igual que la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 también rechazó la implementación de las demandantes de los métodos empleados para calcular sus pérdidas. Por ejemplo, debido a que el tribunal seleccionó fechas de valoración diferentes, no pudo aplicar directamente las valoraciones de las demandantes o las correcciones de la demandada del valor del patrimonio de Yukos. Por lo tanto, el tribunal decidió determinar “el valor de Yukos a las fechas de valoración pertinentes mediante el ajuste del valor de Yukos a noviembre de 2007 sobre la base del desarrollo de un índice pertinente”⁶⁹⁹. Supuestamente, este método basado en el índice no fue ni propuesto ni ratificado por las partes⁷⁰⁰.

409. De manera similar, el tribunal en *Yukos* usó las cifras hipotéticas de Flujo de Efectivo Disponible al Patrimonio como un aproximado para sus dividendos “*but-for*”. Aun cuando estas cifras exageraban el monto de los dividendos “*but-for*” de Yukos (debido a que parte de éste se habría reinvertido en Yukos y no distribuido a los accionistas), el tribunal no obstante adoptó este método como punto de partida⁷⁰¹. Luego hizo ajustes a los dividendos “*but-for*” con base en tres factores de riesgo: (i) impuestos sobre la renta más altos, (ii) la política de

⁶⁹⁷ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Decisión del Comité *ad hoc* (25 de marzo de 2010) (Schwebel, McLachlan, Silva Romero), ¶¶ 146-147 (RLA-179).

⁶⁹⁸ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Caso PCA No. 227, CNUDMI (Energy Charter Treaty), Laudo Final (18 de julio de 2014) (Fortier, Poncet, Schwebel) (“*Yukos* (2014)”) (RLA-198).

⁶⁹⁹ *Id.*, ¶ 1788.

⁷⁰⁰ Citación Judicial (29 de noviembre de 2014), ¶¶ 417-418 (RLA-201).

⁷⁰¹ *Id.*, ¶ 422.

dividendos de la compañía, y (iii) la “estructura compleja y confusa establecida por las Demandantes”⁷⁰². Sin embargo, ninguno de estos factores había sido abordado por las partes⁷⁰³. Al igual que la decisión de la CNJ de noviembre de 2014, el tribunal en *Yukos* consideró apropiado imponer algunos límites de proporcionalidad a los daños de las demandantes.

410. Como corolario de su discreción, un tribunal podrá también tomar en consideración principios equitativos en la determinación de la cuantía⁷⁰⁴. Dichas consideraciones podrán reflejarse a través de ajustes a los montos resultantes. Esto se reconoció en *Phillips Petroleum v. Iran* en el cual el IUSCT expresó: “La necesidad de esos ajustes es entendible, pues la determinación del valor por parte de un tribunal debe tomar en cuenta todas las circunstancias pertinentes, incluidas las consideraciones equitativas”⁷⁰⁵.

411. Por consiguiente, la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 es coherente con las prácticas de los tribunales internacionales. La CNJ ejerció su amplio margen de apreciación al poner límites de proporcionalidad a la indemnización de daños a NIFA con base en las pruebas que tenía a su disposición.

v. La decisión de la Corte sobre la solicitud de aclaración presentada por Merck fue totalmente apropiada

412. El 13 de noviembre de 2014, un día después que la CNJ había emitido su sentencia final, Merck presentó un escrito adicional en el cual solicitaba que la corte corrigiese supuestos errores en el cálculo de daños⁷⁰⁶. La CNJ rechazó esta solicitud el 10 de diciembre de 2014⁷⁰⁷. Merck argumenta que la “negativa” de la CNJ “a cambiar el curso” demuestra que ésta no es una corte comprometida con el imperio de la ley⁷⁰⁸. Más que una corrección de errores, la solicitud de Merck invitaba a la CNJ a reconsiderar o cambiar su decisión por

⁷⁰² *Yukos (2014)*, ¶¶ 1803-1810 (RLA-198).

⁷⁰³ Citación Judicial (29 de noviembre de 2014), ¶ 432 (RLA-201).

⁷⁰⁴ Véase, v.g., *Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Laudo Final (24 de marzo de 1982) reimpresso en 21 ILM 876 (1982), ¶ 78 (RLA-142); *Amoco Int’l Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Laudo (14 de julio de 1987), 15 Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los EE.UU. 189 reimpresso en 27 ILM 1314 (1988), ¶ 220 (RLA-145); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003) (Grigera Naon, Fernandez Rozas, Vereza), ¶ 190 (RLA-159); *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. The Republic of Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo Final (17 de febrero de 2000) (Fortier, Lauterpacht, Weil), ¶ 92 (RLA-156).

⁷⁰⁵ *Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Co.*, Laudo No. 425-39-2 (29 de junio de 1989), 21 Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los EE.UU. 79, ¶ 112 (RLA-148).

⁷⁰⁶ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 91.

⁷⁰⁷ *Id.* ¶ 92.

⁷⁰⁸ *Id.*, ¶ 93.

completo. En consecuencia, la CNJ consideró que la solicitud de Merck carecía de todo fundamento jurídico porque la sentencia era clara, estaba debidamente motivada y se basó en la ley, la doctrina y la jurisprudencia⁷⁰⁹. Por lo tanto, la decisión de la CNJ de negar la solicitud de Merck de aclaración fue totalmente apropiada.

vi. Conclusión

413. La decisión de la CNJ de limitar los daños de NIFA a un conjunto de indicadores económicos derivados de la información en el expediente fue razonable. Aunque la CNJ sostuvo correctamente que NIFA tenía derecho a lucro cesante por la pérdida de oportunidad, determinó que el lucro cesante de NIFA en conformidad con el cálculo del señor Cabrera era exagerado. En ejercicio de su amplia discreción para evaluar las pruebas en el expediente, incluidos los informes periciales, la CNJ vio el informe del señor Cabrera como una referencia para la cuantificación de daños. En consecuencia, la CNJ recurrió al principio de la proporcionalidad en derecho constitucional para llegar a un límite razonable a la recuperación del lucro cesante y falló a favor del pago a NIFA de la suma de US \$7,7 millones sobre la base de las ventas de NIFA y la pérdida en ventas correspondientes al año 2003, el precio no pagado de la planta, y los gastos generales de NIFA efectuados durante las negociaciones. Este método fue razonado, racional y totalmente coherente con la ley y la práctica ecuatorianas. Por lo tanto, estuvo comprendido perfectamente en el rango de los resultados de daños jurídicamente posibles y, por consiguiente, no puede considerarse como una denegación de justicia.

3. Merck tuvo oportunidad plena y justa de presentar su caso ante la CNJ, y ninguno de los defectos procesales que Merck alega constituye una denegación de justicia

414. El argumento de Merck concerniente a los defectos procesales en la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 se basa en el mismo tipo de distorsiones manifiestas que impregnan sus argumentos en el sentido que la CNJ aplicara erróneamente la ley al pronunciar su decisión. Merck ataca la decisión en dos frentes: Primero, asevera que “no tenía conocimiento de que podía hallársela responsable” debido a responsabilidad civil precontractual porque “NIFA nunca planteó la responsabilidad civil precontractual como una posible base para su reclamo” y “nunca invocó las disposiciones en la ley escrita [los Artículos 721 y 1562 del Código Civil] de acuerdo con los cuales la CNJ halló responsable a

⁷⁰⁹ Decisión de la CNJ sobre la Solicitud de Aclaración presentada por NIFA, *PROPHAR v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (10 de diciembre de 2014) (C-295).

MSDIA”⁷¹⁰. Por lo tanto, ésta argumenta, se la “privó de la oportunidad de ser escuchada sobre la cuestión de si esas leyes escritas en realidad crean una base para imponer responsabilidad civil precontractual y si la conducta de MSDIA violó alguna obligación creada por dichas leyes”⁷¹¹. Conforme se demostró con anterioridad, este argumento se basa en una descripción falsa de la base de la decisión de la CNJ. Además, al igual que con el argumento casi idéntico de Merck concerniente a la decisión de septiembre de 2012 en el sentido que ésta no tenía “ningún conocimiento” de que se pudiera hallarla responsable por competencia desleal, esto también se desmiente en virtud del expediente de los procesos en los tribunales inferiores, durante los cuales Merck no solo estuvo sobre aviso en cuanto a que los reclamos de PROPHAR podían interpretarse como planteamientos basados en la responsabilidad civil precontractual y la obligación de una parte de conducirse de buena fe durante las negociaciones contractuales, pero argumentó y obtuvo pruebas sobre esa base de la responsabilidad civil.

415. Segundo, Merck alega que el “principio dispositivo” de la Ley de Casación de Ecuador limitó la jurisdicción de la CNJ a “errores que las partes alegaron en sus respectivas Peticiones de Casación” y fue así debido a que “ni MSDIA ni NIFA solicitaron en sus peticiones de casación que la CNJ decidiese sobre un reclamo por responsabilidad precontractual, [...] la CNJ no tenía jurisdicción para hacerlo”⁷¹². Esta aseveración, la cual Merck recicla a partir de un argumento similar contra la decisión de septiembre de 2012, se basó en una flagrante descripción falsa del procedimiento y la jurisdicción de la CNJ por parte de Merck así como de un perito que testificó en apoyo de su Memorial, pero quien – por razones que se analizan más adelante – no declaró como testigo en apoyo de la Réplica o la Réplica Suplementaria de Merck. También es directamente contraria a la propia descripción de Merck del procedimiento y la jurisdicción correctos de la CNJ en la Corte Constitucional en su respaldo a la decisión de la CNJ de septiembre de 2012.

- a. **Merck tuvo conocimiento durante todo el litigio que la responsabilidad civil precontractual y la violación de la buena fe fueron bases de los reclamos de PROPHAR, y tuvo, y aprovechó la oportunidad plena y justa de defenderse contra estos**

416. Merck fundamentó su argumento de que la CNJ le negara justicia a través de errores procesales en su aseveración – un argumento que se demostró previamente que era

⁷¹⁰ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶¶ 43, 44.

⁷¹¹ *Id.*, ¶ 45.

⁷¹² Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶¶ 55-57.

sencillamente incorrecto – en el sentido que la CNJ basara su decisión de noviembre de 2014 en “una nueva teoría de la responsabilidad legal” basada en la responsabilidad precontractual y los Artículos 721 y 1562 del Código Civil de Ecuador. Como resultado, Merck argumenta, la CNJ “privó de una oportunidad de ser escuchada sobre la cuestión de si esas leyes en realidad crean una base para imponer responsabilidad precontractual y si la conducta de MSDIA violó alguna obligación creada por esas leyes”⁷¹³. Por lo tanto, “la imposición por parte de la CNJ de responsabilidad sobre una base jurídica que la parte demandante no invocó y en cuanto a la cual no se ha otorgado a MSDIA la oportunidad de ser escuchada es una denegación de justicia”⁷¹⁴.

417. La aseveración de Merck de que “no tenía conocimiento” de que podía hallársele responsable en los términos de los Artículos 721 y 1562 y por razones de responsabilidad precontractual es el mismo tipo de argumento engañoso que ésta trató de imponer a este Tribunal alegando que la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 se basara “únicamente” en el Artículo 244(3) de la Constitución de 1998. Primero, como Merck sabe pero una vez más está ocultando a este Tribunal, la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 se fundamentó en los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil de Ecuador, los cuales PROPHAR citó como razones para sus causas de acción contra Merck y rigen la responsabilidad civil por conducta torticera en Ecuador. Merck no podía haber sido sorprendida de haber sido hallada responsable por razones que PROPHAR había citado en su denuncia. Además, conforme se demostró con anterioridad y en la propia decisión de noviembre de 2014, la CNJ citó los Artículos 721 y 1562 mediante analogía como pruebas de la existencia de una obligación con respecto a una parte en una negociación de conducirse de buena fe, no como las razones para determinar que Merck es responsable con respecto a PROPHAR por una violación de la buena fe durante las negociaciones contractuales de las partes.

418. Segundo, Merck alega que “no tenía conocimiento de que pudiera hallársele culpable” por razones de responsabilidad precontractual” y por lo tanto fuera “privada de una oportunidad de ser escuchada sobre la cuestión” porque “NIFA nunca planteó la responsabilidad precontractual como una posible base para su reclamo” y planteó los Artículos 721 ó 1562. Esta alegación es falsa, conforme lo prueba el expediente de los procesos en los tribunales inferiores y la petición de casación de Merck. La “notificación” de Merck de que se la había acusado de mala fe durante sus negociaciones con PROPHAR para la venta de su planta – la característica de un reclamo por ilícito extracontractual basado en

⁷¹³ *Id.*, ¶ 45.

⁷¹⁴ *Id.*

responsabilidad precontractual – comenzó con la denuncia de PROPHAR. Esa denuncia alegaba que PROPHAR había creído que Merck estaba actuando con transparencia y buena fe durante las negociaciones; sobre esa base, PROPHAR había demorado otros planes para incrementar su capacidad de producción; pero que Merck actuó con engaño para demorar su expansión en el mercado por imponer en un momento tardío en las negociaciones una nueva condición que, durante un período de cinco años, PROPHAR no produjese fármacos genéricos en la planta que competirían con los fármacos genéricos distribuidos por Merck en Ecuador⁷¹⁵. En respuesta, Merck negó haber actuado en forma negligente en algún momento; haber terminado de manera negligente o fraudulenta las negociaciones con la intención de causar daño a PROPHAR; y que PROPHAR no había probado que Merck haya actuado de mala fe o que ésta haya sido perjudicada⁷¹⁶.

419. El expediente demuestra que, durante todo el desarrollo de los procesos en los tribunales inferiores, Merck se defendió con vigor contra las alegaciones de PROPHAR de mala fe, lo cual incluyó específicamente el argumento de que ésta no era culpable debido a responsabilidad precontractual. Por ejemplo, en el proceso en el Tribunal de Primera Instancia, Merck presentó por lo menos cinco escritos separados que argumentaban que ésta no había actuado en forma negligente, fraudulenta o de otro modo de mala fe durante las negociaciones⁷¹⁷. Por su parte, PROPHAR presentó por lo menos tres escritos separados que argumentaban que Merck era responsable legalmente con respecto a ésta por razones de responsabilidad precontractual y que su conducta debía ser sancionada de acuerdo al derecho sobre ilícito civil extracontractual; es decir, las secciones 2214 y 2229 del Código Civil⁷¹⁸.

420. Los procesos en el Tribunal de Primera Instancia culminaron en la decisión del 17 de diciembre de 2007. En esa decisión, el Tribunal de Primera Instancia determinó que Merck había actuado con falta de transparencia y engaño durante sus negociaciones con PROPHAR y era responsable con respecto a PROPHAR de acuerdo (entre otras disposiciones del Código) a los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil. Como una de las bases para su dictamen, el tribunal determinó que “si una de las partes [en las negociaciones] no ha actuado de buena fe,

⁷¹⁵ Denuncia de NIFA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (16 de diciembre de 2003), ¶¶ d, n) (C-10).

⁷¹⁶ Contestación de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (23 de enero de 2004), pp. PDF 10-12 (C-140).

⁷¹⁷ Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (20 de marzo de 2007) (R-149); Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (6 de febrero de 2007) (R-148); Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (4 de septiembre de 2006) (R-146); Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (2 de julio de 2004) (R-143).

⁷¹⁸ Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (18 de octubre de 2006) (R-147); Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (20 de abril de 2007) (R-150).

la parte afectada podrá solicitar que se la indemnizase por daños y perjuicios que se le ha causado, porque la buena fe debe estar presente en todas las relaciones entre las partes, y este principio puede encontrarse en el Artículo 1562 del Código Civil” y llegó además a vincular esa obligación específicamente con la responsabilidad precontractual⁷¹⁹.

421. Merck sabía con certeza, entonces – es decir, durante todo el procedimiento en el Tribunal de Apelaciones en 2008-2011 y cuatro años antes de que ésta iniciara los procesos en la CNJ – que podía ser considerada responsable con respecto a PROPHAR por razones de responsabilidad precontractual por una violación de la buena fe en su conducta durante las negociaciones contractuales de las partes. También estuvo sobre aviso de que el Artículo 1562 del Código Civil podía servir como una fuente para un análisis de una corte de la existencia de la obligación de buena fe y la responsabilidad precontractual. Además, Merck tuvo y utilizó una “oportunidad” plena “de ser escuchada sobre” esas cuestiones en los procesos en el Tribunal de Apelaciones y para “defenderse” de esa posible responsabilidad. Redobló sus intentos de demostrar que había actuado de buena fe durante las negociaciones con PROPHAR mediante, por ejemplo, la presentación de por lo menos cinco cuestionarios a testigos en los cuales les solicitaba proveyesen su testimonio sobre si ésta había actuado de buena fe durante sus negociaciones con PROPHAR⁷²⁰. Merck también presentó por lo menos cuatro escritos en los cuales argumentó de manera diversa que ésta no había actuado de mala fe en las negociaciones contractuales, que la doctrina de responsabilidad precontractual no existía en Ecuador, que en todo caso no era responsable de acuerdo a esa doctrina, y que las decisiones del Tribunal de Primera Instancia a ese respecto estaban en un error⁷²¹. De manera similar, PROPHAR presentó por lo menos tres escritos durante los procesos en el Tribunal de Apelaciones, en los que abordaba cuestiones de la conducta de mala fe de Merck durante las

⁷¹⁹ Sentencia, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (17 de diciembre de 2007), p. PDF 12 (C-3).. La traducción de Merck al inglés del término equivalente a “responsabilidad precontractual” en el fragmento pertinente en la p. 12 de C-3 es “fault in contracting”. Sin embargo, el original en español usa *culpa en contrahendo*, la cual es el equivalente en español de “pre-contractual liability”.

⁷²⁰ Petición de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (5 de junio de 2009 a las 11:46 a.m.) (R-154); Petición de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (5 de junio de 2009 a las 11:48 a.m.) (R-155); Petición de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (5 de junio de 2009 a las 11:49 a.m.) (R-156); Petición de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (5 de junio de 2009 a las 11:51 a.m.) (R-157).

⁷²¹ Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (16 de septiembre de 2010) (R-166); Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (sin fecha) (R-200); Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (11 de marzo de 2011) (R-173); Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (11 de mayo de 2010) (R-164).

negociaciones, la responsabilidad precontractual, y la obligación de Merck de compensarla por esas razones⁷²².

422. Además, durante los procesos en el Tribunal de Apelaciones, el perito nombrado por la corte, doctor Ignacio de León, presentó dos informes en los cuales él concluía no solo que la responsabilidad precontractual existe bajo la ley ecuatoriana, sino también que ésta existe en parte porque “de acuerdo al artículo 1562 del Código Civil, las partes [es decir, PROPHAR y Merck] estaban obligadas a observar una conducta de buena fe durante las negociaciones preliminares”⁷²³. Un segundo perito nombrado por la corte, doctor Carlos Guerra, concluyó que Merck había incurrido en responsabilidad precontractual debido a sus esfuerzos para impedir que PROPHAR compitiera con ésta⁷²⁴.

423. Si fueren necesarias más pruebas del “conocimiento” de Merck en cuanto a que la responsabilidad precontractual había estado en cuestión en los procesos en los tribunales inferiores y que ésta había tenido una oportunidad de defenderse contra esas cuestiones, la petición de casación presentada por Merck planteó la responsabilidad precontractual y la conducta de mala fe durante las negociaciones contractuales como una razón con base en la cual se la había hallado responsable de indemnizar a PROPHAR⁷²⁵. Su intento en su Réplica de minimizar el hecho cuando dijo que “mencionó la responsabilidad precontractual” en su

⁷²² Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (8 de octubre de 2008) (R-151); Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (10 de mayo de 2010) (R-163); Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (14 de marzo de 2011) (R-174).

⁷²³ Informe de Ignacio de León, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (17 de febrero de 2010), p. 18 (C-24); véase también *id.*, pp. 16-24. En la nota a pie de página 49 de su Réplica Suplementaria, Merck describe erróneamente al doctor de León como si concluyera que “no había ninguna doctrina de responsabilidad precontractual en Ecuador”. A su vez, el doctor de León concluyó exactamente lo opuesto, en las páginas 17-18 y 21 de su Primer Informe, conforme se indicó previamente. Más tarde, como parte de su Segundo Informe, el doctor de León tomó preguntas de Merck, las cuales le preguntaban a él si “existe en Ecuador una norma explícita y concreta que establezca la responsabilidad derivada de la *culpa in contrahendo* [es decir, la responsabilidad precontractual] en la fase previa a la formalización de un contrato, tal como sí existe en otros sistemas jurídicos que se indican en el informe pericial”, es decir, una disposición en el Código. El doctor de León responde “no” a esta pregunta, pero al final de su Segundo Informe Pericial, él ratificó su Primer Informe “en todas y cada una de sus partes” con lo cual dejó la conclusión de su Primer Informe de la existencia de responsabilidad precontractual en Ecuador intacta. Véase Informe Suplementario de Ignacio Luis de León Delgado, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (20 de julio de 2010), pp. 19, 21 (C-284) (énfasis agregado)..

⁷²⁴ Informe de Carlos Guerra Román, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (14 de febrero de 2011), p. 76 (C-32).

⁷²⁵ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 56, nota a pie de página 49. Conforme se explica a continuación, el propósito de la petición de casación de Merck era indicar sus razones para que la CNJ casase, o anulase la decisión del Tribunal de Apelaciones en conformidad con lo que dispone el Artículo 3 de la Ley de Casación. No es un argumento acerca de cómo, si la CNJ anulara la decisión del Tribunal de Apelaciones, la CNJ debía proceder para volver a decidir sobre la denuncia de PROPHAR y la contestación de Merck a dicha denuncia, a la luz de las pruebas desarrolladas durante los procesos en los tribunales inferiores. Sin embargo, la petición de casación de Merck es prueba contundente, como un registro de su conocimiento de la responsabilidad precontractual y de si ésta había actuado de buena fe, o mala fe, estaba en cuestión en el caso, incluso en el caso de que la CNJ llegara a anular la decisión del Tribunal de Apelaciones y volviera a decidir el caso.

petición de casación “solo de casualidad”⁷²⁶ no sirve de nada. Conforme se demuestra más adelante, Merck argumentó la cuestión de la responsabilidad precontractual en su petición de casación, como parte de su argumento de que el Tribunal de Apelaciones no consideró debidamente las pruebas y debió haber aceptado la conclusión del perito nombrado por la Corte, doctor de León, de que ésta no era responsable en cuanto a PROPHAR debido a responsabilidad precontractual⁷²⁷. También argumentó que no había ninguna prueba en los procesos en las cortes inferiores que demostrara que su conducta durante las negociaciones con PROPHAR constituyera mala fe, un elemento de un reclamo basado en responsabilidad precontractual y que el Tribunal de Apelaciones no habría determinado que ésta había actuado de mala fe si la Corte hubiera considerado debidamente todas las pruebas que constan en el expediente⁷²⁸.

424. En síntesis, Merck ha fracasado por completo en demostrar que no ha tenido “ningún conocimiento” de que podía hallársele responsable con respecto a PROPHAR debido a responsabilidad precontractual o que no tuvo una oportunidad de defenderse de dicha responsabilidad. Al contrario, el expediente de los procesos en los tribunales inferiores demuestra exactamente lo contrario así como la falta de fundamento del argumento de Merck en cuanto a que los argumentos de PROPHAR relativos a la defensa de la competencia le impidieran reunir pruebas sobre si ésta había ejercido una conducta de mala fe durante las negociaciones de las partes y si era responsable con respecto a PROPHAR por razones de responsabilidad precontractual.

b. Al contrario de las declaraciones falsas de Merck, la CNJ aplicó el procedimiento apropiado al imponer responsabilidad con base en la responsabilidad precontractual, y tenía la competencia para hacerlo

425. Merck asevera que de acuerdo al principio “dispositivo”, la jurisdicción de la CNJ se limita a “decidir sobre causas de acción establec[idas] por el Artículo 3 de la Ley de Casación y los errores que alegan las partes en sus respectivas Peticiones de Casación”⁷²⁹. En apoyo de esa proposición, Merck se basa en dos fuentes. Primero, cita el testimonio del doctor Carlos Humberto Páez Fuentes, abogado ecuatoriano que testificó en apoyo del argumento en el Memorial de Merck de que ésta no tenía “ningún conocimiento” de que se podría hallarla

⁷²⁶ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 56.

⁷²⁷ Petición de Casación Presentada por MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (13 de octubre de 2011), ¶ 120 (C-198).

⁷²⁸ *Id.*, ¶¶ 103, 126.

⁷²⁹ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 55.

responsable en el primer proceso ante la CNJ debido a competencia desleal⁷³⁰. De acuerdo al doctor Páez Fuentes, la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 estuvo “restringida por el ‘principio dispositivo’ [...] [el cual] impide que el juez decida sobre asuntos que han sido planteados por las partes” en sus peticiones de casación⁷³¹. El doctor Páez Fuentes dice además que “en los procesos de *NIFA v. MSDIA*, ninguna parte enumeró como base de sus peticiones de casación el hecho que el [Tribunal de Apelaciones] no decidió sobre el fondo de un reclamo en el que se alegaba competencia desleal” y, debido a eso, “la CNJ violó la Ley de Casación y el principio dispositivo al hallar a MSDIA responsable por actos de competencia desleal”⁷³². Merck también cita una decisión de 1996 de la Corte Suprema de Ecuador (la predecesora de la CNJ), *Gerente de la Cooperativa de Educadores de El Oro v. Rebeca Minuche*⁷³³, también citada en la opinión del doctor Páez fuentes, la cual Merck describe como si estableciera que “la jurisdicción de la CNJ se limita a resolver las razones específicas para la casación presentada a su consideración por las partes”⁷³⁴. Sobre esa base, Merck aplica la opinión del doctor Páez Fuentes con respecto a la competencia desleal a su aseveración actual con respecto a la responsabilidad precontractual, para concluir que “debido a que ninguna parte solicitó que la CNJ decidiese sobre un reclamo de responsabilidad precontractual, la CNJ no tenía jurisdicción para hacerlo”⁷³⁵.

426. Este argumento es completamente falso por múltiples razones, de las cuales no es la menos importante que si Merck hubiera creído en realidad que la CNJ *no* tenía *jurisdicción* para haber pronunciado una decisión basada en la responsabilidad precontractual, ésta habría presentado un recurso ante la Corte Constitucional por una violación de su derecho al debido proceso para hacer que un juez competente conociese de su caso⁷³⁶, lo cual – una vez más – ésta habría hecho. Esto solo se refuerza por el hecho de que, en su Réplica Suplementaria, Merck relega su argumento de “ausencia de jurisdicción” a una simple ocurrencia tardía de tres párrafos para su argumento igualmente inventado de que la decisión de noviembre de

⁷³⁰ Conforme se advirtió anteriormente, Merck no presentó una opinión del doctor Páez Fuentes en apoyo de su Réplica o su Réplica Suplementaria, aun cuando Ecuador puso su testimonio en cuestión en su Memorial de Contestación. Tal vez eso se debe, en su opinión, a que el doctor Páez Fuentes testificó que “El Artículo 15 de la Ley de Casación prohíbe [que la CNJ acepte nuevas pruebas] durante un proceso que tiene ante sí, con lo cual confirma que, al presentar el memorando de junio de 2012 en el cual priva a Cristian Augusto Cabrera de la certificación como perito en daños, la propia Merck creó las condiciones que condujeron a la anulación por parte de la Corte Constitucional de la decisión de la CNJ de septiembre de 2012. Véase Dictamen Pericial de Carlos Humberto Páez Fuentes (1 de octubre de 2013) (“Dictamen Pericial de Páez Fuentes”), ¶ 21..

⁷³¹ *Id.*, ¶ 18.

⁷³² *Id.*, ¶ 22.

⁷³³ *Gerente de la Cooperativa de Educadores de El Oro v. Rebeca Minuche*, Corte Suprema de Justicia, Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil (26 de julio de 1996), pp. 10-11 (CLM-197).

⁷³⁴ Réplica Suplementaria de la Demandante, ¶ 55.

⁷³⁵ *Id.*, ¶ 57.

⁷³⁶ Primer Informe Pericial de Guerrero, ¶ 17(a).

2014 constituyera una denegación de justicia porque ésta no “tuvo ningún aviso” de que podía hallársele responsable con respecto a PROPHAR por razones de responsabilidad precontractual.

427. Tal como ha ocurrido con casi todos los demás argumentos planteados por Merck en este arbitraje, sus declaraciones en la Corte Constitucional condenan al fracaso a su argumento de “falta de jurisdicción” y corroboran no solo que ésta no cree en ese argumento, sino también que debe saber que éste es falso. Peor aún, es la misma conducta que Merck acusó a PROPHAR de tratar de perpetrar en la Corte Constitucional; es decir, confundir de manera intencional el proceso de la CNJ a fin de engañar a la Corte Constitucional⁷³⁷, y que Merck ahora trata de perpetrar en este Tribunal.

428. En su escrito de 3 de abril de 2013 ante la Corte Constitucional, Merck se empeñó en establecer que un proceso ante la CNJ consta de dos fases – una fase inicial de casación y, si la CNJ casa; es decir, anula, el caso basada en las razones que se argumenta en una de las peticiones de casación de una de las partes, una segunda fase en la cual la CNJ actúa como un tribunal de tercera instancia, equivalente a un tribunal de primera instancia, para resolver los reclamos y las defensas originales de las partes a la luz de las pruebas en el expediente en las cortes inferiores. Merck explicó en detalle que la fase de casación inicial ante la Corte Constitucional⁷³⁸, en apoyo de su argumento que, en la decisión de la CNJ de septiembre de 2012, la CNJ aplicó el procedimiento apropiado durante esa fase y, por consiguiente, no violó el derecho de PROPHAR a una defensa porque un “derecho a una defensa” no se aplica a la fase de casación. Conforme Merck expone, citando y transcribiendo citas de un analista sobre la ley de casación en materia civil en Ecuador y una decisión previa de la Corte Constitucional, la fase de casación es un debate entre la decisión de los tribunales inferiores y la ley, en la cual la CNJ determina si la decisión está en conformidad con la ley, y no es una determinación de los reclamos y defensas respectivas de las partes:

Con respecto a la naturaleza de la apelación en casación.- El doctor Santiago Andrade Ubidia, en su artículo “La Casación Civil en Ecuador”, analiza la cuestión de la casación civil como tercera instancia judicial y, entre otras cosas dice: “... C) la casación en materia civil interrumpe el curso normal del proceso con respecto a la decisión apelada, pues en realidad es un nuevo proceso, el cual cambia los propósitos del proceso original: es un debate entre la decisión y la ley, tal como se la define usualmente, y los propósitos del procedimiento original no se analizan. En

⁷³⁷

“El argumento [de PROPHAR] demuestra [...] [su] clara intención de inducir a error a la Corte [...]”

⁷³⁸

Id., ¶¶ 137-142.

cambio, en la tercera instancia el proceso no se interrumpe, dado que el propósito de la revisión de la corte en la tercera instancia es el mismo que el propósito original del reclamo y la respuesta.

Como podemos apreciar en el material citado, no se debería confundir la casación con un procedimiento judicial ordinario, puesto que éste tiene sus propias particularidades y sus propios propósitos. Esta Corte Constitucional ha sostenido con respecto a la naturaleza de la casación que: *“La palabra “casar” se deriva del latín casare, que significa revocar o anular. Por su parte, ‘casación’ proviene de la palabra francesa cassation, derivada a su vez de cassar, la cual significa anular, romper o violar, y como tal se refiere a una apelación extraordinaria que busca anular una decisión judicial que contiene u a interpretación incorrecta de la aplicación de la ley o que ha sido emitida en el curso de un procedimiento que no ha cumplido las formalidades legales pertinentes. La decisión es emitida por un tribunal de justicia superior y, en general, de la más alta autoridad, como, por ejemplo, en nuestro país, la ex Corte Suprema de Justicia, y la actual Corte Nacional de Justicia. Los principales objetivos de esta apelación son: obtener la correcta aplicación de la ley por parte de varios tribunales, como una garantía de la seguridad y certeza judicial, y una interpretación coherente de la ley a través de un solo órgano judicial, estableciendo su jurisprudencia”. La casación crea un debate entre la decisión [del tribunal inferior] y la ley, no entre las partes y sus reclamos. Busca asegurar que la decisión sea acorde con el orden jurídico, y los intereses privados de las partes en los procesos son tangenciales a su propósito. Tiene la finalidad de ser una revisión o examen de la decisión a la luz de las normas judiciales pertinentes, y por lo tanto actúa como un verdadero control de la legalidad de la decisión [de los tribunales inferiores]. Esto es de suma importancia dado que normalmente el derecho a una defensa, cuya omisión daría lugar al estado de “indefensión” de la parte perjudicada, se origina durante el curso de un procedimiento cuando los adversarios son las partes en el mismo, y el propósito del procedimiento es determinar y proteger, según sea el caso, los derechos subjetivos de dichas partes.*

El caso de la casación es distinto y, como consecuencia, se lo trata de manera diferente. En otras palabras, los propósitos y la aplicación del derecho a una defensa, como parte del debido proceso, en el análisis y la solución de una apelación en casación son distintos de las consideraciones que se toman en cuenta en un procedimiento de apelación o en un proceso judicial ordinario.

[...]

Conclusión: La casación no es un recurso destinado a decidir entre las posiciones de las partes, sino determinar si la decisión [del tribunal inferior] cumple con las normas judiciales. Por lo

tanto, el derecho a una defensa en el sentido tradicional no es aplicable en una casación⁷³⁹.

429. Conforme explica el testigo de Merck, doctor Páez Fuentes – en esta instancia, correctamente – la fase de casación que Merck describe en los fragmentos anteriores tomados de sus argumentos ante la Corte Constitucional se rigen por el Artículo 3 de la Ley de Casación, la cual especifica las razones exclusivas en las cuales puede basarse una petición de casación y las únicas razones por las cuales la CNJ podrá casar, o anular, la decisión de los tribunales inferiores por violaciones sea del debido proceso o de una mala aplicación de la ley⁷⁴⁰.

430. En otras partes en el mismo escrito ante la Corte Constitucional en el cual ésta explicó la fase de casación inicial, Merck explica que, si la CNJ casa la decisión de los tribunales inferiores, ésta entra en la segunda fase de un proceso en la CNJ, y actúa como el equivalente a un tribunal de primera instancia, resuelve el caso de acuerdo al Artículo 16 de la Ley de Casación (es decir, no el Artículo 3) basada en la denuncia de la parte demandante [en este caso de PROPHAR] y las pruebas de los procesos en los tribunales inferiores:

El Artículo 16 de la Ley de Casación establece que: “Si la Corte Suprema de Justicia determinare que una apelación es admisible, ésta aceptará la decisión u orden respectiva para revisión y *emitirá su propia decisión en lugar de la decisión revisada y basada en el fondo de los hechos establecidos en dicha decisión u orden*”. Es decir, la Sala Especial correspondiente de la Corte Nacional, si estuviere dentro del alcance de su revisión legal de la decisión, determina que dicha decisión no está en conformidad con los principios jurídicos y decide revocarla – es decir, anularla – *la decisión de la Corte de Casación debe “tomar el lugar” de la decisión original, y a este respecto, la Corte de Casación debe actuar temporalmente como un tribunal ordinario.*

Como un tribunal ordinario, la Sala Especial respectiva de la Corte Nacional debe emitir una decisión, y a este respecto, su única limitación es el “fondo de los hechos que se presenta en la decisión u orden [del tribunal inferior]”, *lo cual implica necesariamente una revisión de las pruebas – cual prueba se considera entre los hechos del caso – en aplicación de las reglas de las pruebas que se especifican en las normativas legales de los tribunales inferiores.*

[...]

Después de haber anulado la decisión del tribunal de apelaciones, la corte analizó las pruebas, resumiendo los conceptos jurídicos

⁷³⁹ *Id.*, ¶¶ 137-139, 142 (se han agregado algunos énfasis).

⁷⁴⁰ Dictamen Pericial de Páez Fuentes, ¶¶ 13-14.

pertinentes y explicándolos con la doctrina y *relacionándolos con las normas a las cuales la parte demandante se refirió en su denuncia*. Por lo tanto Prophar no podrá alegar que el enfoque de la Corte Nacional de Justicia no sea coherente con el fondo del proceso, incluidos los hechos que se analizaron en la decisión, *pues la solución del caso se explica de acuerdo con los principios jurídicos que la parte demandante invocó en su denuncia*. La decisión establece que estos principios están dentro del marco doctrinal de la competencia desleal y las reglas que, en opinión de los jueces, la conducta de MSD constituyó un acto civil cuasi ilícito en conformidad con los artículos 2214 y 2229 del Código Civil [...] ⁷⁴¹.

431. Al contrario del argumento de Merck sobre la “falta de jurisdicción”, entonces, ni el Artículo 3 de la Ley de Casación, el “principio dispositivo” que surge de éste, ni lo que Merck y PROPHAR argumentaron en sus peticiones de casación tienen nada que ver con la jurisdicción de la CNJ para decidir los reclamos de PROPHAR una vez que la CNJ haya determinado que la decisión del Tribunal de Apelaciones de 23 de septiembre de 2011 debe ser casada, y procedió a decidir de nuevo la diferencia de las partes de la misma manera que un tribunal de primera instancia. Según la propia admisión de Merck, la segunda fase se rige por el Artículo 16 de la Ley de Casación, y ésta involucra el análisis independiente de la CNJ de las pruebas emanadas de los procesos de los tribunales inferiores y su aplicación a las razones para responsabilidad que PROPHAR invocó en su denuncia original.

432. El perito de Ecuador en el procedimiento civil ecuatoriano confirma tanto la caracterización correcta de Merck del procedimiento de la CNJ en su escrito ante la Corte Constitucional, por una parte, así como también la distorsión de Merck de ese procedimiento en su Réplica Suplementaria, su uso indebido del caso *Gerente de la Cooperativa Educadores de El Oro v. Rebeca Minuche*, y los errores en la opinión del Dr. Páez Fuentes, por otra parte:

Como señalé en el párrafo 6.1 de mi primera opinión, el procedimiento ante la CNJ tiene dos posibles escenarios: en el primer escenario, la CNJ actúa como un Tribunal de Casación en el más estricto sentido, cuyo propósito es determinar los errores que la doctrina define como *in procedendum* o *in judicando* en los cuales los jueces de los tribunales inferiores han incurrido, con base en las razones expresadas por la parte que presenta la apelación. En este caso, ambas partes presentaron una apelación en casación y, por lo tanto, ambas partes enumeraron en sus escritos todo perjuicio que se les ha causado o el fundamento para sus apelaciones correspondientes. Como su función primordial como un Tribunal de Casación, la CNJ analiza si alguno de los

⁷⁴¹ Escrito de Merck a la Corte Constitucional (recibido por la Corte el 2 de abril de 2013), ¶¶ 120-121, 172 (énfasis agregado) (R-117).

eventos establecidos por el Artículo 3 de la Ley de Casación están presentes en la sentencia que está sujeta a apelación y, de ser así, debe ordenar la casación de la sentencia, y solo entonces procederá a la segunda fase en la cual ésta “se vuelve” un tribunal de primera instancia, en los términos que se indican en el párrafo 6.1 *et seq.* De mi primera opinión.

El Artículo 3 de la Ley de Casación establece cinco razones para la casación de una sentencia. De hecho, en su sentencia de diciembre de 2012, la CNJ encontró un error en la sentencia del Tribunal inferior basado en las razones cuatro y cinco del Artículo 3 de la Ley de Casación, los cuales fueron argumentados por MERCK en su apelación. He podido revisar la nueva sentencia emitida por la CNJ en noviembre de 2014 – la cual es separada de la que emitió en diciembre de 2012 – en la cual, la CNJ ordena también la casación de la sentencia, al encontrar la presencia de la razón cinco del Artículo 3 de la Ley de Casación argumentada por MERCK como una de las razones para su apelación.

Tanto el “principio dispositivo” al cual se alude en el párrafo 55 de la Réplica Suplementaria de MERCK, como el caso citado en la nota a pie de página 48 de ese documento y la afirmación en los párrafos 18 a 22 de la opinión del doctor Páez Fuentes, solo se aplica a la fase inicial en la cual el tribunal de casación examina las razones para casación establecidas en el Artículo 3 de la Ley de Casación, lo cual implica que la CNJ podrá ordenar solo la casación de la sentencia por una de las razones establecidas por ese artículo, cuando la parte apelante así lo alegue, como fue de hecho, de manera suficiente, en su dictamen tanto de septiembre de 2012 así como de diciembre de 2014. Por consiguiente, el principio dispositivo no impide que el Tribunal, una vez que se admite la casación, y cuando éste se ha convertido en un tribunal de primera instancia, considere y decida sobre todos los aspectos que son la materia de la Litis, sea que se alegaran o no como razones para la apelación.

Es precisamente por esta razón que, una vez que se ha admitido una casación (tal como ocurrió en ambos casos antes mencionados), la CNJ procedió a convertirse en un “Tribunal de Primera Instancia” y a tomar una decisión basado en las razones de la denuncia de NIFA y las defensas de MERCK, así como también en las pruebas presentadas, de la misma manera que la manejaría cualquier tribunal de primera instancia. El principio dispositivo ya no es aplicable a esta fase porque la CNJ, en su nuevo papel – una vez más, en cumplimiento de lo que dispone el Artículo 16 de la Ley de Casación – ya no está limitada por las alegaciones presentadas por las partes en apelación, y tiene en cambio amplias potestades de evaluación. Las razones de la denuncia de NIFA son en esencia que hubo una conducta impropia durante las negociaciones con MERCK, en la cual esta última ha negado estos sucesos y ha dado lugar al litigio. Por lo tanto, esto es lo que se debe evaluar y decidir en la segunda fase

de la casación, tal como ocurrió en realidad. De hecho, la alegación de que se ha aplicado incorrectamente los Artículos 721 y 1562 del Código Civil (conforme se advirtió en la Réplica Suplementaria de NIFA) puesto que no se los había argumentado como si fuesen la base legal en la denuncia, no es pertinente, dado que el Código de Procedimiento Civil, en el Artículo 274 confiere al Juez amplios poderes para basar sus sentencias en la ley (en forma genérica, porque él debe encontrar las normas necesarias para declarar la ley de la manera más imparcial posible) y en otras fuentes del derecho, sin omitir que el Artículo 280 en dicho Código exige que los jueces prevean omisiones de las partes con respecto a los estándares del derecho que aplican a los procedimientos, un principio que se ha ampliado correctamente en el primer párrafo del Artículo 140 de la Ley Orgánica de la Función Judicial⁷⁴².

433. La aseveración de Merck de que la jurisdicción de la CNJ para “decidir un reclamo por responsabilidad precontractual” se limitó a analizar las razones específicas para casación presentadas a ésta por las partes” en su petición de casación es por consiguiente patentemente falsa. E incluso la más breve revisión de la decisión de noviembre de 2014 demuestra que la CNJ aplicó el procedimiento apropiado y ejerció correctamente su jurisdicción en su decisión tanto de las peticiones de casación de Merck y PROPHAR, así como su decisión posterior *de novo* de la denuncia de PROPHAR y las defensas de Merck contra ésta, a la luz de las pruebas. En las Cláusulas 3 y 4 de la decisión de noviembre de 2014, la CNJ indicó las razones para casación de la sentencia del Tribunal de Apelaciones que, en conformidad con el Artículo 3 de la Ley de Casación, PROPHAR y Merck habían planteado en sus peticiones de casación⁷⁴³. En las Cláusulas 5 y 6, éste procedió a analizar cada una de las razones de Merck para casación⁷⁴⁴. En el cuarto párrafo de la Cláusula 6.2, la CNJ determinó que “existen pruebas” en la sentencia del Tribunal de Apelaciones “de algunas frases oscuras, imprecisas, y confusión de conceptos y aplicación de normas con respecto a materias como la libre competencia y el ilícito civil extracontractual [...] [y] la posición dominante en el mercado y la competencia desleal, lo cual deja en claro que existe una sustanciación defectuosa”⁷⁴⁵. Sobre la base de esa determinación, la CNJ procedió a casar – anular – la sentencia del Tribunal de Apelaciones de acuerdo a la quinta razón para casación prevista en el Artículo 3 indicada en la petición de casación de Merck, y concluyó que puesto que ésta había casado el

⁷⁴² Segundo Dictamen Pericial del Profesor Javier Aguirre Valdez (20 de febrero de 2015) (“Segundo Dictamen Pericial de Aguirre”), ¶¶ 4.2-4.9.

⁷⁴³ Decisión de la CNJ de noviembre de 2014, Cláusulas 3 y 4, pp. 3-9 (R-194).

⁷⁴⁴ *Id.*, Cláusulas 5 y 6, pp. 9-42.

⁷⁴⁵ *Id.*, Cláusula 6.2, cuarto párrafo, p. 29.

caso por esa razón, y no era necesario considerar ninguna otra de las razones para casación presentadas por Merck, o alguna de PROPHAR⁷⁴⁶.

434. Habiendo anulado la sentencia del Tribunal de Apelaciones, la CNJ entró luego en la segunda fase y “en cumplimiento de lo que se especifica *en el párrafo uno del artículo 16 de la Ley de Casación*”, procedió a actuar como el equivalente de un tribunal de primera instancia para “emitir la siguiente sentencia sobre el fondo”⁷⁴⁷. Como su primer paso en ese proceso, la CNJ hizo exactamente lo que el procedimiento apropiado y su jurisdicción le exigían que hiciese: Expuso los reclamos en la denuncia de PROPHAR y las defensas en la contestación de Merck a dicha denuncia⁷⁴⁸; llevó a cabo un análisis profundo de las cuestiones legales planteadas por esos reclamos y defensas⁷⁴⁹; y concluyó como una materia de derecho que, si bien “es evidente que [...] las partes están en libertad de celebrar o no un contrato”, una parte en las negociaciones de contratos “debe proceder en conformidad con el principio de la buena fe [...] [el cual] implica la obligación de no abandonar las negociaciones sin causa justa”⁷⁵⁰. La CNJ luego presentó de manera general las pruebas de los procesos en los tribunales inferiores⁷⁵¹; advirtió que había “examinado y estudiado cada uno de esos elementos probatorios”⁷⁵²; procedió a ponderar las pruebas y resolver si éstas demostraban que Merck habría violado la obligación de la buena fe durante sus negociaciones de contratos con PROPHAR⁷⁵³. Sobre la base de ese análisis, la CNJ concluyó que Merck había [*sic*] y que su conducta había perjudicado a PROPHAR; halló a Merck responsable de indemnizar a PROPHAR de acuerdo a los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil por las razones de responsabilidad precontractual⁷⁵⁴; y procedió a cuantificar el laudo de indemnización por daños a PROPHAR⁷⁵⁵.

435. Conforme demuestra lo antes expuesto, que no sea la declaración errónea acerca del procedimiento de la CNJ en la opinión del doctor Páez Fuentes y una caracterización errónea del caso de la Corte Suprema de Justicia, Merck no ha presentado ninguna prueba de que la CNJ no tuviera ninguna jurisdicción para decidir sobre la base de la responsabilidad precontractual en su decisión de noviembre de 2014, y no ha logrado establecer en absoluto su

⁷⁴⁶ *Id.*, Cláusula 6.2, cuarto y quinto párrafos, p. 29.

⁷⁴⁷ *Id.*, Cláusula 6.2, sexto párrafo, p. 29 (énfasis agregado).

⁷⁴⁸ *Id.*, pp. 30-42.

⁷⁴⁹ *Id.*, pp. 42-52.

⁷⁵⁰ *Id.*, p. 52.

⁷⁵¹ *Id.*, pp. 52-75.

⁷⁵² *Id.*, p. 75.

⁷⁵³ *Id.*, pp. 75-85.

⁷⁵⁴ *Id.*, pp. 84-85.

⁷⁵⁵ *Id.*

argumento de “ausencia de jurisdicción”. Al contrario, las propias declaraciones de Merck ante la Corte Constitucional y la propia decisión de la CNJ establecen que ésta estuvo incuestionablemente dentro de la jurisdicción de la CNJ, la cual actuó como el equivalente a un tribunal de primera instancia después que ésta había anulado la decisión del Tribunal de Apelaciones, para decidir sobre esa base. Además, conforme se demostró previamente, Merck tampoco ha logrado en absoluto demostrar que no “tuvo ningún conocimiento” de que la CNJ podría decidir el caso basada en la responsabilidad precontractual o que se la privó de la oportunidad de ser escuchada sobre esa cuestión. En consecuencia, debe rechazarse el argumento de Merck de “ausencia de jurisdicción”.

4. La CNJ corrigió en noviembre de 2014 todos los supuestos defectos en los procesos en los tribunales inferiores

436. Este caso no trata acerca de si Merck fue la víctima de una denegación de justicia en los procedimientos en los tribunales inferiores. Mas bien, tiene que ver con si el sistema judicial de Ecuador como *un todo* no ha hecho justicia. A la luz de lo expuesto, y dejando de lado la omisión de Merck en hacer uso de los recursos internos disponibles y efectivos en términos razonables, la respuesta es no. El tribunal del más alto nivel de Ecuador, la CNJ, corrigió todos los supuestos errores de los tribunales inferiores en sus determinaciones de responsabilidad y daños. En consecuencia, las alegaciones de Merck de sesgo y falta de probidad del tribunal de primera instancia y el Tribunal de Apelaciones han perdido validez.

437. El hecho de que la decisión de la CNJ de noviembre de 2012 haya reducido la indemnización por daños de Merck de US \$150 millones a US \$7,7 millones ilustra este punto. En su Réplica, Merck insinúa que la sentencia de US \$150 millones dictada por el Tribunal de Apelaciones es prueba de incompetencia y que dicha suma “irracional” apoya la inferencia de que la corte estaba bajo la influencia del sesgo y la corrupción⁷⁵⁶. Al reducir el 95% de la indemnización por daños de Merck, la CNJ eliminó todos los supuestos vestigios de sesgo o falta de probidad reflejados en la indemnización por daños impuesta originalmente por los tribunales inferiores.

438. Merck también ha fracasado de plano en demostrar que los procesos en los tribunales inferiores fueran anómalos – mucho menos que estuvieran plagados de irregularidades procesales que equivalieran a una denegación de justicia. En todo caso, y como se demostró previamente, Merck se queja de irregularidades que no desempeñaron ningún papel para la determinación *de novo* del caso por parte de la CNJ.

⁷⁵⁶ Réplica de la Demandante, ¶¶ 495, 498.

439. En síntesis, las alegaciones de la Demandante de denegación de justicia basadas en la decisión de la CNJ de 10 de noviembre de 2014 no tienen ningún mérito.

D. La decisión de la Corte Constitucional fue racional y totalmente justificada de acuerdo a la ley ecuatoriana

440. Después que la CNJ emitió su decisión de 21 de septiembre de 2012, y su orden sobre las solicitudes de aclaración y ampliación de la misma presentadas por las partes⁷⁵⁷, PROPHAR interpuso una acción extraordinaria de protección (“AEP”)⁷⁵⁸. En su acción, PROPHAR alegó que la decisión de la CNJ violó varios de sus derechos constitucionales⁷⁵⁹ y solicitó “una compensación monetaria [...] fijada de acuerdo al daño causado a [ésta] [...] calculado con base en las pruebas debidamente presentadas en el reclamo [...]”⁷⁶⁰. El 16 de enero de 2013, la Corte Constitucional admitió la AEP de PROPHAR para procesamiento ulterior⁷⁶¹.

441. Pese al hecho que sus reclamaciones contra la decisión de la CNJ, conforme se expresa en este arbitraje por lo menos⁷⁶², implican varias disposiciones constitucionales⁷⁶³, MSDIA optó por no interponer una AEP. Sin embargo, si participó plenamente en los procesos en la Corte Constitucional iniciados por PROPHAR. De acuerdo a la ley ecuatoriana, una AEP está dirigida a los jueces de la CNJ que dictaron la sentencia impugnada, y no a la parte contraria en el proceso subyacente⁷⁶⁴. Sin embargo, esa parte podrá intervenir en los procesos⁷⁶⁵. En consecuencia, MSDIA presentó múltiples escritos ante la Corte Constitucional, los cuales totalizaron aproximadamente 170 páginas⁷⁶⁶,

⁷⁵⁷ Orden de la Corte, *NIFA v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (27 de octubre de 2012) (C-204).

⁷⁵⁸ Acción Extraordinaria de Protección de PROPHAR, Corte Constitucional (22 de noviembre de 2012) (C-205).

⁷⁵⁹ *Id.*, § IV (C-205).

⁷⁶⁰ *Id.*, § VI (C-205). La traducción a inglés de la Demandante traduce erróneamente los términos *indemnización pecuniaria* a “*punitive compensation*”. Desde luego, la traducción apropiada es, “*monetary compensation*”.

⁷⁶¹ Decisión sobre Acción Extraordinaria de Protección de PROPHAR, Corte Constitucional de Ecuador, Sala de Admisiones (16 de enero de 2013) (R-190).

⁷⁶² Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 281-282, 327, 363 (donde se contrastan las alegaciones de la Demandante en este arbitraje con su defensa de la decisión de la CNJ ante la Corte Constitucional).

⁷⁶³ Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 188. De acuerdo al Profesor Guerrero del Pozo, las denuncias de MSDIA podían haber servido como una “base suficiente para la interposición de una acción extraordinaria de protección contra la decisión [de la CNJ]”. Primer Informe Pericial sobre Derecho Ecuatoriano presentado por Juan Francisco Guerrero del Pozo (24 de julio de 2012) (“Primer Informe Pericial de Guerrero”), ¶¶ 15-17, 75.

⁷⁶⁴ Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008), Artículos 94, 437 (RLM-15).

⁷⁶⁵ Véase Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional (2009), Artículo 12(1) (CLM-193) (donde se permite que la parte contraria en el proceso subyacente presente planteamientos por escrito y asista, previo permiso, a la audiencia).

⁷⁶⁶ Escrito de MSDIA presentado ante la Corte Constitucional (9 de enero de 2013) (R-116) (el cual se opone a la admisibilidad y el fondo de la AEP de PROPHAR); Escrito de MSDIA presentado ante la Corte

mediante los cuales defendió la constitucionalidad, así como también la razonabilidad, de la decisión de la CNJ⁷⁶⁷. También asistió a la audiencia y presentó el argumento⁷⁶⁸.

442. El 12 de febrero de 2014, la Corte Constitucional emitió su decisión. El Tribunal decidió que la decisión de la CNJ violó los derechos de PROPHAR al debido proceso, la protección legal efectiva y la certeza jurídica, consagrados en la Constitución Ecuatoriana bajo los Artículos 75-76 y 82⁷⁶⁹. La Corte determinó en particular que los Jueces de la CNJ habían actuado “incorrectamente” al admitir y considerar pruebas presentadas por Merck que no eran parte del expediente en los tribunales de primera instancia en el caso, en violación de prohibiciones legales y de la “naturaleza y esencia jurídica de la apelación en casación”⁷⁷⁰.

443. La prueba en cuestión fue un Memorando, emitido por el Consejo de la Judicatura Ecuatoriano a instancias del señor Marcelo Santamaría Martínez⁷⁷¹, uno de los testigos presenciales de la Demandante en este arbitraje, mediante el cual, mucho después de la decisión del Tribunal de Apelaciones, el Consejo suspendió la acreditación del señor Christian Cabrera en calidad de perito en daños. El informe del señor Cabrera había formado una base de la decisión sobre daños del Tribunal de Apelaciones. MSDIA presentó el Memorando ante la CNJ en junio de 2012⁷⁷²; es decir, después del cierre de la fase probatoria del caso⁷⁷³. La CNJ “vio con preocupación” este Memorando en el contexto de su análisis y la conclusión legal de que el cálculo de indemnización por daños hecho por el Tribunal de Apelaciones era erróneo y tenía que dejarse de lado⁷⁷⁴.

444. La Demandante plantea que las sentencias de la Corte Constitucional sobre la admisibilidad y el fondo de la AEP de PROPHAR ilustran el “sesgo sistémico en contra de MSDIA” y el hecho de que las decisiones de la Corte son “precisamente tan susceptibles de

Constitucional (3 de abril de 2013) (R-117) (el cual se opone a la admisibilidad y el fondo de la AEP de PROPHAR); Escrito de MSDIA presentado ante la Corte Constitucional (13 de septiembre de 2013) (R-120) (el cual se opone a la admisibilidad y el fondo de la AEP de PROPHAR).

⁷⁶⁷ Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 281-282, 327, 363 (donde se contrastan las alegaciones de la Demandante en este arbitraje con su defensa de la decisión de la CNJ ante la Corte Constitucional).

⁷⁶⁸ Procuraduría del Estado, República del Ecuador, Transcripción Parcial de la grabación en audio de los Planteamientos de MSDIA (30 de abril de 2013) (R-118).

⁷⁶⁹ Sentencia, *NIFA v. NCJ*, Corte Constitucional (12 de febrero de 2014), p. 21 (C-285).

⁷⁷⁰ *Id.* (C-285). PROPHAR había argumentado que la consideración de las pruebas por parte de la CNJ se incorporó de manera no válida al expediente de casación a fin de “dejar sin efecto algunas pruebas presentadas de manera válida” equivalió a una violación de su derecho al debido proceso y del derecho a la defensa de acuerdo a la Constitución Ecuatoriana. Acción Extraordinaria de Protección de PROPHAR, Corte Constitucional (19 de noviembre de 2012), pp. 4-6, 10-11 (C-205).

⁷⁷¹ Véase Memorando enviado por Wilson Rosero Gómez, Jefe de Personal, a Iván Escandón, Provincial Director Provincial del Concejo de la Judicatura de Pichincha (31 de mayo de 2012), (C-63).

⁷⁷² Escrito de MSDIA presentado ante la Corte Nacional de Justicia (27 de junio de 2012) (R-184).

⁷⁷³ Segundo Informe Pericial sobre Derecho Ecuatoriano presentado por Juan Francisco Guerrero del Pozo (18 de febrero de 2015) (“Segundo Informe Pericial de Guerrero”), ¶ 69.

⁷⁷⁴ Sentencia, *NIFA v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (21 de septiembre de 2012), ¶ 16.5 (C-203).

influencia incorrecta como [...] los tribunales de lo civil de Ecuador”⁷⁷⁵. La Demandante no basa estas alegaciones en prueba real de sesgo o influencia incorrecta. En realidad, no ha presentado ninguna prueba de la naturaleza que fuere sobre estas acusaciones. El propio perito de la Demandante sobre la cuestión, doctor Oyarte, ni siquiera sugiere en sus informes que los procedimientos en la Corte Constitucional de Ecuador estuvieran de alguna manera bajo influencia indebida. En cambio, la Demandante solicita al Tribunal que infiera dicho sesgo e influencia incorrecta de lo que éste sostiene es la incorrección, en esencia, de las dos decisiones de la Corte Constitucional sobre admisibilidad y el fondo de la AEP de PROPHAR, respectivamente.

445. Las siguientes secciones establecen que (1) la decisión de la Corte Constitucional concuerda con el derecho y la jurisprudencia de Ecuador, y (2) que aunque las críticas de la Demandante fueran acertadas, esas decisiones no pueden considerarse prueba de sesgo o influencia indebida, mucho menos pueden justificar que se haya dejado de lado la deferencia que se debe conceder a las determinaciones sustanciales de la Corte Constitucional conforme al derecho internacional.⁷⁷⁶

1. La decisión de la Corte Constitucional de admitir la Acción

⁷⁷⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 479.

⁷⁷⁶ Para que una sentencia errónea ponga en juego la responsabilidad del Estado, se debe demostrar que se aplicó mal la ley de una forma que es “clara y maliciosa”, (*Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Causa CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999) (Paulsson, Civiletti, von Wobeser) (“*Azinian et al.*”), ¶ 103 (CLM-36)), o “claramente incorrecta y reprehensible”, (*Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Causa CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002) (Stephen, Crawford, Schwebel) (“*Mondev*”), ¶ 127 (RLA-54)), o “errada de una forma tan atroz, que ninguna corte honesta y competente podría haberla pronunciado”. (*Sr. Franck Charles Arif c. la República de Moldavia*, Causa CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013), (Cremades, Hanotiau, Knieper), ¶ 442 (RLA-120)). Como resumió correctamente el propio perito de la Demandante, Prof. Paulsson, en su calidad de árbitro único en la causa *Pantehniki c. Albania*,

[L]a regla general es que ‘un simple error en la interpretación de la ley nacional no implica de por sí responsabilidad’. La aplicación errónea de la ley, de todas formas, proporciona ‘elementos de prueba de una denegación de justicia’. Pero ello hace necesaria una prueba rigurosa: el error debe ser tal que ‘ningún juez competente podría haberlo cometido’. Tal determinación significaría que el sistema de justicia que brindó el Estado no llegó siquiera a un nivel mínimo.

Pantehniki S.A. Contratistas e Ingenieros (Grecia) c. la República de Albania, Causa CIADI No. ARB/07/21, Laudo (30 de julio de 2009) (Paulsson, árbitro único), ¶ 94 (RLA-94).

También se avalaron pruebas sustancialmente similares en las siguientes causas: *Iberdrola Energía S.A. c. la República de Guatemala*, Causa CIADI No. ARB/09/5, Laudo (17 de agosto de 2012) (Zuleta, Oreamuno, Derains), ¶ 432, (RLA-115); *Swisslion DOO Skopje c. la anterior República Yugoslava de Macedonia*, Causa CIADI No. ARB/09/16, Laudo (6 de julio de 2012) (Guillaume, Price, Thomas), ¶ 263 (RLA-186); *RosInvestCo UK Ltd. c. la Federación Rusa*, Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo V (079/2005), Laudo Final (12 de septiembre de 2010) (Böckstiegel, Steyn, Berman), ¶ 275 (CLM-141); *Flughafen Zürich A.G. & Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Causa CIADI No. ARB/10/19, Laudo (18 de noviembre de 2014) (Fernández-Armesto, Álvarez, Vinuesa), ¶ 640 (RLA-200); *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. la República de Kazajistán*, Causa CIADI No. ARB/07/14, Laudo (22 de junio de 2010) (Böckstiegel, Hobér, Crawford) (“*Liman Caspian Oil*”), ¶ 274 (RLA-181).

Extraordinaria de Protección de PROPCHAR fue concordante con el derecho de Ecuador y en todo caso no constituye prueba de sesgo ni de influencia indebida

446. Según la Demandante, la Acción Extraordinaria de Protección de PROPCHAR “no debió ser admitida.”⁷⁷⁷ El hecho de que *fue* admitida, “evidencia serias falencias – y falta de imparcialidad – en el funcionamiento de la Corte Constitucional.”⁷⁷⁸ Específicamente, la Demandante alega que las demandas de PROPCHAR centradas en la presunta evaluación errónea de pruebas o el cálculo equivocado de los daños y perjuicios por parte de la CNJ no estaban sujetas a la revisión de la Corte Constitucional.⁷⁷⁹ La Demandante además sostiene que la petición de PROPCHAR de reparación, de que la Corte Constitucional “evaluara nuevamente las pruebas y estableciera un nuevo laudo de daños y perjuicios,”⁷⁸⁰ estaba fuera “de la jurisdicción de la Corte Constitucional y no era concordante con el Derecho de Ecuador.”⁷⁸¹

447. Dichos argumentos no concuerdan con el derecho de Ecuador y su práctica.

a. La admisión de las demandas de PROPCHAR en contra de la forma en que la CNJ aplicó la ley, consideró las pruebas y calculó los daños y perjuicios no hace que su Acción Extraordinaria de Protección sea inadmisibles

448. La decisión de admitir la Acción Extraordinaria de Protección de PROPCHAR no pierde validez porque la Acción Extraordinaria de Protección haya incluido demandas sobre la forma en que la CNJ aplicó la ley, consideró las pruebas, y calculó los daños y perjuicios. Esas demandas no se mencionaron en la resolución de la Corte sobre la admisibilidad de la Acción Extraordinaria de Protección y en definitiva no tuvieron ninguna influencia importante en el resultado de la causa constitucional de PROPCHAR. La Corte se refirió a esas demandas en su sentencia posterior sobre el fondo solo para desestimarlas, recordando a las partes el hecho de que

La acción extraordinaria de protección no es una “instancia adicional,” es decir, no se puede emplear para pretender el análisis de asuntos meramente jurídicos que corresponden a la justicia ordinaria y son inherentes a esta. En virtud de este hecho, la Corte Constitucional no puede proceder a analizar, mucho menos resolver sobre temas que son eminentemente

⁷⁷⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 482; Segunda Opinión Pericial de Rafael Oyarte Martínez, (7 de agosto de 2014) (“Segunda Opinión Pericial de Oyarte”), ¶ 54.

⁷⁷⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 482.

⁷⁷⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 481; Segunda Opinión Pericial de Oyarte, ¶ 53.

⁷⁸⁰ Réplica de la Demandante, ¶¶ 480-482.

⁷⁸¹ *Íd.*, ¶ 482.

jurídicos. El propósito de su análisis debe apuntar directamente a la presunta violación de derechos constitucionales y normas del debido proceso en el transcurso de la resolución impugnada.⁷⁸²

449. La única demanda mencionada específicamente como fundamento de la resolución de la Corte sobre admisibilidad fue el argumento de PROPHAR de que fue indebido que la CNJ admitiera y considerara el Memorando de Cabrera.⁷⁸³ Esta demanda formó la causal por la cual la Corte posteriormente ratificó la Acción Extraordinaria de Protección sobre el fondo. La Demandante no impugnó la admisibilidad de esta demanda específica. Al parecer, su teoría es que la Acción Extraordinaria de Protección no se puede admitir debidamente a menos que se cumplan todas las causales planteadas, y no solo algunas. Esta proposición no solo carece de fundamentos, sino que es absurda a primera vista.

450. En cualquier caso, la admisibilidad de una Acción Extraordinaria de Protección conforme al derecho de Ecuador consiste exclusivamente en una “verificación preliminar que exclusivamente se refiere *el contenido de la demanda, y a las exposiciones que esta contiene.*”⁷⁸⁴ Como declara el Prof. Guerrero del Pozo, “Si la Sala de Admisión determina que la demanda cumple con los requisitos necesarios, tiene la obligación de admitirla, y no tiene permiso para llevar a cabo ningún otro tipo de verificación o examen.”⁷⁸⁵ Incluso el derecho de Ecuador dispone una oportunidad para corregir defectos en el contenido de una Acción Extraordinaria de Protección que pudieran afectar su admisibilidad; según el Artículo 12 del Reglamento para Sustanciar Procedimientos de Competencia ante la Corte Constitucional, la parte solicitante puede corregir la falta de cumplimiento con los requisitos de admisibilidad de la Ley Orgánica.⁷⁸⁶

451. El testimonio del Prof. Guerrero del Pozo sobre estos temas no fue refutado por el Dr. Oyarte en su Segunda Opinión Pericial.

⁷⁸² Sentencia, *NIFA c. la CNJ*, Corte Constitucional, (12 Febrero 2014), pág. 12 (C-285).

⁷⁸³ Decisión sobre la Acción Extraordinaria de Protección de PROPHAR, Corte Constitucional of Ecuador, Sala de Admisión (16 de enero de 2013), págs. 1-2 (R-190).

⁷⁸⁴ Primer Informe Pericial de Guerrero, ¶ 27 (énfasis añadido).

⁷⁸⁵ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 61; Primer Informe Pericial de Guerrero, ¶ 27. En efecto, las decisiones sobre admisión de la Corte Constitucional regularmente contienen declaraciones con el fin de que la admisión de la acción extraordinaria de protección sea “sin perjuicio” de la decisión de la Corte sobre el fondo de la acción. *Ver* el Primer Informe Pericial de Guerrero, ¶ 28. Ocurre lo mismo con respecto a la decisión sobre admisión en el caso presente. *Ver* la Decisión sobre la Acción Extraordinaria de Protección de PROPHAR, Corte Constitucional de Ecuador, Sala de Admisión (16 de enero de 2013), pág. 3 (R- 190).

⁷⁸⁶ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (10 de febrero de 2010), Art. 12 (R-162) (“La no admisibilidad se aplica cuando la acción o petición no cumple con los requisitos a tal efecto, y *siempre que no pueda rectificarse*”). (Énfasis añadido).

452. En efecto, aplicar un estándar alto en la admisión de una Acción Extraordinaria de Protección pondría en peligro la eficacia de esta reparación y, por lo tanto, se debe evitar. Según la propia Corte, la decisión de no admitir recurso a las garantías judiciales constitucionales, como la Acción Extraordinaria de Protección, “es un asunto *excepcional*, es decir, solo se debe otorgar ante la imposibilidad del juez de rectificar los requisitos mínimos del contenido de la demanda”.⁷⁸⁷

453. En vista de lo anterior, la admisión de la Acción Extraordinaria de Protección de PROPHAR por parte de la Corte no causa sorpresa, mucho menos de una de calidad sustancial que justificaría que se dejara de lado la deferencia a la que tiene derecho conforme al derecho internacional.

b. La petición de reparación de PROPHAR no hace que su Acción Extraordinaria de Protección sea inadmisibles

454. PROPHAR solicitó a la Corte Constitucional que estableciera una “compensación monetaria [...] calculada de acuerdo con las pruebas debidamente presentadas en la reclamación”.⁷⁸⁸ Si la corte tenía dentro de sus facultades, la facultad para otorgar la reparación solicitada o no, de todas formas, el hecho de que se haya solicitado no hace que la Acción Extraordinaria de Protección se vuelva inadmisibles. La alegación de la Demandante en sentido contrario es totalmente injustificada.

455. Los requisitos de admisibilidad de una Acción Extraordinaria de Protección están establecidos en los Artículos 61 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (“Ley Orgánica”).⁷⁸⁹ No incluyen, como afirma el Prof. Guerrero del Pozo, “un análisis exhaustivo por parte de la Sala de Admisión [...] de las medidas de reparación solicitadas por la demandante.”⁷⁹⁰ Por lo tanto, como señala el Prof. Guerrero del Pozo, “una petición incorrecta de medidas de reparación total no es suficiente causa para declarar que una acción extraordinaria de protección es inadmisibles”.⁷⁹¹

⁷⁸⁷ Sentencia No. 102-13-SEP-CC, Corte Constitucional, Causa No. 0380-10 EP, publicada en el Registro Oficial No. 5 (27 de diciembre de 2013) (FG-55) (énfasis en el original), citada en el Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 64.

⁷⁸⁸ Acción Extraordinaria de Protección de PROPHAR, Corte Constitucional (19 de noviembre de 2012), pág. 13 (C-205).

⁷⁸⁹ Los Artículos 61 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen los requisitos de la admisibilidad formal y material, respectivamente, de una acción extraordinaria de protección. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Arts. 61 y 62 (CLM-193). Ver además el Contramemorial de Ecuador, ¶ 209.

⁷⁹⁰ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 61.

⁷⁹¹ *Íd.*, ¶ 65.

456. En todo caso, la petición de PROPCHAR “no obligó ni limitó de ninguna forma la discreción de la Corte ni su habilidad para ordenar todas las medidas que consideró necesarias a fin de obtener la reparación completa del daño causado por la violación del derecho constitucional.”⁷⁹² Es más, la Corte rechazó la petición de PROPCHAR y en cambio dispuso—al enterarse de que la CNJ admitió pruebas nuevas y las consideró cuando no debía haberlo hecho—la anulación de la decisión de la CNJ y de cualquier otro acto procesal o resolución emitida relacionada con esta, al igual que la devolución de la causa a la CNJ para que se volviera a resolver sobre las peticiones de casación originales de 2011 de las partes “en observancia de las garantías [del] debido proceso, protección jurídica, y certeza jurídica”.⁷⁹³

2. La resolución de la Corte Constitucional es razonable y concuerda con el derecho del Ecuador

457. La crítica de la Demandante de la resolución de la Corte Constitucional sobre el fondo de la Acción Extraordinaria de Protección de PROPCHAR es igualmente infundada. El derecho de Ecuador no podría ser más claro. El Artículo 15 de la Ley de Casación establece: “[n]o se pueden pedir ni ordenar pruebas, ni se puede admitir ninguna petición, durante el transcurso de un recurso de casación”.⁷⁹⁴ Según el Prof. Guerrero del Pozo, esta disposición establece que “el derecho del Ecuador no reconoce la validez de las pruebas presentadas durante los procedimientos de un recurso de casación”.⁷⁹⁵ El propio perito de la Demandante, el Prof. Páez, testificó que el Artículo 15 de la Ley de Casación “prohíbe [que la CNJ] acepte nuevas pruebas o que considere cuestiones secundarias.”⁷⁹⁶ A su vez, el Artículo 76(4) de la Constitución del Ecuador establece que las “pruebas obtenidas o presentadas en violación de la Constitución o de la ley no tendrán ninguna validez y no serán consideradas como pruebas.”⁷⁹⁷ En vista de estas disposiciones expresas de la ley, la sentencia de la Corte Constitucional no podía haber sido distinta.

⁷⁹² *Íd.*, ¶ 62.

⁷⁹³ Sentencia, *NIFA c. la CNJ*, Corte Constitucional (12 de febrero de 2014), pág. 22 (C-285). Ver también el Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 66 (“[la Sentencia de la Corte Constitucional] confirma que los recursos de reparación completa solicitados en una Acción Extraordinaria de Protección no son vinculantes para el juez que resuelva sobre la acción. De hecho, en la Sentencia en cuestión, las medidas de reparación completa que ordenó la Corte difirieron de las solicitadas por PROPCHAR en su alegato”).

⁷⁹⁴ La disposición se cita en la Sentencia de la Constitucional, pág. 18 (C-285). Ver también la Primera Opinión Jurídica sobre Derecho Procesal Civil de Ecuador de Javier Aguirre Valdez (“Primera Opinión Jurídica de Aguirre”), nota 9 al pie, (“[a]l tramitar una petición de un auto de casación, no se examina ninguna prueba y no se pueden presentar peticiones, pues está expresamente prohibido por el Artículo 15 de la Ley de Casación.”).

⁷⁹⁵ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 68.

⁷⁹⁶ Opinión Pericial del Prof. Carlos Humberto Páez Fuentes, (1 de octubre de 2013), ¶ 21.

⁷⁹⁷ Constitución de la República de Ecuador, (20 de octubre de 2008), Art. 76(4) (RLM-15), (énfasis añadido).

458. Sin embargo, la Demandante sostiene que la sentencia de la Corte Constitucional “no tiene sentido” y que “es contraria al derecho de Ecuador.”⁷⁹⁸ La Demandante no ofrece ningún sustento para su segundo flanco de ataque. Ni siquiera reconoce las disposiciones ya mencionadas del derecho de Ecuador. Eso es así porque dichas disposiciones son absolutamente letales para su reclamación. Por esa razón, los esfuerzos de la Demandante se centran en pura semántica, es decir, el primer flanco de ataque.

459. Según la Demandante, la referencia al Memorando de Cabrera por parte de la CNJ “no fue sustancial para su resolución.”⁷⁹⁹ Además, la CNJ “no consideró [el Memorando de Cabrera] como prueba [...] de los presuntos daños y perjuicios de NIFA”; más bien, el Memorando fue trascendente “solo para la cuestión de qué peso debe otorgar la CNJ [...] al informe pericial del Sr. Cabrera”.⁸⁰⁰ (La Demandante no explica de qué forma el Memorando no se consideraría evidencia, incluso considerando su “peso”; en efecto, uno se queda con la duda de con qué fin Merck presentó el Memorando ante la CNJ si no fue como evidencia para que la Corte la considerara para llegar a su decisión.) Por lo tanto, en opinión de la Demandante, la “referencia” de la CNJ al Memorando de Cabrera “no pudo de ninguna manera haber constituido una violación de los derechos Constitucionales [de PROPHAR], mucho menos una violación ‘grave’, según exige el derecho de Ecuador”.⁸⁰¹ Adicionalmente, en su Réplica Complementaria, la Demandante se quejó de que la Corte Constitucional “no ordenó el reembolso de los \$1,57 millones [que pagó] a NIFA ni tampoco ordenó a la CNJ que considerara el monto que MSDIA ya había pagado en su resolución posterior”.⁸⁰²

460. Incluso si dichas afirmaciones fueran ciertas, que no lo son, la sentencia de la Corte Constitucional no podría constituir evidencia de sesgo o de influencia indebida. En el mejor de los casos, constituiría evidencia de que la Corte se apegó estrictamente a las disposiciones de la ley. Pero en todo caso, la Demandante se equivoca. Las secciones que siguen demuestran que nada justifica la impugnación de la Corte Constitucional por concluir, basándose en una lectura razonable del texto de la sentencia de la CNJ, que la CNJ sí consideró el Memorando de Cabrera como evidencia incumpliendo así las garantías del debido proceso de la Constitución de Ecuador.

a. No se puede impugnar a la Corte Constitucional por sostener

⁷⁹⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 485.

⁷⁹⁹ Réplica de la Demandante, ¶¶ 486-488.

⁸⁰⁰ *Íd.*, ¶ 489.

⁸⁰¹ *Íd.*, ¶ 491.

⁸⁰² Réplica Complementaria de la Demandante, ¶ 24.

que la CNJ rechazó el cálculo de daños y perjuicios de la Corte de Apelaciones basándose, entre otras cosas, en el Memorando de Cabrera

461. La CNJ rechazó el cálculo de daños y perjuicios de la Corte de Apelaciones por varias causales independientes. Se puede considerar razonablemente que esas causales incluyen al Memorando de Cabrera que fue presentado indebidamente. En la sección pertinente de su sentencia,⁸⁰³ la CNJ primero observó en general que el cálculo de daños y perjuicios de la Corte de Apelaciones se fundamentó en su conceptualización errónea del asunto como una causa de defensa de la libre competencia.⁸⁰⁴ Luego se refirió específicamente al informe pericial del Sr. Cabrera, citando la ratificación de la Corte de Apelaciones de sus parámetros de cálculo,⁸⁰⁵ y las críticas de las mismas por parte de la Demandante en su petición de casación.⁸⁰⁶ Es importante señalar, con respecto a dicho informe pericial, que la CNJ “vio con preocupación” el Memorando en cuestión, cuyo texto también reprodujo.⁸⁰⁷ Posteriormente, concluyó lo siguiente:

*En vista de lo anterior se puede apreciar claramente que la resolución impugnada toma como referencia para la indemnización un parámetro que no [tiene] ninguna relación con PROPHAR ni con MERCK, sino más bien “con la producción y ventas internas que se realizan de productos genéricos y además proyecta dicha información farmacéutica del país a lo largo de varios años”, y con presuntos márgenes de ganancia y ventas que superan los márgenes legales históricos adecuados de la empresa, lo cual es manifiestamente ilógico [...].*⁸⁰⁸

462. La conclusión de la CNJ, de que la indemnización otorgada por la Corte de Apelaciones se había calculado erróneamente, se basó así en una serie de elementos previamente establecidos (“*en vista de lo anterior*”), lo cual necesariamente incluye el Memorando de Cabrera (junto con el rechazo expreso de la CNJ de la determinación de la Corte de Apelaciones sobre responsabilidad y la crítica de la Demandante en su petición de casación de la metodología adoptada por el Sr. Cabrera).⁸⁰⁹

⁸⁰³ Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia, (21 de septiembre de 2012), ¶ 16, (C-203).

⁸⁰⁴ *Íd.*, ¶ 16.2.

⁸⁰⁵ *Íd.*, ¶ 16.3.

⁸⁰⁶ *Íd.*, ¶ 16.4.

⁸⁰⁷ *Íd.*, ¶ 16.5.

⁸⁰⁸ *Íd.*, ¶ 16.6 (se añadió un poco de énfasis).

⁸⁰⁹ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 76.

463. La Corte Constitucional examinó el texto de la resolución de la CNJ, incluida la conclusión que se acaba de mencionar.⁸¹⁰ Sostuvo que, “de acuerdo con el contenido de dicho memorando”, la CNJ “resolvió no considerar las pruebas periciales presentadas ante la [Corte de Apelaciones]”.⁸¹¹ Por consiguiente, la CNJ actuó sin permiso respecto de pruebas que no formaban parte del acta de la corte inferior.⁸¹² En vista del tratamiento dado al Memorando en el texto de la resolución de la CNJ (referencia expresa al Memorando, reproducción de su parte pertinente, juicio de valor sobre su contenido), no es posible considerar que la conclusión de la Corte Constitucional fue poco razonable.⁸¹³ Su resolución dista mucho de ser “claramente indebida y reprochable”.

464. Además, es intrascendente si el papel desempeñado por el Memorando de Cabrera en la resolución de la CNJ fue “sustancial” o no para la resolución de la CNJ de rechazar los parámetros adoptados por la Corte de Apelaciones.⁸¹⁴ La Corte Constitucional consideró que las prohibiciones del Artículo 15 son absolutas, y que excluyen la admisión de nuevas pruebas “incluso como un paso del cuidado debido a efectos de aclaración”.⁸¹⁵ Habiendo determinado que la CNJ sí admitió nuevas pruebas, es difícil ver cómo la Corte Constitucional no pudo observar que se produjo una violación de los derechos de PROPHAR al debido proceso. Esa determinación fue coincidente con las disposiciones de la ley —que la Demandante no cuestiona como tales, — y con la jurisprudencia previa tanto de la Corte Constitucional como de la CNJ.⁸¹⁶

b. No se puede impugnar a la Corte Constitucional por sostener

⁸¹⁰ Sentencia, *NIFA c. la CNJ*, Corte Constitucional, (12 de febrero de 2014), pág. 17, (C-285).

⁸¹¹ *Íd.*

⁸¹² *Íd.*, pág. 18 (C-285) (“en los recursos de casación, está prohibido actuar conforme a las pruebas o admitir peticiones, porque hacerlo sería pasar por alto la naturaleza jurídica correcta de dicho recurso, que es realizar un análisis de la resolución ante la ley, lo cual significa que no se pueden debatir las reclamaciones que dieron lugar al pleito que produjo dicha sentencia”).

⁸¹³ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 81 (“la conclusión de la Corte Constitucional de que la consideración por parte de la Corte Nacional de Justicia de las pruebas presentadas extemporáneamente en los procedimientos por una de las partes constituye una violación del debido proceso, la protección judicial efectiva y la seguridad jurídica de la contraparte es razonable y previsible en el contexto del ordenamiento jurídico de Ecuador”).

⁸¹⁴ El argumento de la Demandante sobre la importancia del Memorando es, desde luego, mera especulación. El Memorando estaba expresamente dirigido a la CNJ, y su contenido fue reproducido y evaluado por la esta última. Como declara el Prof. Guerrero del Pozo, es absurdo alegar en estas circunstancias que “una opinión de la corte de más jerarquía de Ecuador respecto a un documento presentado en los procedimientos por una de las partes no tendría ninguna importancia en absoluto”. Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 77. Además, el argumento de la Demandante queda desmentido por su propia declaración en el párrafo 485 de su Réplica, en donde señala que el Memorando “evidentemente, era importante para que la CNJ revisara la decisión de la Corte de Apelaciones”. Réplica de la Demandante, ¶ 485. *Ver también* el Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶¶ 79-80.

⁸¹⁵ Sentencia, *NIFA c. la CNJ*, Corte Constitucional, (12 de febrero de 2014), pág. 20, (C-285).

⁸¹⁶ *Íd.*, págs. 17-18.

que la CNJ consideró el Memorando de Cabrera como evidencia

465. Es igualmente increíble que la Demandante afirme que el Memorando de Cabrera guarda relación “solamente con la cuestión de qué peso debe dar la CNJ al [...] informe pericial del Sr. Cabrera”.⁸¹⁷ Por lo tanto, según la Demandante, la CNJ no trató el Memorando Cabrera como prueba de los presuntos daños y perjuicios de PROPHAR.⁸¹⁸ Esto desde luego plantea la siguiente pregunta: ¿para qué era trascendente el informe pericial del Sr. Cabrera si no para el cálculo de los daños y perjuicios de PROPHAR? La distinción artificial de la Demandante pretende evitar la verdadera pregunta: “el Memorando de Cabrera ¿fue tratado por la CNJ como evidencia?” La respuesta es un “sí” rotundo.

466. *Primero*, como señala el Prof. Guerrero del Pozo, la CNJ se refirió al Memorando *después* de la casación de la sentencia impugnada y *mientras se desempeñaba como corte de instancia* conforme al Artículo 16 de la Ley de Casación.⁸¹⁹ En dicha calidad, la Corte tiene la competencia para “pronunciar una nueva sentencia sobre el fondo” y lo que es más importante para los fines presentes, “evaluar las pruebas que constan en el acta de los procedimientos”.⁸²⁰ Y en efecto, como ya se expuso, la Corte se refirió al Memorando específicamente “con respecto [al] testimonio pericial” del Sr. Cabrera y con relación al cálculo de daños y perjuicios de la Corte de Apelaciones.⁸²¹ Esta referencia no se hizo a la ligera. La Corte reprodujo el texto del Memorando y “[lo] vio con preocupación”,⁸²² lo cual implica evaluación y conclusión respecto de su valor probatorio frente a las cualificaciones periciales del Sr. Cabrera.⁸²³

467. *Segundo*, la propia Demandante solicitó presentar el Memorando como evidencia. En su petición dirigida a la CNJ, de fecha 27 de junio del 2012, la Demandante declaró expresamente que presentaba el Memorando a la Corte a fin de

Demostrar que el Ingeniero Augusto Cabrera Fonseca [...] carece de suficientes conocimientos y formación en los temas sobre los cuales presentó su informe [] relativo al cálculo de daños y perjuicios [...] Por lo tanto, dicho documento [] sustenta las causales de nuestro recurso de apelación, por violación de los principios jurídicos relativos a la ponderación

⁸¹⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 489.

⁸¹⁸ Íd.

⁸¹⁹ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 72.

⁸²⁰ Íd.

⁸²¹ Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (21 de septiembre de 2012), ¶ 16.5 (C-203).

⁸²² Íd.

⁸²³ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 73.

de las pruebas.⁸²⁴

468. Tras haber determinado de manera específica que la CNJ actuó como corte de primera instancia después de su casación de la sentencia de la Corte de Apelaciones,⁸²⁵ y después de haber examinado detenidamente el texto de su sentencia, específicamente la Cláusula 16,⁸²⁶ la Corte Constitucional determinó que la CNJ “evaluó el [Memorando] como evidencia”.⁸²⁷ En vista de lo anterior, su resolución es razonable y dista mucho de ser “claramente indebida y reprochable”.

c. No se puede impugnar a la Corte Constitucional por no ordenar a la CNJ que haga caso omiso del Informe Pericial del Sr. Cabrera, o por no ordenar a la CNJ o a PROPHAR que reembolsaran a la Demandante el monto de la sentencia revocada

469. La Demandante además afirma que la Corte Constitucional devolvió la causa a la CNJ “ordenando que haga caso omiso del hecho de que el Sr. Cabrera no estaba cualificado y que su informe es poco fiable”.⁸²⁸ Esa es una distorsión descarada. La Corte Constitucional no hizo tal cosa.⁸²⁹ Por otro lado, la Corte Constitucional *no pudo haber pedido* a la CNJ que tomase en cuenta la suspensión de la acreditación del Sr. Cabrera en el campo de los daños y perjuicios sin excederse en sus atribuciones conforme a la Constitución del Ecuador. Como explica el Prof. Guerrero del Pozo, en la devolución, la evaluación de las pruebas obrantes en el acta, y la determinación de su valor probatorio, recayeron exclusivamente en la CNJ, y nada de lo expresado en la sentencia de la Corte Constitucional pudo haber contenido legalmente alguna implicación en tal sentido.⁸³⁰

470. Por la misma razón, la Corte Constitucional no podía haber ordenado a la CNJ que tomase en cuenta en su posterior resolución el monto pagado por la Demandante en la ejecución de la sentencia revocada. El argumento de la Demandante en sentido contrario en el párrafo 24 de su Réplica Complementaria no está sustentado por ninguna autoridad y queda desmentido por la propia función de la acción extraordinaria de protección. El Prof. Guerrero del Pozo lo explica así:

⁸²⁴ Alegato de MSDIA ante la Corte Nacional de Justicia (27 de junio de 2012), pág. 2, (R-184), (énfasis añadido).

⁸²⁵ Sentencia, *NIFA c. la CNJ*, Corte Constitucional (12 de febrero de 2014), págs. 19-20, (C-285).

⁸²⁶ *Íd.*, pág. 20.

⁸²⁷ *Íd.*

⁸²⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 490.

⁸²⁹ No es coincidencia que la afirmación contraria de la Demandante no tenga sustento en ninguna referencia a la Sentencia de la Corte Constitucional.

⁸³⁰ Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶ 82.

Si la Corte Constitucional hubiese hecho un pronunciamiento en ese sentido, se habría atribuido funciones que no le corresponden a dicha corte: habría anticipado de qué forma deberían resolver los jueces de la Corte Nacional de Justicia, lo cual no está permitido dada la naturaleza de la acción extraordinaria de protección.⁸³¹

471. La Corte Constitucional tampoco podía haber ordenado que PROPHAR devolviera a la Demandante el monto de la sentencia revocada. *Primero*, la Acción Extraordinaria de Protección fue presentada por PROPHAR y no por la Demandante. Se solicitó a la Corte Constitucional que “remediara plenamente las violaciones de derechos constitucionales” de PROPHAR, no de la Demandante.⁸³² *Segundo*, PROPHAR “no solicitó, ni tampoco se puede esperar razonablemente que hubiera solicitado, como medida de reparación total, una orden para que se devolvieran los montos que le había pagado MSDIA”.⁸³³ El hecho es, como ya se demostró, que “si MSDIA hubiera presentado una acción extraordinaria de protección, y la Corte Constitucional hubiera declarado la existencia de una violación de sus derechos constitucionales durante el transcurso de los procedimientos de la CNJ, podría haber obtenido la reparación total del daño causado a sus derechos como resultado de la sentencia de la CNJ”, y ello habría incluido el reembolso del pago correspondiente a la sentencia revocada, al igual que los costos legales asumido con relación a ello.⁸³⁴

3. Conclusión

472. Los ataques de la Demandante a la eficacia de la reparación constitucional son injustificados. A falta de pruebas concretas de sesgo o de influencia indebida, la Demandante pretendió deducir esas pruebas a partir de las sentencias de la Corte Constitucional sobre admisibilidad y fondo de la Acción Extraordinaria de Protección de PROPHAR. En vista de lo anterior, las determinaciones sustantivas de la Corte Constitucional fueron razonables, se basaron en el acta de los hechos subyacentes, y fueron concordantes con el abundante corpus de jurisprudencia. Estos tienen derecho a deferencia conforme al derecho internacional. Por lo tanto, se deben desestimar las afirmaciones de la Demandante en sentido contrario.

E. Merck no demostró que la resolución de la CNJ de septiembre del 2012 le denegó la justicia

1. Merck no demostró que no fue notificada y que no tuvo

⁸³¹ *Íd.*, ¶ 94.

⁸³² *Íd.*, ¶¶ 4, 83-84.

⁸³³ *Íd.*, ¶ 86(b).

⁸³⁴ *Íd.*, ¶¶ 90-93 (énfasis en el original).

oportunidad de hacerse oír en juicio sobre responsabilidad por competencia desleal

473. Merck plantea tres argumentos con la finalidad de explicar el hecho de que, desde al menos 2006, adoptó la posición de que las reclamaciones de PROPHAR eran reclamaciones por competencia desleal, lo cual contradice drásticamente su afirmación de que no fue notificada de que podía ser hecha responsable por competencia desleal y que, por lo tanto, fue privada de la oportunidad de hacerse oír en juicio sobre esa cuestión. Primero, afirma que, como PROPHAR y ella acordaron que las cortes civiles ordinarias en las que PROPHAR procesaba sus reclamaciones no tendrían jurisdicción sobre esas reclamaciones si eran por competencia desleal, Merck “no tenía razón alguna para esperar que la CNJ resolvería” sobre ese asunto ni “notificación de que la CNJ, como corte civil [...] podía resolver sobre la petición de casación de MSDIA basándose en la competencia desleal”.⁸³⁵ Ese argumento es equivocado como asunto de derecho. Conforme al Derecho de Ecuador, las partes no tienen la facultad de “ponerse de acuerdo” sobre qué corte tendrá o no tendrá jurisdicción sobre la materia de una controversia. Únicamente una corte puede determinar si tiene o no jurisdicción en razón de materia sobre una reclamación.

474. Segundo, Merck argumenta que “la CNJ tenía jurisdicción para considerar solo las causales de casación promovidas por las partes en sus respectivas solicitudes de casación”, y como Merck no solicitó que “la CNJ resolviera sobre el fondo de la causa” de una reclamación sobre competencia desleal, la CNJ no tenía jurisdicción para hacerlo.⁸³⁶ Por lo tanto, argumenta que “no fue notificada de que podía ser hecha responsable de competencia desleal” ni “tenía motivos para defenderse del fondo de dicha reclamación”.⁸³⁷ Como se demuestra a continuación, ese argumento, similar al planteado por Merck contra la resolución de la CNJ de noviembre de 2014, es incoherente. Este y su argumento de que la CNJ no tenía jurisdicción para resolver sobre reclamaciones por competencia desleal debido a que ni PROPHAR ni Merck le solicitaron que lo hiciera en sus peticiones de casación, tergiversa por completo el procedimiento de casación y la jurisdicción de la CNJ y es directamente opuesto a la propia descripción de Merck sobre el procedimiento correcto y la jurisdicción de la CNJ en sus escritos en la Corte Constitucional para sustentar la resolución de la CNJ de septiembre del 2012.

⁸³⁵ Réplica de la Demandante, ¶¶ 339, 340.

⁸³⁶ *Íd.*, ¶ 343-346.

⁸³⁷ *Íd.*, ¶ 346.

475. Tercero, Merck argumenta que, debido a que PROPHAR “no hizo ninguna referencia a competencia desleal en su escrito de demanda” y “expresa y repetidamente negó que la causal de su reclamación fuera la competencia desleal”, Merck “no tenía conocimiento de que estaba enfrentando esa reclamación”.⁸³⁸ Este argumento se desmorona porque es indiscutible que el escrito de demanda de PROPHAR promovió una reclamación por responsabilidad civil extracontractual, la contestación de Merck respondió a ella como reclamación por cuasidelito, y desde por lo menos 2006, la propia Merck alegó que esas son reclamaciones por competencia desleal. En efecto, la posibilidad de que los presuntos hechos que sustentan la reclamación de cuasidelito de NIFA pudieran analizarse conforme a principios de competencia desleal se reconoció a inicios de la causa y mucho antes de la resolución de la CNJ. Merck no identificó ninguna forma en la que su argumento de que las cortes de lo contencioso administrativo, y no las cortes civiles ordinarias, tenían jurisdicción en razón de materia sobre esas reclamaciones le haya impedido solicitar una oportunidad para hacerse escuchar sobre el fondo de una reclamación por competencia desleal en cualquiera de las cortes que han conocido el litigio *PROPHAR c. MSDIA*.

- a. Merck no podía basarse en un “acuerdo” con PROPHAR sobre qué corte debía tener jurisdicción sobre las reclamaciones por competencia desleal, porque las partes de una demanda no pueden crear jurisdicción en razón de materia por mutuo acuerdo**

476. Más de un tercio de los veinte párrafos que constituyen el argumento de Merck sobre “falta de notificación” se centran en afirmaciones de que “no tenía ninguna razón para esperar que la CNJ resolvería conforme”⁸³⁹ a una reclamación por competencia desleal porque PROPHAR y ella habían acordado que si las reclamaciones de PROPHAR eran por competencia desleal, no tendrían jurisdicción las cortes civiles ordinarias en las que estaban pendientes esas reclamaciones; en cambio, según el “acuerdo” entre las partes, las cortes de lo contencioso administrativo sí tendrían jurisdicción conforme a la Ley de Propiedad Intelectual. Debido a ese “acuerdo”, Merck argumenta que “estaba notificada de que la CNJ, como corte civil, podía resolver sobre la petición de casación de MSDIA” basada en la competencia desleal.⁸⁴⁰

477. El problema que suscita ese argumento es que, aunque las posiciones de las partes en las cortes inferiores se pudieran caracterizar como un “acuerdo”, ello es directamente opuesto al Derecho de Ecuador, el cual faculta a las cortes – y no a las partes en un juicio – a

⁸³⁸ *Íd.*, ¶¶ 336, 337.

⁸³⁹ *Íd.*, ¶ 339.

⁸⁴⁰ *Íd.*, ¶ 340.

determinar la jurisdicción en razón de materia en una causa. Como explica el Dr. Javier Aguirre, un experto en Derecho Procesal Civil de Ecuador:

A su vez, en el párrafo 339 de su Réplica, Merck afirma que “en sus argumentos, las partes habían coincidido en que las cortes civiles carecían de jurisdicción en razón de materia para resolver sobre el fondo de una reclamación por competencia desleal” y que “Nifa expresamente admitió que todas las reclamaciones por competencia desleal estaban reguladas conforme a la Ley de Propiedad Intelectual”. Merck se vale de esta afirmación para tratar de sustentar su argumento de que Merck “no tenía conocimiento” de que enfrentaba una posible responsabilidad por competencia desleal, y alega el acuerdo entre las partes y la admisión de Nifa. Cabe aclarar que cualquier acuerdo entre las partes o cualquier admisión manifestada por una de las partes en un contrato, con respecto a cuál juez o corte tiene jurisdicción – ya se trate de cortes civiles ordinarias o cortes de lo contencioso administrativo—para conocer sus reclamaciones, es intrascendente dado que no está dentro de las facultades de las partes determinar la jurisdicción en razón de materia de las cortes. De hecho, el propio Derecho Procesal, desde su primer artículo, enumera los factores para la jurisdicción de las cortes, y permite la ampliación solo en el territorio y en ninguno de los otros que son: materia, grados y personas. Además, cabe señalar que el código Orgánico de la Función Judicial, expresa más sobre el tema. Por lo tanto, el propio tribunal determinará en cada caso si tiene jurisdicción en razón de materia, independientemente de lo que hubieren acordado las partes en ese sentido en el contrato. Argumentar lo contrario, no solo es ilegal – como ya se explicó—sino que permitiría situaciones absurdas, como por ejemplo, considerar que sería válido que las partes contratantes de un contrato de trabajo sometieran las controversias conforme a ese contrato ante las cortes penales o las de inquilinato.⁸⁴¹

478. No hay indicio alguno de que PROPHAR y Merck hayan tenido algún tipo de “acuerdo” con respecto al tipo de demanda por cuasidelito que PROPHAR podría promover. Cualquier “acuerdo” implícito o explícito al que puedan haber llegado PROPHAR y Merck sobre qué corte del Ecuador debía tener jurisdicción en razón de materia sobre reclamaciones por competencia desleal no podría haber tenido influencia alguna en qué clase de “aviso” tuvo Merck de si esas reclamaciones se conocerían en salas de lo civil de la CNJ. No es posible que Merck que estuvo representada por abogados ecuatorianos durante todo el transcurso del litigio *PROPHAR c. MSDIA*, se haya basado en un “acuerdo” con PROPHAR de que en ningún momento enfrentaría una resolución judicial de una corte civil ordinaria sobre las

⁸⁴¹

Segundo Informe Pericial de Aguirre, ¶ 4.2.

reclamaciones de PROPHAR como reclamaciones respecto de un cuasidelito de competencia desleal. Desde luego, no pudo haberse basado en un “acuerdo” así para concluir que no tendría que hacer nada en el litigio para alegar o rendir pruebas para defenderse de reclamaciones por competencia desleal.

479. La autoridad para determinar la jurisdicción en razón de materia sobre tales reclamaciones recae en las cortes en las cuales aquellas estaban pendientes, es decir, las cortes civiles ordinarias, entre ellas, finalmente, la CNJ. Por consiguiente, el argumento de Merck no sirve para demostrar que la CNJ denegó la justicia a Merck debido a un “acuerdo” que jurídicamente carece de validez entre PROPHAR y Merck sobre qué tipo de corte de Ecuador tenía jurisdicción en razón de materia sobre las reclamaciones por competencia desleal. Desde luego, la CNJ no es responsable del “acuerdo” al que hayan llegado PROPHAR y Merck.

480. Adicionalmente, nada de lo que hicieron las partes puede interpretarse como un “acuerdo” que limite la aplicación de las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual citadas en el escrito de demanda de NIFA o en los hechos mencionados en ese escrito de la demanda, o en la renuncia de NIFA a la jurisdicción en razón de materia o el sometimiento a las cortes de lo contencioso administrativo. En el mejor de los casos, pareciera que el “acuerdo” fue la estrategia que adoptó NIFA para el litigio y la reacción de Merck frente a este.

b. Contrariamente a las tergiversaciones de Merck, una vez que la CNJ anuló la Sentencia de la Corte de Apelaciones, tuvo jurisdicción para resolver sobre la causa como Corte de Primera Instancia de acuerdo con la demanda de PROPHAR, la respuesta de Merck ante esta, y el acta de pruebas de las cortes inferiores

481. Merck argumenta que, dado que la “CNJ tenía jurisdicción para tratar únicamente las causales de casación promovidas por las respectivas peticiones de casación de las partes”, y dado que Merck en ningún momento solicitó “que la CNJ resuelva sobre el fondo” de una reclamación por competencia desleal, la CNJ no tenía jurisdicción para hacerlo.⁸⁴² Argumenta a partir de esa manifestación que, por lo tanto, “no estaba avisada de que podía ser hecha responsable de competencia desleal” y que no tenía “ninguna razón para ir a juicio por el fondo de una reclamación así”.⁸⁴³

⁸⁴² *Íd.*, ¶ 343-346.

⁸⁴³ *Íd.*, ¶ 346.

482. Ese argumento es una falacia y debe ser rechazado a primera vista. Como lo confirma el perito de Merck, el Dr. Ortega, “El periodo de exhibición de pruebas en la segunda instancia de un procedimiento ordinario [en este caso, la Corte de Apelaciones] es la última oportunidad que tienen las partes para presentar pruebas”,⁸⁴⁴ y el perito de Merck, el Prof. Páez Fuentes, confirma que el “Artículo 15 de la Ley de Casación prohíbe [a la CNJ] aceptar nuevas pruebas” durante los procedimientos ante ella.⁸⁴⁵ En vista de ello y de su posición de que el escrito de demanda de PROPHAR era uno sobre competencia desleal, Merck habría preparado pruebas sobre esas reclamaciones en las dos cortes inferiores. Pero a esas alturas, no era posible que Merck supiera lo que podría solicitar o no en una petición de casación a la CNJ. Por lo tanto, la cuestión sobre la cual Merck finalmente *sí* solicitó a la CNJ que resolviera en su petición de casación no tuvo ninguna importancia para su decisión previa sobre si preparar pruebas sobre reclamaciones por competencia desleal en las cortes inferiores. Este argumento, al igual que el argumento de Merck sobre un “acuerdo” con PROPHAR acerca de la jurisdicción sobre las reclamaciones por competencia desleal, es un artificio.

483. Merck además argumenta que “las causales establecidas en el Artículo 3 de la Ley de Casación” prohibían que la CNJ basara su resolución de septiembre del 2012 en la competencia desleal y que la CNJ no podía resolver acerca de la competencia desleal porque, en su petición de casación, Merck no le había solicitado que lo hiciera.⁸⁴⁶ Tanto este como el argumento previo se basan en una tergiversación exagerada del procedimiento de casación y la jurisdicción de la CNJ, y la propia Merck ahora trata de emplear con este Tribunal la misma conducta de la que Merck acusó a PROPHAR ante la Corte Constitucional: intentar confundir intencionalmente el procedimiento de la CNJ a fin de engañar a la Corte Constitucional.⁸⁴⁷ (Como recordará el Tribunal, se trata de la misma tergiversación que emplea Merck en sus intentos vanos por demostrar que la resolución de noviembre del 2014 de la CNJ fue una denegación de justicia).

⁸⁴⁴ Informe Pericial del Dr. Jaime Ortega (7 de agosto de 2014) (“Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014)”), ¶ 33.

⁸⁴⁵ Opinión Pericial de Carlos Humberto Páez Fuentes (1 de octubre de 2013) (“Opinión Pericial de Páez Fuentes”), ¶ 21. Como se explica en el texto más abajo, la CNJ solo revisa el acta de pruebas después de anular una decisión de una corte inferior.

⁸⁴⁶ Réplica de la Demandante, ¶¶ 333, 334, 346.

⁸⁴⁷ Alegato de Merck ante la Corte Constitucional (3 de abril de 2013), ¶ 37 (R-117), (“el argumento [de PROPHAR] demuestra ...] [su] clara intención de inducir a error a la Corte [...]).”)

484. Contrariamente a lo afirmado por Merck y su perito el Prof. Páez Fuentes, la jurisdicción de la CNJ para determinar si Merck era responsable por causales de competencia desleal no se limitaba al “fondo de nuevas reclamaciones que no fueron abordadas en la sentencia que se estaba impugnando en la CNJ” ni qué “causales de casación promovieron las partes en sus respectivas peticiones de casación”.⁸⁴⁸ Las propias palabras de Merck lo demuestran. En su alegato del 3 de abril del 2013 ante la Corte Constitucional, Merck se esforzó mucho por explicar que un procedimiento ante la CNJ consiste de dos etapas: una fase inicial de casación y si la CNJ procede con la casación, es decir, anula la causa por las causales alegadas por una de las partes en las peticiones de casación, una segunda fase en la que la CNJ sesiona como corte de tercera instancia, equivalente a una corte de primera instancia, a fin de resolver sobre las reclamaciones y defensas originales de las partes en vista de las pruebas obrantes en el acta de la corte inferior.

485. Merck explicó *in extenso* la fase inicial de casación a la Corte Constitucional,⁸⁴⁹ para sustentar su argumento de que, en la resolución de la CNJ de septiembre de 2012, la CNJ aplicó el procedimiento correcto durante esa fase y, por consiguiente, no violó los derechos de PROPHAR a defenderse dado que “el derecho a la defensa” no se aplica en la fase de casación. Como expone Merck, citando y mencionando a un comentarista sobre la ley de casación civil de Ecuador y una resolución previa de la Corte Constitucional, la fase de casación es un debate entre la resolución de la corte inferior y la ley, en el cual la CNJ determina si esa resolución es conforme a derecho, y no se trata de una determinación de las respectivas reclamaciones y defensas de las partes:

Sobre la naturaleza de un recurso de casación.- El Dr. Santiago Andrade Ubidia, en su artículo sobre “Casación Civil en el Ecuador”, analiza la cuestión de la casación civil como instancia judicial de tercer nivel y, entre otras cosas, declara: “[...] C) *La casación civil interrumpe el curso normal de los procedimientos con respecto a una resolución apelada, pues en realidad es un nuevo procedimiento que cambia la finalidad del procedimiento original: es un debate entre la resolución y la ley, como se lo define habitualmente, y los fines del procedimiento original no se analizan. En cambio, en la tercera instancia, el proceso no se interrumpe, dado que la finalidad de la revisión de la corte en la tercera instancia es la misma que la finalidad original de la reclamación y su respectiva respuesta*”.

⁸⁴⁸ Réplica de la Demandante, ¶¶ 333, 343.

⁸⁴⁹ Alegato de Merck ante la Corte Constitucional (3 de abril de 2013), ¶¶ 137-142, (R-117).

Como se puede apreciar por el material citado, la casación no se debe confundir con un procedimiento judicial ordinario, ya que tiene sus propios fines y características especiales. Esta Corte Constitucional sostuvo respecto de la naturaleza de la casación: *“La palabra “casar” viene del Latín casare, que significa revocar o anular. Por su parte, la palabra “casación” viene de la palabra francesa “cassation”, que a su vez deriva de casar, que significa anular, romper o violar, y como tal se refiere a un recurso extraordinario que pretende anular una resolución judicial que contiene una interpretación o una aplicación incorrectas de la ley o que se pronunció durante el curso de un procedimiento que no cumplió con las solemnidades judiciales pertinentes. La resolución es emitida por una corte superior de justicia y, generalmente, de la máxima autoridad, como en nuestro país la anterior Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia. Los objetivos principales de ese recurso son: obtener la aplicación correcta de la ley por parte de las diversas cortes, como garantía de la seguridad o certeza judicial, y una interpretación sistemática de la ley por medio de un solo órgano judicial, establecida en su jurisprudencia”. La casación crea un debate entre la resolución [de la corte inferior] y la ley, y no entre las partes y sus reclamaciones. Busca garantizar que la resolución sea concordante con el orden jurídico y los intereses particulares de las partes en el procedimiento son tangenciales respecto de esa finalidad. Se pretende que sea una revisión o inspección de la resolución a la luz de las normas judiciales pertinentes y, por ende, sirve como verdadero control de la legalidad de la resolución [de la corte inferior]. Esto es sumamente importante, dado que normalmente el derecho a la defensa, cuya omisión daría lugar a un estado de “indefensión” de la parte perjudicada, emerge durante el transcurso de un procedimiento en el cual los adversarios son partes de este, y la finalidad del procedimiento es determinar y proteger, según sea el caso, los derechos subjetivos de esas partes.*

El caso de la casación es diferente y, por consiguiente, se aborda de manera distinta. Dicho de otro modo, los fines y la aplicación del derecho a la defensa, como parte del debido proceso, para analizar y resolver sobre un recurso de casación son distintos de los aspectos que se consideran en un procedimiento de recurso de apelación o un procedimiento judicial ordinario.

[...]

Conclusión: El recurso de casación no tiene la finalidad de decidir entre dos posiciones de las partes, sino determinar si la resolución [de la corte inferior] cumple con los estándares

judiciales. Por lo tanto, el derecho a la defensa en el sentido tradicional no se aplica en una casación.⁸⁵⁰

486. Como explica el testigo de Merck, el Prof. Páez Fuentes – en este caso, correctamente – la fase de casación que Merck describe en los párrafos anteriores de sus argumentos de la Corte Constitucional se rigen por el Artículo 3 de la Ley de Casación, la cual establece las causales únicas en que se puede basar una petición de casación y las únicas causales conforme a las cuales la CNJ puede casar, o anular, la resolución de la corte inferior por violaciones ya sea del debido proceso o una aplicación errónea de la ley.⁸⁵¹

487. En otra parte del mismo alegato de la Corte Constitucional en que explicó la fase inicial de la casación, Merck explica que, si la CNJ anula la resolución de la corte inferior, se inicia una segunda fase del procedimiento de la CNJ, y sesiona como el equivalente de una corte de primera instancia, resuelve sobre la causa conforme al Artículo 16 de la Ley de Casación (es decir, no el Artículo 3) de acuerdo con la demanda de la demandante (en este caso, PROPHAR) y las pruebas de los procedimientos de la corte inferior:

El artículo 16 de la Ley de Casación establece que: “Si la Corte de Justicia encuentra procedente el recurso, aceptará la respectiva resolución o auto para revisión y *expedirá su propia resolución en lugar de la revisada*, y basándose en el mérito de los hechos expuestos en dicha sentencia o auto.” Esto significa que, la respectiva Sala Especial de la Corte Nacional, si dentro del ámbito de su revisión judicial de la resolución, determina que tal resolución no se ajusta a los principios jurídicos y decide revocarla – es decir, anularla – *la resolución de la Corte de Casación debe “tomar el lugar” de la resolución original y, en tal sentido, la Corte de Casación debe actuar provisionalmente como una corte ordinaria.*

Como corte ordinaria, la respectiva Sala Especial de la Corte Nacional debe expedir una resolución, y en tal sentido, su única limitación es “el mérito de los hechos expuestos en la resolución o auto [de la corte inferior]”, *lo cual necesariamente implica una revisión de las pruebas –pruebas que se consideran entre los hechos de la causa–aplicando las reglas para las pruebas expuestas en los reglamentos judiciales de las cortes inferiores.*

[...] Después de revocar la resolución de la corte de segunda instancia, la corte analizó las pruebas, y resumió los conceptos jurídicos pertinentes y los explicó con doctrina y *relacionándolos con las normas a las que se refirió la*

⁸⁵⁰ *Íd.*, ¶¶ 137-139, 142 (se añadió un poco de énfasis).

⁸⁵¹ Opinión Pericial de Páez Fuentes, ¶¶ 13-14.

demandante en su escrito de demanda. Por lo tanto, PROPHAR no puede alegar que el énfasis de la Corte Nacional de Justicia no concuerda con el mérito del procedimiento, incluidos los hechos analizados en la resolución, *pues la resolución de la causa se explica de acuerdo con los principios jurídicos invocados por la demandante en su escrito de demanda.* La resolución establece que esos tres principios están dentro del marco doctrinario de la competencia desleal y dispone que, en opinión de los jueces, la conducta de MSD constituyó un cuasidelito civil de acuerdo con los artículos 2214 y 2229 del Código Civil [...].⁸⁵²

488. Entonces, contrariamente al argumento planteado por Merck de que “no fue notificada”,⁸⁵³ ni el Artículo 3 de la Ley de Casación, ni lo alegado por Merck y PROPHAR en sus peticiones de casación tienen relación alguna con la jurisdicción de la CNJ para juzgar las reclamaciones de PROPHAR nuevamente una vez que la CNJ hubo determinado que la resolución de la Corte de Apelaciones del 23 de septiembre del 2011 debe anularse, y para hacerlo de la misma forma que una corte de primera instancia. De acuerdo con lo que la propia Merck admitió en la Corte Constitucional, esa segunda fase se rige por el Artículo 16 de la Ley de Casación, e implica que la CNJ realice un análisis independiente de las pruebas de los procedimientos de la corte inferior y su aplicación de las causales de responsabilidad invocadas por PROPHAR en su escrito de demanda original.

489. El perito de Ecuador en procedimiento civil de Ecuador confirma tanto la caracterización acertada de Merck del procedimiento de la CNJ en su alegato ante la Corte Constitucional, por un lado, y por el otro, que Merck distorsiona ese procedimiento en su Réplica, y que la opinión del Prof. Páez Fuentes contiene errores:

Como expuse en el párrafo 6.1 de mi primera opinión, el procedimiento ante la CNJ tiene dos situaciones hipotéticas posibles: en la primera situación, la CNJ actúa como Corte de Casación en el sentido más estricto, cuyo propósito es determinar errores definidos por la doctrina *in procedendum* o *in judicando* que hayan cometido los jueces de las cortes inferiores, basándose en las causales expresadas por la parte que presenta el recurso de apelación. En el caso presente, ambas partes presentaron un recurso de casación y, por lo tanto, ambas partes enumeraron en sus escritos los perjuicios que sufrieron o el fundamento de sus respectivos recursos. Como su función primordial como Corte de Casación, la CNJ

⁸⁵² Alegato de Merck ante la Corte Constitucional (3 de abril de 2013), ¶¶ 120-121, 172, (R-117), (énfasis añadido).

⁸⁵³ Ver por ejemplo, la Réplica de la Demandante, ¶¶ 333, 334.

analiza si está presente alguno de los hechos establecidos por el Artículo 3 de la Ley de Casación en la sentencia que es objeto del recurso de apelación y, si es así, debe ordenar la casación de la sentencia, y solo entonces procederá a la segunda etapa en la que se “convierte” en corte de primera instancia, de acuerdo a lo indicado en el párrafo 6.1 y subsiguientes de mi primera opinión.

El Artículo 3 de la Ley de Casación establece cinco causales para la casación de una sentencia. De hecho, en su sentencia de diciembre de 2012, la CNJ encontró un error en la sentencia de la Corte inferior basado en las causales cuatro y cinco del Art. 3 de la Ley de Casación, que fueron alegadas por MERCK en su recurso de apelación. He podido revisar la nueva sentencia expedida por la CNJ en noviembre 2014 – que es aparte de la expedida en diciembre del 2012 – en donde la CNJ también ordena la casación de la sentencia, e identifica la presencia de la causal cinco del Artículo 3 de la Ley de Casación que fue alegada por MERCK como una de las causales de su recurso de apelación.

Tanto el “principio dispositivo” mencionado en el párrafo 55 de la Réplica Complementaria de MERCK, como la causa citada en la nota 48 al pie de dicho documento y la afirmación en los párrafos 18 hasta el 22 de la opinión del Dr. Páez Fuentes, solo se aplican a la fase inicial en que la corte de casación examina las causales de casación establecidas en el Art. 3 de la Ley de Casación, lo que implica que la CNJ solo puede ordenar la casación de la sentencia por una de las causales establecidas por dicho artículo, cuando así lo alegue el recurrente, como ocurrió en realidad, y de manera suficiente, tanto en su fallo de septiembre de 2012 como en el de diciembre de 2014. El principio dispositivo, por lo tanto, no impide que la Corte considere y resuelva sobre todos los aspectos que son objeto de la *litis*, una vez admitida la casación y cuando se haya convertido en corte de primera instancia, ya sea que tales aspectos fueron alegados o no como causales del recurso de apelación.

Es precisamente por esa razón que, una vez que se ratificó la casación (como ocurrió en los dos casos ya referidos), la CNJ procedió a convertirse en “Corte de Primera Instancia” y a pronunciar una resolución basada en las causales del escrito de demanda de NIFA y en las defensas de MERCK, así como también en las pruebas presentadas, de la misma forma que lo habría hecho cualquier corte de primera instancia. El principio dispositivo ya no es aplicable en esta fase debido a que la CNJ, en su nueva función – nuevamente, conforme al Artículo 16 de la Ley de Casación – ya no está limitada por las alegaciones planteadas por las partes en instancia de

apelación, y en cambio, tiene amplias facultades de evaluación. Las causales del escrito de la demanda de NIFA son en síntesis que existió una conducta indebida durante las negociaciones con MERCK, la cual negó esos hechos y dio lugar al pleito. Por lo tanto, eso es lo que se debe evaluar y resolver en la segunda fase de la casación, como efectivamente sucedió. De hecho, no es pertinente la alegación de que se aplicaron indebidamente los Artículos 721 y 1562 del Código Civil (como señaló NIFA en su Réplica Complementaria), pues no se habían alegado como causal jurídica en el escrito de la demanda, dado que el Artículo 274 del Código de Procedimiento Civil otorga al Juez amplias facultades para basar sus sentencias en la ley (genéricamente, porque debe encontrar las normas necesarias para declarar la ley en la manera más justa posible) y en las demás fuentes de la ley, sin omitir que el Artículo 280 de dicho Código exige que los jueces prevean las omisiones de las partes con respecto a los estándares legales que se aplican a los procedimientos, un principio que se amplió correctamente en el primer párrafo del Artículo 140 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.⁸⁵⁴

490. Las afirmaciones de la Réplica de que la CNJ tenía impedimento legal para abordar el fondo de nuevas reclamaciones que no se abordaron en la sentencia que se impugnaba o que se manifestaron en la petición de casación de las partes y, por lo tanto, que no podía resolver sobre reclamaciones de competencia desleal, son evidentemente falsas. Si bien la CNJ está limitada en la fase inicial de la casación a lo que se planteó en las peticiones de casación de las partes de acuerdo con las causales permitidas del Artículo 3 de la Ley de Casación y a un análisis de si la sentencia de la corte inferior fue o no incorrecta conforme a derecho respecto de una de esas causales, no está limitada a ese ámbito una vez que entra en la segunda fase y sesiona como corte de primera instancia. Lo que Merck podría haber “solicitado” en su petición de casación no tiene ninguna importancia en esta fase.⁸⁵⁵ En cambio, una vez que la CNJ sesionó como el equivalente de una corte de primera instancia en el litigio *PROPHAR c. MSDIA*, la CNJ debía resolver sobre el escrito de demanda de PROPHAR y las defensas planteadas por Merck en su respuesta original, en vista de las pruebas elaboradas en los procedimientos de la corte inferior. Y como reconoció Merck en todo momento, esas reclamaciones son sobre conducta ilícita extracontractual, y desde al 2006, incluyen el

⁸⁵⁴ Segunda Opinión Pericial de Aguirre, ¶¶ 4.2-4.9.

⁸⁵⁵ Merck tergiversa la finalidad de la referencia que hace Ecuador, basándose en el testimonio de su perito el Prof. Aguirre, a la posición de la petición de casación de Merck de que las reclamaciones de PROPHAR se basaron en la competencia desleal. Lo que Ecuador señala es que, en su petición, Merck insistió en su caracterización de las reclamaciones de PROPHAR como reclamaciones por competencia desleal, no que – al adoptar esa posición—Merck de alguna forma haya estado “solicitando” que la CNJ resolviera conforme a ello. Esa no es la finalidad ni el funcionamiento de una petición de casación.

cuasidelito de competencia desleal. Merck no solo estaba “avisada”, y no solo tuvo oportunidad de hacerse oír y de preparar pruebas sobre reclamaciones por competencia desleal en las cortes inferiores, para la revisión de la CNJ si llegaba a ser necesario un procedimiento de casación, fue la propia Merck la que adoptó la posición de que las reclamaciones de PROPHAR eran sobre competencia desleal.

c. Merck tuvo aviso de que el escrito de Demanda de PROPHAR planteaba una reclamación por cuasidelito y alegó que esas reclamaciones eran sobre competencia desleal

491. El argumento restante de Merck sobre que no estuvo “avisada” indica que, como PROPHAR “no hizo ni una sola referencia a la competencia desleal en su escrito de demanda” y “expresa y repetidamente negó que la competencia desleal fuera la causal de su reclamación” Merck “no tuvo aviso de que enfrentaba una reclamación de ese tipo” y “no tenía motivos para esperar que se la pudiera hacer responsable de competencia desleal en una corte civil”.⁸⁵⁶ Merck además alega que no debió haber tenido que “contemplar todas las reclamaciones concebibles”, incluso las que – al igual que las reclamaciones por competencia desleal—PROPHAR había “abandonado”,⁸⁵⁷ de manera que estaba justificada a no ir a juicio por el fondo de reclamaciones de competencia desleal en las cortes inferiores. Estos argumentos fracasan en todos los frentes.

492. Primero, es ridículo el argumento de Merck de que “no estaba plenamente informada de las acusaciones en contra” de ella, de manera que pudiera “preparar su defensa” frente a la demanda de PROPHAR.⁸⁵⁸ Aparte del hecho de que esos estándares ni siquiera se aplican en este caso, en donde las “acusaciones” en contra de Merck fueron alegaciones presentadas en una demanda entablada por un particular, Merck supo en todo momento cuál era el contenido de la demanda de PROPHAR; en su respuesta, se refirió a ellas como una reclamación por cuasidelito, que es lo que son; y no presentó prueba alguna de que alguna vez se haya quejado ante las cortes ecuatorianas ante las que compareció en la causa porque la demanda no le aclaró qué reclamaba PROPHAR que era la conducta ilícita de Merck. Por el contrario, para 2006, la propia Merck adoptó la posición ante la Corte de Primera Instancia,⁸⁵⁹ y mantuvo esa

⁸⁵⁶ Réplica de la Demandante, ¶¶ 336, 337, 342.

⁸⁵⁷ *Íd.*, ¶ 327.

⁸⁵⁸ *Íd.*, ¶ 323.

⁸⁵⁹ Primer Escrito de Apelación de MSDIA, *MSDIA c. NIFA*, Corte de Apelaciones (29 de julio de 2008), (R-64).

posición en la Corte de Apelaciones,⁸⁶⁰ en su petición de casación de la CNJ,⁸⁶¹ y ante este Tribunal⁸⁶², de que las reclamaciones de PROPHAR eran reclamaciones por competencia desleal. Merck no debió haberse sorprendido, entonces, cuando la CNJ anuló la sentencia de la Corte de Apelaciones y sesionó como corte de primera instancia para volver a resolver sobre la demanda de PROPHAR y la respectiva defensa de Merck, a la luz de las pruebas preparadas por las partes en las cortes inferiores, de que la CNJ *estuvo de acuerdo* con Merck en que las reclamaciones de PROPHAR eran por competencia desleal.

493. Por esos motivos, no vienen al caso las dos causas en que se basa Merck para argumentar que no “fue plenamente informada [...] de las acusaciones en contra” de ella. En *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers Grecia c. República de Albania*, la demandante alegó que la Corte de Apelaciones de Albania se encargó de declarar la falta de validez de una disposición contractual que la demandante no había invocado nunca ante la corte.⁸⁶³ El mismo tipo de situación ocurrió en la causa *Rumeli Telekom c. Kazajistán*, en donde un “Grupo de Trabajo” administrativo, en una “resolución de tres páginas y media, motivada sumariamente” invalidó el contrato por “causales diversas, totalmente distintas” que las ofrecidas por otra “Comisión de Inversión” gubernamental, sin dar a la demandante una posibilidad concreta de presentar su posición.⁸⁶⁴

494. Esas situaciones simplemente no existen en la causa ante este Tribunal. En su resolución de septiembre de 2012, la CNJ adoptó la misma perspectiva sobre la naturaleza de las reclamaciones de PROPHAR que Merck había promovido en todo momento, es decir, que se trataba de reclamaciones por competencia desleal. La CNJ no necesitaba que Merck “solicitase” que resolviera sobre la causa conforme a eso, pues la tarea de la CNJ era interpretar las reclamaciones contenidas en la demanda de PROPHAR y en la respuesta de Merck, aplicar a esta las pruebas, y llegar a una decisión de la misma manera que una corte de

⁸⁶⁰ Escrito de Merck, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (28 de julio de 2008), § 3.1 (C-156) (“De hecho, el intento de NIFA se basa en alegaciones de que MSD cometió actos de competencia desleal en contra de NIFA [...]”); *íd.*, § 4.1 (“[L]a Demandante indicó que los actos del demandado, que resultaron en la fallida compraventa, constituyeron actos de competencia desleal.”).

⁸⁶¹ Petición de Casación de Merck, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (13 de octubre de 2011), ¶ 39, (C-198) (“el escrito de demanda [de PROPHAR] se basó en presuntos actos de competencia desleal [...] en actos engañosos y fraudulentos de MSD que impidieron que la demandante adquiriera la planta”).

⁸⁶² Memorial de la Demandante, ¶ 68 (“En su escrito de apertura en la Corte de Apelaciones, MSDIA alegó que las alegaciones en el Escrito de Demanda de NIFA parecían apuntar a establecer una reclamación por ‘competencia desleal’”).

⁸⁶³ *Pantehniki S.A. Contratistas e Ingenieros, Grecia c. la República de Albania*, Causa CIADI No. ARB/07/21, Laudo (30 de julio de 2009) (“Pantehniki”), ¶¶ 99, (RLA-94).

⁸⁶⁴ *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajistán*, Causa CIADI No. ARB/05/16, Laudo (29 de julio de 2008), ¶ 617, (CLM-142).

primera instancia. No puede quedar duda alguna de que Merck sabía que ese era el procedimiento que, por ley, debía seguir la CNJ. Además, Merck no identificó en este arbitraje ningún caso en el que la CNJ le haya prohibido “presentar su posición” ante ella. Las causas *Rumeli* y *Pantehniki* no son útiles a Merck en absoluto.

495. Segundo, Merck alega finalmente que, como PROPHAR adoptó la posición de que sus reclamaciones eran de defensa de la libre competencia, no “estuvo avisada” y no tuvo oportunidad de hacerse escuchar respecto a la responsabilidad por competencia desleal.⁸⁶⁵ Nuevamente, Merck no identificó ninguna clase de prueba de que se le haya prohibido asumir los elementos de una reclamación por competencia desleal ni que se le haya impedido promover argumentos respecto de competencia desleal porque, en la medida que habría podido hacerlo, escogió seguir el camino de PROPHAR y llevar adelante la causa como una demanda de defensa de la libre competencia.

496. Finalmente, lo mismo se aplica a la decisión de Merck de basarse exclusivamente en argumentos jurisdiccionales con respecto a su posición de que solo las cortes de lo contencioso administrativo podían conocer la demanda de PROPHAR. A Merck quizás no le agrade el hecho de que ninguna de las cortes ante las que compareció —y específicamente la CNJ—estuvieron de acuerdo con su argumento de que una reclamación por competencia desleal no relacionada con la propiedad intelectual está sujeta a la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador. Sin embargo, Merck no presentó ninguna prueba ni argumento que pudiera llevar a la conclusión de que su decisión de basarse únicamente en argumentos jurisdiccionales con respecto a reclamaciones de competencia desleal en el litigio *NIFA c. MSDIA* de alguna forma resultaron en que la CNJ “no le dio aviso” o que “no tuvo oportunidad de hacerse oír” sobre la posibilidad de que podía ser hecha responsable por la causal de competencia desleal. Además la insistencia de Merck en ese argumento es un intento manifiesto de llevar a este Tribunal a asumir el papel que, conforme al derecho internacional, tiene prohibido asumir, específicamente en este caso, reemplazar lo resuelto por la CNJ con su resolución sobre la legislación nacional de Ecuador y específicamente las determinaciones jurisdiccionales, cuando la CNJ se negó a aceptar el argumento del recurso de casación de Merck de que las cortes de lo contencioso administrativo, y no las cortes

⁸⁶⁵ Ver por ejemplo, Réplica de la Demandante, ¶¶ 327-328, 337.

civiles, son las que tienen jurisdicción sobre las reclamaciones que no son sobre propiedad intelectual.⁸⁶⁶

2. Merck no demostró que la resolución de septiembre 2012 de la CNJ haya sido incorrecta, mucho menos que haya sido “tan indignante que resulta inexplicable o “arbitraria o sumamente incompetente, “judicialmente imposible”, “un escándalo respecto de la corrección judicial”, o “una que ningún juez competente podría haber pronunciado”

497. Merck ataca la resolución de septiembre 2012 de la CNJ con argumentos que define como denegaciones procesales de la justicia, es decir “interpretaciones del Derecho de Ecuador” que Merck “no podía haber previsto” y “que no fueron planteadas por las partes”, pero que constituyen en su totalidad ataques velados a la sustancia de esa resolución. Todos esos intentos invitan al Tribunal a reemplazar la interpretación de la CNJ sobre el Derecho de Ecuador con su propia interpretación, lo cual, conforme a los principios firmemente asentados del derecho internacional, no tiene permitido hacer. Además, ninguno de los ataques de Merck a la sustancia de la resolución de la CNJ de septiembre 2012 tiene fundamento alguno, como se demuestra a continuación.

a. La teoría de Merck sobre “tipificación” es poco razonable

498. El ataque principal de Merck a la sustancia de la resolución de la CNJ de septiembre del 2012 plantea que, en virtud de las disposiciones de las Constituciones de Ecuador de 1998 y 2008, Ecuador instauró un sistema jurídico en el cual todas las causales de responsabilidad civil deben estar “tipificadas”; ello significa que “cualquier acto prohibido que dé lugar a una responsabilidad civil debe estar tipificado en el Código Civil del Ecuador”.⁸⁶⁷ Dicho de otro modo, desde 1998, Ecuador puso los cuasidelitos civiles en Ecuador en la misma situación que los casos en que el Estado, en el ejercicio de sus facultades de regulación y control del orden, impone sanciones penales, administrativas u otras sanciones por los actos ilícitos. Por consiguiente, Merck argumenta, que desde 1998, según el derecho de Ecuador, cualquier persona puede causar el daño civil que desee a cualquier persona sin temer la responsabilidad civil, siempre y cuando ese acto no esté específicamente identificado como ilícito en una disposición del Código Civil.

⁸⁶⁶ Ver la Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (21 de septiembre de 2012), ¶¶ 4.5-4.6, (C-203).

⁸⁶⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 359.

499. Ese argumento podría resultar risible si no fuera por los fines nefastos para los cuales Merck quiere utilizarlo: como una excusa por su fracaso evidente en proseguir las reclamaciones por competencia desleal en cuanto al fondo e intentar volver a procesar ante este Tribunal un argumento que perdió en las cortes de Ecuador, es decir, si las reclamaciones de PROPHAR son sobre competencia desleal o no, y si lo son, si debieron haber sido conocidas en las cortes de lo contencioso administrativo y no en las cortes civiles del Ecuador, incluida la sala de justicia civil de la CNJ.

500. Esa estrategia sale a la luz mediante el argumento retorcido que Merck elabora en base a su teoría de la “tipificación”. Según Merck, como “[e]n la época de la demanda de NIFA, la única norma de derecho del Ecuador que tipificaba los actos de competencia desleal era la Ley de Propiedad Intelectual de 1998, y las reclamaciones [...] solo se podían entablar conforme a esa ley [...] MSDIA no estuvo avisada de que podría ser hecha responsable por competencia desleal conforme a otra normativa de Ecuador”.⁸⁶⁸ Por lo tanto, argumenta Merck, “la mención de los Artículos 2214” por parte de PROPHAR “en su demanda no puso a MSDIA en aviso de que podía ser hecha responsable por competencia desleal o que debía litigar el fondo de una reclamación por competencia desleal.”⁸⁶⁹

501. Este Tribunal no debería tolerar esas tácticas. La teoría de Merck sobre “tipificación”, que es absurda a primera vista, fue presentada con una finalidad falsa. Tampoco sirve para sustentar una reclamación por denegación de justicia: sea cual fuere la notificación que PROPHAR pueda haber dado a Merck sobre el fundamento de su demanda, no puede atribuirse a la CNJ, mucho menos a *Ecuador* como asunto de responsabilidad del Estado. En todo caso, el argumento de Merck sobre “tipificación” se debe tratar como una admisión de que no tiene una reclamación por denegación de justicia en contra de Ecuador basada en su argumento de “falta de aviso” procesal y, desde luego, no basada en fallo sustantivo de la decisión de la CNJ de septiembre 2012 de que la competencia desleal es un cuasidelito justiciable conforme a las secciones 2214 y 2229 del Código Civil.

502. Además, la teoría de la “tipificación” de Merck tampoco tiene fundamento conforme al derecho. Merck basa su teoría en el testimonio de dos de sus peritos, el Dr. Córdoba y el Dr. Oyarte. Aparte de un argumento que no sirve para sustentar la proposición para la cual

⁸⁶⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 361.

⁸⁶⁹ Íd.

quieren usarlo,⁸⁷⁰ ninguno de las dos cita ningún historial legislativo ni ninguna otra autoridad a favor de su conclusión de que la frase “de ningún otro tipo” que aparece en las disposiciones de las Constituciones de Ecuador de 1998 y 2008 signifique que nadie puede ser hecho responsable de cometer un cuasidelito en Ecuador a menos que exista una disposición del Código que especifique que la conducta respectiva es ilícita.⁸⁷¹ Dado que si existiera la “tipificación” en Ecuador – lo cual no es así – ello habría eliminado todo el régimen de los cuasidelitos del Código Civil, el hecho de que no citen ninguna autoridad ni ninguna otra corroboración de su teoría solo sirve para confirmar que la “tipificación” no existe y nunca existió.

503. El Dr. Guerrero del Pozo confirma que la tipificación no se aplica a un cuasidelito civil:

Como las disposiciones constitucionales [de 1998 y 2008] se refieren a la imposición de sanciones como consecuencia del cometimiento de una infracción, está claro que los principios de legalidad y tipificación son aplicables cuando nos encontramos en una situación en la que el Estado ejerce su autoridad punitiva, que se define como “... *cualquier ejercicio de coacción del Estado que no pretende el desagravio (que, en general, no es parte del derecho civil o privado) y que no contiene ni interrumpe un proceso perjudicial en curso o inminente (coacción directa del derecho administrativo). ... Existe potestad punitiva cuando la coacción del Estado no es civil ni administrativa*”. Las palabras empleadas en las disposiciones de las Constituciones de 1998 y 2008 en que se basan MSDIA y sus peritos no son compatibles con la responsabilidad civil extracontractual.

Es decir que cuando lo que se pretende es el desagravio de actos civiles extracontractuales de una persona que causan daño a otra persona, el Estado no tiene potestad punitiva y, por lo tanto, estamos en un contexto de derecho civil en el cual el empleo de términos como “infracción”, “penalización”

⁸⁷⁰ Esa causa es *Begazuay, Bebidas Gaseosas del Azuay, S.A. c. Emprosur S.A.*, Sentencia de la Sala Cuarta de la Corte Superior de Cuenca (9 de noviembre de 2000) (CLM-403) y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Comercial (31 de mayo de 2006) (CLM-404). Contrariamente a las afirmaciones de Merck y de sus peritos acerca de la causa, en ella no existe nada que haya demostrado o siquiera dé sustento a la proposición de que un cuasidelito de competencia desleal deba “tipificarse” a fin de que sea justiciable, o que los Artículos 2214 y 2229 no se apliquen a ella. La Corte Superior de Cuenca desestimó la demanda en *Begazuay* no porque la competencia desleal no sea un acto ilegal o porque no esté tipificada; la causa fue desestimada porque el demandante no probó el cuasidelito en cuestión. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia se negó a anular la causa porque concluyó que los errores jurídicos identificados en la petición de casación no existían. En esa resolución, la Corte Suprema no dijo nada sobre tipificación. Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶¶ 127-132; Segundo Informe Pericial de Álvaro García José Pólit (18 de febrero de 2015) (“Segundo Informe Pericial de Pólit”), ¶¶ 39- 45.

⁸⁷¹ Segunda Opinión Pericial de Rafael Oyarte Martínez (7 de agosto de 2014) (“Segunda Opinión Pericial de Oyarte”), ¶¶ 41-42; Segundo Informe Pericial de Manuel Fernández de Córdoba (5 de agosto de 2014), ¶¶ 6-7.

o “castigo” es incompatible con ese contexto.⁸⁷²

504. El Dr. Álvaro García José Pólit, un perito en derecho de cuasidelitos de Ecuador, lo confirma así:

Los Profesores Oyarte y Fernández de Córdoba están equivocados al afirmar que la Constitución de 1998 requería la “codificación” de los actos que constituían cuasidelitos. Las cortes del Ecuador no han cambiado su enfoque y análisis de la responsabilidad civil extracontractual [...]. Los profesores Oyarte y Fernández de Córdoba confundieron el concepto de penalización o castigo con el concepto de compensación, aplicando a esta última los requisitos que se aplican solamente a la anterior. Por consiguiente, la jurisprudencia de Ecuador anterior a 1998 es totalmente válida, eficaz, vigente, y es fuente de derecho con respecto a la responsabilidad civil extracontractual.⁸⁷³

505. Además, la CNJ ya resolvió el tema de la aplicabilidad continuada de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil al cuasidelito de competencia desleal en donde la propiedad intelectual no es objeto de controversia. Según explica el Dr. Pólit, en respuesta al testimonio de Réplica de los peritos de Merck:

Las causas citadas en mi primer informe, si bien no fueron emitidas por Salas de lo Civil de las Cortes de Ecuador, sirven como un sustento definitivo jurisprudencial que demuestra la existencia de una demanda civil por competencia desleal, tal como explicaremos más abajo.

Ambas sentencias (*Baquerizo Freile c. Ibope del Ecuador*, y *S.G.S del Ecuador S.A. c. Navarro Espinoza*) fueron emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de lo que era entonces la Corte Suprema de Justicia (ahora la Corte Nacional de Justicia), que es una Sala especializada de la misma Corte que emitió la sentencia en la causa *Prophar/Nifa c. Merck*. Las decisiones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (ahora la Corte Nacional de Justicia) y las decisiones de la Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Nacional de Justicia, que es la Sala en la que se conoció y decidió sobre la causa *Prophar/Nifa c. Merck*, son equivalentes, ya que provienen de la misma fuente judicial, es decir, la Corte Nacional de Justicia. El análisis central de la Corte, en ambos casos, sirve para dejar en claro que:

- a. Las Salas de lo Contencioso Administrativo no tienen ninguna jurisdicción exclusiva para conocer causas sobre competencia desleal. En ninguna de las sentencias

⁸⁷² Segundo Informe Pericial de Guerrero, ¶¶ 112-113.

⁸⁷³ Segundo Informe Pericial de Pólit, ¶ 23.

citadas, ni tampoco en ninguna sentencia emitida por las cortes de Ecuador, se declara que desde la fecha en que entró en vigencia la Ley de Propiedad Intelectual, la competencia desleal esté regulada exclusivamente por dicha ley y, por lo tanto, no existe un precedente para la proposición (incorrecta) de que únicamente las Salas de lo Contencioso Administrativo podrían revisar las reclamaciones de competencia desleal, y que la competencia desleal únicamente puede aplicarse a los casos dispuestos en la Ley de Propiedad Intelectual. En *Baquerizo c. Ibope del Ecuador*, la Corte declaró que: "... esta norma [la Ley de Propiedad Intelectual], *que establece la potestad, por excepción*, de la jurisdicción administrativa para conocer reclamaciones de competencia desleal..." Al establecer que la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede conocer causas que versan sobre competencia desleal *únicamente por excepción*, la Corte está otorgando jurisdicción para conocer causas de competencia desleal, como norma general, a las cortes de jurisdicción civil. De no ser así, ¿a qué otra jurisdicción?

- b. Al no existir una jurisdicción especial para conocer causas en las que se alega competencia desleal, existe entonces en efecto un sistema paralelo de jurisdicción competente para resolver judicialmente las demandas por competencia desleal. Es incorrecta la interpretación del Profesor Fernández de Córdoba en el párrafo 23 de su informe en el que indica que la sentencia de la causa *aso Baquerizo c. IBOPE del Ecuador* define un sistema de competencia desleal que es anterior a la promulgación de la Ley de Propiedad Intelectual y otro, que empieza desde su entrada en vigencia, pues se basa en el tiempo verbal de un verbo utilizado por la Corte; sin embargo, está claro que la Corte utiliza el tiempo verbal pasado para hacer referencia al hecho de que el demandante debe haber sustentado su reclamación en virtud de las normas del Código Civil de la Ley de Propiedad Intelectual, y como tal, el demandante debió basar su reclamación en las normas civiles y debió presentar su demanda ante la jurisdicción ordinaria (las cortes civiles). Dado que las Salas de lo Contencioso Administrativo no pueden conocer demandas por cuasidelitos civiles y no podían resolver sobre la relevancia de las demandas en virtud de los Artículos 2241 (ahora 2214) y 2256 (ahora 2229), dichos tipos de reclamaciones quedan bajo la jurisdicción de los jueces civiles. In *S.G.S c. Navarro*, la Corte afirmó claramente que: "Cuando el tema de la controversia está relacionado con prácticas desleales que no tienen que ver con derechos de propiedad intelectual, los jueces de

las cortes distritales de lo Contencioso Administrativo *no tienen jurisdicción, y en cambio, los jueces ordinarios sí.*” (Énfasis añadido)

En cuanto a la decisión en *SGS c. Navarro*, es importante aclarar que, incluso si en dicha sentencia no se especifica la causal jurídica conforme a la cual es posible presentar una reclamación que pretenda una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la competencia desleal, está muy claro que dichas demandas se basan en el régimen de los delitos extracontractuales (daños y perjuicios generales, lucro cesante y daños morales), porque la Corte procede a hacer una distinción entre las indemnizaciones como daños morales y los daños y perjuicios y el lucro cesante cuando se sufrió un perjuicio monetario. Además, en cuanto al procedimiento que se debe seguir para pretender una reparación por daños y perjuicios monetarios ocasionados por la violación de los derechos de propiedad intelectual, y las indemnizaciones por daños morales, la Corte concluyó lo siguiente: “*en dicho sentido, una reclamación cuyo objetivo es obtener una indemnización por perjuicios a los derechos intelectuales derivados de la competencia desleal, la cual es regulada por la Ley de Propiedad Intelectual, se mantiene de manera distinta que una demanda que pretende daños y perjuicios orales por cualquier acto ilícito, incluso los derivados de la competencia desleal*” (énfasis añadido).

Se debe tener en cuenta que en el presente caso, la Corte analizó una reclamación de indemnización por daños morales producto de competencia desleal sin relación alguna con la propiedad intelectual. La Corte concluyó que la Sala de lo Contencioso Administrativo no tiene jurisdicción para emitir decisiones sobre reclamaciones por daños morales, ya que ello queda únicamente bajo la autoridad de la jurisdicción civil y de las cortes ordinarias, según el régimen de cuasidelitos civiles dispuesto en el Código Civil.

- c. En esas sentencias, se observa que los demandantes presentaron demandas por actos de competencia desleal, basándose en el derecho civil, pero presentaron esas reclamaciones ante las cortes de lo contencioso administrativo. En dichas sentencias, la Corte Suprema no niega el derecho que tienen los litigantes de recurrir a las cortes ordinarias (cortes civiles) para demandar por competencia desleal. Los fallos únicamente establecen que, si (y únicamente si) las reclamaciones van a ser conocidas por las cortes de lo Contencioso Administrativo, las reclamaciones por competencia desleal deben guardar relación con la propiedad intelectual e industrial; de otra manera, las cortes de lo

contencioso administrativo no tienen la autoridad para conocer las reclamaciones por competencia desleal. Cabe destacar que en el párr. 28 de su segunda opinión, el Profesor Fernández de Córdoba admite que este es el significado de la decisión de la Corte Suprema (ahora Corte Nacional de Justicia) en la causa *SGS c. Navarro*, pero intenta minimizar dicha determinación. Sin embargo, se equivoca. De hecho, los fallos de la Corte Suprema en los casos *Baquerizo* y *SGS* demuestran que, si Prophar hubiese entablado su reclamación en contra de Merck ante la Corte de lo Contencioso Administrativo, ésta habría sido desestimada debidamente por falta de jurisdicción, ya que las reclamaciones de Prophar no guardaban relación con los derechos de propiedad intelectual o industrial.⁸⁷⁴

506. En un artículo escrito en 2002, el propio abogado ecuatoriano de Merck en el litigio *PROPHAR c. MSDIA* y testigo de los hechos en el presente arbitraje, Alejandro Ponce Martínez, reconoce que la competencia desleal es un cuasidelito civil que es enjuiciable en virtud del Código Civil de Ecuador.⁸⁷⁵ Por supuesto, su postura legal según consta escrita es que, después de que se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual en 1997, todos los cuasidelitos civiles de competencia desleal quedan incluidos bajo la Ley de Propiedad Intelectual. Pero, según demostró Ecuador, la CNJ sostuvo que el Dr. Ponce se equivocó en el 2002, y que Merck se equivoca ahora. Por consiguiente, según reconoció el propio Dr. Ponce, la competencia desleal que no esté relacionada con los derechos de propiedad intelectual sigue siendo enjuiciable en virtud de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil de Ecuador.

507. Por las razones anteriores, el argumento de “tipificación” de Merck es infundado y son infundadas sus afirmaciones de que “no fue notificada” de que podía ser hecha responsable de actos de competencia desleal o que debía llevar adelante un pleito sobre el fondo de una reclamación por competencia desleal”.

b. Merck fue notificada y aprovechó por completo la oportunidad de hacerse oír en juicio respecto del Artículo 244(3) de la Constitución de 1998, y la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 no fue carente de precedentes

508. La afirmación de Merck de que “no fue notificada” o que no tuvo la oportunidad de hacerse oír en juicio con respecto al hecho de que “la CNJ se basó en el Artículo 244(3) de la

⁸⁷⁴ *Íd.*, ¶¶ 46-49 (cierto énfasis en el original; se añadió cierto énfasis).

⁸⁷⁵ A. Ponce Martínez, et al., *La Competencia Desleal en Ecuador*, REVISTA JURÍDICA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, No. 1 (2009), pág. 49 (RLA-171).

Constitución de 1998 queda desmentida directamente por el acta del litigio *PROPHAR c. MSDIA* y del presente arbitraje. En su escrito de demanda de 2003, PROPHAR citó el Artículo 244(3) como fundamento de su reclamación en contra de Merck,⁸⁷⁶ y Merck no identificó ninguna forma en la que se le haya impedido ser oída en juicio respecto de la aplicación de dicha disposición a las reclamaciones presentadas por PROPHAR ante la Corte de Primera Instancia o la Corte de Apelaciones. Además, la Corte de Apelaciones tomó en cuenta el Artículo 244(3) en su decisión de 2011, y sostuvo que Merck era responsable frente a PROPHAR en virtud de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil.⁸⁷⁷ Finalmente, en la propia petición de casación ante la CNJ, Merck argumentó ante esta que la sentencia de la Corte de Apelaciones debía ser anulada porque “interpretaba mal el artículo 244, párrafo 3, de la Constitución de 1988, [...], al considerar que dichos estándares no exigían la existencia de una ley que regulara la libre competencia”.⁸⁷⁸ La afirmación de Merck de que no sabía que la CNJ tenía ante sí el Artículo 244(3) y que podría tomarlo en cuenta para tomar su decisión simplemente carece de fundamentos.

509. Ecuador ya abordó el testimonio del Prof. Paulsson de que “es alarmante escuchar que se diga que una corte de la tradición de derecho civil tiene una ‘la función de creadora de leyes’ [...] únicamente para este caso”, y que cite como pertinente el “Artículo 5 del Código Civil de Francia según se promulgó en 1803. (*‘Il est défendu aux juges de prononcer par voie de dispositions générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.’*) [Los jueces tienen prohibido resolver mediante disposiciones generales o regulatorias sobre causas planteadas ante ellos].”⁸⁷⁹ Como ya se observó, el Artículo 5 del Código Civil de Francia no posee la aplicación que el Prof. Paulsson pretende darle y, desde luego, ello no se aplica a la decisión de la CNJ de septiembre de 2012. Algo más curioso todavía es que el Prof. Paulsson haya entendido que la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 creó “una teoría de competencia desleal sin precedentes *únicamente para este caso*”.⁸⁸⁰ Es evidente que Merck no informó al Prof. Paulsson de que su abogado, el propio Dr. Ponce, confirmó que en virtud del Código Civil de Ecuador hace mucho que existe la responsabilidad civil extracontractual por competencia desleal. Por la misma razón, es infundada la reclamación de Merck de que “los

⁸⁷⁶ Escrito de Demanda de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (16 de diciembre de 2003) (C-10), pág. 10.

⁸⁷⁷ Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (23 de septiembre de 2011), pág. 9, (C-4).

⁸⁷⁸ Petición de Casación de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, pág. 10, (C-198).

⁸⁷⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 350; Segunda Paulsson Opinión Pericial, ¶ 26.

⁸⁸⁰ Segunda Paulsson Opinión Pericial, ¶ 26, (énfasis añadido).

principios sustantivos de competencia desleal expresados” en la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 “carecían de fundamentos o precedentes en el derecho de Ecuador”.⁸⁸¹

3. Merck admitió que la CNJ realizó una revisión *de novo* de las pruebas y resolvió sobre la causa de conformidad con los principios jurídicos aplicables

510. No es necesaria una respuesta muy extensa para la reclamación de Merck de que la CNJ “no consideró elementos claves de cualquier reclamación por competencia desleal” y de que “no tomó en cuenta ninguna de [las] pruebas que presentó”.⁸⁸² Como se demostró en el Contramemorial de Ecuador,⁸⁸³ la defensa utilizada por Merck contra la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 en la Corte Constitucional habla por sí sola. En ese caso fue muy claro que la CNJ “sí revisó las pruebas”, “analizó las pruebas [...] incluidos los hechos analizados en la decisión [...] de conformidad con los principios jurídicos que la demandante invocó en su reclamación [...]”, “realizó de manera legítima” la “evaluación de las pruebas”, y valoró de manera competente “las pruebas en el proceso”.⁸⁸⁴

511. Atrapada en sus propias palabras, Merck se desvive por explicar sus abundantes elogios de la decisión de la CNJ de septiembre de 2012, y presenta dos excusas principales. La primera—que siempre adoptó la postura en la Corte Constitucional de que no estaba de acuerdo con la decisión⁸⁸⁵—no es de mucha utilidad para Merck. Ecuador reconoció en su Contramemorial que Merck mantuvo esa posición. Pero esa es la posición de todo litigante decepcionado, y discrepar del resultado de la causa no sirve de nada respecto a que Merck cumpla con su obligación de probar que la decisión de septiembre de 2012 fue una denegación de justicia.

512. La segunda excusa de Merck es que, cuando elogió la decisión de septiembre de 2012, solo refutó el intento de PROPHAR de que fuera anulada. La única conclusión que se puede sacar de esa excusa es que Merck *no quería* que la decisión fuera anulada, lo cual sirve para demostrar que consideró que esa decisión fue una victoria. Los elogios abundantes y claros de Merck a la CNJ y a su decisión no tienen ninguna otra explicación, ya que esa clase de caracterizaciones no habrían sido necesarias para refutar los puntos específicos del recurso de apelación de PROPHAR.

⁸⁸¹ Réplica de la Demandante, ¶ 370.

⁸⁸² *Íd.*, ¶¶ 373-376, 395.

⁸⁸³ Contramemorial de la Demandada, ¶¶ 361-374.

⁸⁸⁴ *Íd.*, ¶ 363 (énfasis en el original); *ver también* los alegatos de Merck ante la Corte Constitucional que se citan allí.

⁸⁸⁵ Réplica de la Demandante, ¶¶ 412-413.

4. Conclusión

513. Por todas las razones anteriores, Merck no cumplió con su obligación de demostrar que la decisión de la CNJ de septiembre de 2012 constituye una denegación de justicia y, por consiguiente, debe denegarse su reclamación en ese sentido.

F. Las reclamaciones de Merck de que sufrió una denegación de justicia a nivel de la corte inferior son infundadas

1. Merck tergiversó exageradamente los procedimientos ante la Corte de Apelaciones

514. En su Réplica, Merck sigue quejándose de los procedimientos ante la Corte Provincial de Justicia de lo Comercial y Civil (la “corte de segunda instancia” o “Corte de Apelaciones”). Pero como se explica a continuación, no logra refutar el argumento de Ecuador que demuestra que Merck exageró y tergiversó exageradamente las presuntas “irregularidades” al nivel de la Corte de Apelaciones; en realidad, abandonó muchas de sus acusaciones originales después de que se demostró aquello. Más importante todavía es que las pruebas presentadas por Merck no logran corroborar sus alegaciones ni demostrar irregularidades que hayan equivalido a una denegación de justicia. Al contrario, lo que sí demuestran las pruebas es que:

- El hecho de que la corte de apelación haya designado a un segundo grupo de peritos, y que se haya basado en la opinión de ellos, no es irregular de ninguna manera, mucho menos una denegación de justicia;
- La Corte de Apelaciones no se limitó a considerar únicamente las pruebas presentadas por NIFA ni tampoco se negó a considerar las pruebas presentadas por MSDIA o las pruebas en que esta se basó; dio a ambas partes abundantes oportunidades para presentar nuevas pruebas además de las ya presentadas ante la corte inferior;
- La Corte de Apelaciones notificó oportunamente a MSDIA de sus decisiones;
- La notificación de la Corte de Apelaciones en la que declara que había tomado control de la causa se notificó debidamente al abogado de Merck;
- La petición de nulidad presentada por Merck antes de la etapa de presentación de las pruebas no fue rechazada por la corte “sin exponer un razonamiento claro”;
- Al decidir sobre la petición de aclaración de MSDIA junto con la sentencia final, la corte no privó a Merck de una oportunidad para solicitar una audiencia oral o presentar escritos finales.

a. El hecho de que la Corte de Apelaciones designó y utilizó al

segundo grupo de peritos no constituyó una denegación de justicia

515. La Demandante continúa con sus tergiversaciones exageradas del acta respecto del hecho de que la Corte de Apelaciones designó a tres peritos y utilizó sus opiniones, que fueron desfavorables.⁸⁸⁶ En su Memorial, la Demandante ataca los procedimientos mediante los cuales fueron designados dichos peritos.⁸⁸⁷ Sin embargo, después, y solo después de que Ecuador demostró en su Contramemorial que los tres peritos fueron designados de conformidad con los procedimientos avalados por la propia Demandante,⁸⁸⁸ la Demandante ahora hace caso omiso o admite esos hechos. Específicamente, con respecto al Dr. Guerra (el perito en error esencial sobre derecho de defensa de la competencia) y al Sr. Yerovi (el perito en error esencial sobre bienes inmuebles), la Demandante no refuta ni presenta argumentos nuevos para demostrar que los procedimientos que llevaron a sus designaciones hayan estado de alguna forma viciados. Dicho silencio es muy revelador: muestra que las alegaciones carecían de fundamento desde el principio, y recalcan el carácter inventado del argumento de la Demandante.

516. En cuanto al Sr. Cabrera, el único perito que opinó sobre daños y perjuicios ante la Corte de Apelaciones, la Demandante tampoco refuta ninguna de las explicaciones que da Ecuador sobre su designación. En cambio, trasladó el debate a otro grupo de presuntas “irregularidades”. Curiosamente, estas irregularidades, que únicamente fueron expresadas parcial y vagamente en una nota al pie en el Memorial de la Demandante⁸⁸⁹, son ahora presentadas como indicios de importantes incorrecciones que dieron lugar a una denegación de justicia. Esa es una indicación más de la falsedad de las argumentaciones de la Demandante.

i. El cumplimiento de la Corte de Apelaciones con las normas de procedimiento de Ecuador es pertinente para demostrar que Merck exageró y distorsionó indebidamente el acta

517. Si bien, contrariamente a la afirmación de la Demandante, Ecuador no sostiene que el pleno cumplimiento por parte de la Corte de Apelaciones con las normas de procedimiento de Ecuador sea por sí sola una defensa completa ante la reclamación por denegación de justicia en sí, el hecho de que la designación del segundo grupo de peritos se haya realizado

⁸⁸⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 271(e); Réplica de la Demandante, ¶¶ 586 *et seq.*

⁸⁸⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 271 (e).

⁸⁸⁸ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 460-482.

⁸⁸⁹ *Ver también* Memorial de la Demandante, ¶ 201.

cumpliendo totalmente con el derecho de Ecuador desmiente la exageración y la distorsión de la Demandante respecto de las presuntas “irregularidades de procedimiento”. No hubo nada irregular o indebido en la designación y el uso de los servicios del Sr. Cabrera, el Dr. Guerra, y el Sr. Yerovi. Pero incluso si así hubiera sido, la Demandante no ha demostrado de qué manera lo anterior equivale a una denegación de justicia.

518. Únicamente las “irregularidades de procedimiento de tal gravedad que afecten el resultado de la causa” pueden dar lugar a una denegación de justicia en virtud del derecho internacional.⁸⁹⁰ Además, “una denegación de justicia implica el fracaso de un sistema nacional en conjunto [...]”.⁸⁹¹ Esto no es lo que ocurre en el presente caso, ya que la sentencia de la Corte de Apelaciones fue anulada por la decisión reciente de la CNJ. Las presuntas “irregularidades” no son nada más que procedimientos habituales en un caso complejo que contiene casi 12 mil páginas, en el cual ambas partes han presentado extensos informes periciales, abundantes pruebas y numerosas peticiones. El litigio *NIFA c. MSDIA* es, por lo tanto, la antítesis de un caso prototípico de denegación de justicia. En contraste con los casos en los que se determinó la existencia de denegación de justicia, el litigio *NIFA c. MSDIA* no se caracterizó por vulneraciones de derechos inherentes a la naturaleza equitativa de un proceso judicial imparcial (es decir, el derecho a ser notificado del procedimiento y de su progreso, el derecho a ser escuchado en juicio, y el derecho a presentar pruebas).⁸⁹² En efecto, los alegatos y peticiones de las partes se volvieron tan difíciles de manejar que la Corte amenazó con sancionar a ambas partes si continuaban obstruyendo el trascurso normal de los procedimientos mediante sus peticiones engañosas.⁸⁹³

⁸⁹⁰ *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. la República Eslovaca*, CNUDMI (TBI entre Los Países Bajos – y la República Eslovaca), Laudo Final (23 de abril de 2012) (Kaufman-Kohler, Wladimiroff, Trapl) (“*Oostergetel*”), ¶ 287 (CLM-146) (en donde se evalúa si “las irregularidades procesales fueron en realidad incorrecciones graves con un impacto en el resultado de la causa, al punto de que la totalidad del proceso se vuelve objetable”.); *Swisslion DOO Skopje c. anterior República Yugoslava de Macedonia*, Causa CIADI No. ARB/09/16, Laudo (6 de julio de 2012) (Guillaume, Price, Thomas), ¶ 268 (RLA-186) (que evalúa si existía “alguna injusticia procesal grave en la conducta de los procedimientos judiciales”.); *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. la República de Kazajstán*, Causa CIADI No. ARB/07/14, Laudo (22 de junio de 2010) (Böckstiegel, Hobér, Crawford), ¶ 279 (RLA-181) (que sostiene que “la Demandada solo puede ser hecha responsable por denegación de justicia si los Demandantes pueden probar que el sistema judicial fracasó de manera fundamental. Dicho fracaso debe demostrarse en los casos de errores procesales importantes como la falta del debido proceso”).

⁸⁹¹ *Oostergetel*, ¶ 273, (CLM-146).

⁸⁹² *Flughafen Zürich A.G. & Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Causa CIADI No. ARB/10/19, Laudo (18 de noviembre de 2014) (Fernández-Armesto, Álvarez, Vinuesa), ¶ 639, (RLA-200).

⁸⁹³ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (1 de agosto de 2011), (C-46).

519. Según Merck, la designación del Sr. Cabrera como perito en daños y perjuicios fue irregular y contraria al derecho de Ecuador.⁸⁹⁴ Naturalmente, no sorprende que Merck haya objetado *vigorosamente* el nuevo nombramiento del Sr. Cabrera – presentando al menos ocho distintas peticiones basadas en distintos argumentos—pues no quería que en el acta se incluyera *ningún tipo* de daños y perjuicios. Pero, como ya se demostró (y no fue refutado por la Demandante), el Dr. de León no abordó el tema de los daños y perjuicios según lo exigía la Corte, sino únicamente el “derecho a daños y perjuicios” de NIFA, y no estuvo convencido de que en efecto existiera responsabilidad.⁸⁹⁵ Por lo tanto, la corte no tuvo una opinión pericial respecto de los daños y perjuicios adecuados si acaso posteriormente determinaba que Merck era responsable.

520. El intento de la Demandante por describir los procedimientos normales de un pleito complejo como “irregularidades de procedimiento” es un intento desesperado por crear un argumento de ambiente, cuando, a fin de cuentas, nada de eso tiene verdadera importancia. La decisión reciente de la CNJ hace que esos puntos sean intrascendentes.

ii. La Demandante no presentó ningún argumento ni pruebas nuevas que desmientan la prueba que dio Ecuador de que tanto el Dr. Guerra como el Sr. Yerovi Jaramillo fueron designados de acuerdo con el Derecho de Ecuador

521. En su Contramemorial, Ecuador demostró que Merck no logró demostrar que las designaciones del Dr. Guerra o del Sr. Yerovi Jaramillo no fueron “normales y correctas”.⁸⁹⁶ La Demandante no se esfuerza en absoluto por refutar esa comprobación de Ecuador, y se limita simplemente a remitir al Tribunal a su Memorial.⁸⁹⁷

522. Por lo tanto, lo demostrado por Ecuador sigue sin ser refutado. Tanto el Dr. Guerra como el Sr. Yerovi fueron designados en virtud del Artículo 258 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador, el cual permite que las partes impugnen la opinión de un perito designado por la corte que haya cometido un error esencial en su informe.⁸⁹⁸ Si una parte impugna la opinión de un perito, la corte podrá autorizar un procedimiento sumario durante el cual ambas

⁸⁹⁴ Réplica de la Demandante, ¶ 573.

⁸⁹⁵ Informe de Ignacio de León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (12 de febrero de 2010), (C-24).

⁸⁹⁶ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 467, 479.

⁸⁹⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 559.

⁸⁹⁸ Código de Procedimiento Civil de Ecuador (24 de noviembre de 2011), Art. 258 (RLA-107) (“Si el dictamen pericial adoleciere de error esencial, probado este sumariamente, deberá el juez, a petición de parte o de oficio, ordenar que se corrija por otro u otros peritos, sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieren incurrido por dolo o mala fe”).

partes podrán presentar pruebas sobre si un informe pericial perdió validez por un error esencial. Eso es exactamente lo que sucedió en el presente caso. Después de que el Dr. de León presentó su informe, NIFA argumentó que él había cometido un error esencial.⁸⁹⁹ La Corte de Apelaciones inició un procedimiento sumario de acuerdo con el Artículo 258 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador,⁹⁰⁰ durante el cual ambas partes presentaron sus pruebas.⁹⁰¹ En respuesta tanto a (1) la petición de NIFA para que se designase a un perito en legislación sobre defensa de la competencia para que impugnase las observaciones del Dr. de León, y (2) la petición de Merck por que se permitiera que otro perito diera su opinión sobre el presunto error esencial del Dr. de León,⁹⁰² la Corte de Apelaciones designó al Dr. Guerra.⁹⁰³ En tal sentido, NIFA atestiguó lo siguiente ante la Corte de Apelaciones: “Ambas partes han solicitado que se designen peritos con conocimientos en Derecho de la Defensa de la Competencia y daños y perjuicios para aclarar la verdad y determinar si el argumento planteado por Ignacio de León refleja o no la verdad”.⁹⁰⁴ Por lo tanto, de conformidad con el Artículo 258 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador, y a petición de ambas partes, se designó al Dr. Guerra como perito adicional en derecho de defensa de la competencia para que evaluara si el Dr. de León cometió o no un error esencial.

523. Más importante aún es que fue la propia Merck la que solicitó específicamente a la corte que pidiera a la autoridad competente, el Consejo de la Judicatura, que recomendase una lista de peritos cualificados para revisar el informe del Dr. de León⁹⁰⁵ y determinar si había cometido un error esencial.⁹⁰⁶ La corte siguió el proceso de selección propuesto por Merck, remitiendo la petición presentada al Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha.⁹⁰⁷ El Director Provincial de Pichincha respondió simplemente indicando a la corte que se remitiera a la lista de acceso público de los peritos acreditados que se encuentra en su

⁸⁹⁹ Petición de NIFA del 11 de mayo de 2010, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (11 de mayo de 2010), págs. 1-2 (C-192).

⁹⁰⁰ Expediente Judicial Electrónico, Causa No. 2008-0421, *NIFA c. MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala de lo Civil y Comercial (Corte de Segunda Instancia), Entrada 252 (R-122).

⁹⁰¹ MSDIA presentó el testimonio de dos testigos para mostrar que el Dr. de León no había cometido un error esencial. *Ver íd.*, Entrada 258.

⁹⁰² Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (29 de octubre de 2010) (R-168).

⁹⁰³ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (8 de diciembre de 2010) (C-29).

⁹⁰⁴ Petición de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (12 de noviembre de 2010) (R-99); Expediente Judicial Electrónico, Causa No. 2008- 0421, *NIFA c. MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala de lo Civil y Comercial (Corte de Segunda Instancia), Entrada 261, (R-122).

⁹⁰⁵ Informe de Ignacio de León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (12 de febrero de 2010), (C-24).

⁹⁰⁶ Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (29 de octubre de 2010), (R-168).

⁹⁰⁷ Carta de la Corte de Apelaciones al Director Provincial of Pichincha (Consejo de la Judicatura) (26 de noviembre de 2010), (R- 100).

sitio web.⁹⁰⁸ De acuerdo con la práctica habitual, mediante orden de fecha 8 de diciembre de 2010, la Corte de Apelaciones escogió al Dr. Guerra de la lista recomendada por el Director Provincial de Pichincha.⁹⁰⁹

524. De manera similar, Merck reconoce con su silencio que el proceso que llevó a la designación del Sr. Yerovi fue igualmente normal y correcto. Al igual que sucedió con el Dr. de León y el Dr. Guerra, el Sr. Yerovi fue designado a petición de *ambas partes*.⁹¹⁰ Primero, Merck solicitó que la Corte de Apelaciones designara a un perito para que determinara si las plantas utilizadas en el informe pericial del Sr. Manuel Silva eran o no adecuadas para la industria farmacéutica.⁹¹¹ En la misma fecha, NIFA argumentó que el informe del Sr. Silva adolecía de un error esencial;⁹¹² por lo tanto, también solicitó que se designara un nuevo perito para que abordara la cuestión de si las plantas mencionadas por el Sr. Silva eran adecuadas para la industria. A petición de ambas partes, la Corte de Apelaciones envió una petición al Departamento Provincial del Consejo Judicial para que obtener una lista de posibles peritos en la materia.⁹¹³

525. Por lo tanto, y nuevamente en respuesta a las peticiones de *ambas partes*, la corte designó al Sr. Yerovi, quien fue seleccionado de una lista de peritos enviada por el Departamento Provincial del Consejo Judicial a petición de la corte.⁹¹⁴ Merck no objetó esta designación específica, y en cambio simplemente se reservó el derecho de hacer preguntas al Sr. Yerovi.⁹¹⁵

526. Además, como se expone claramente en su introducción, el informe pericial del Sr. Yerovi abordó las preguntas que plantearon *tanto NIFA como Merck*.⁹¹⁶ Nuevamente, la

⁹⁰⁸ Carta del Director Provincial de Pichincha a la Corte de Apelaciones (30 de noviembre de 2010), (R-101).

⁹⁰⁹ Lista de peritos acreditados por el Consejo de la Judicatura of Pichincha (30 de noviembre de 2010) (R-102); Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (8 de diciembre de 2010) (C-29).

⁹¹⁰ *Comparar con* el Memorial de la Demandante, ¶ 102 (“NIFA solicitó la designación de un nuevo perito, y nuevamente sin explicación alguna, la Corte de Apelaciones lo aceptó [...]”).

⁹¹¹ Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (30 Septiembre 2010) (R-92).

⁹¹² Petición de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (30 de septiembre de 2010) (R-94). De acuerdo con el Artículo 258 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador, “Si el dictamen pericial adoleciera de error esencial, probado este sumariamente, deberá el juez, a petición de parte o de oficio, ordenar que se corrija por otro u otros peritos, sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieren incurrido por dolo o mala fe.” Código de Procedimiento Civil de Ecuador, Art. 258 (RLA-107).

⁹¹³ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (30 Septiembre 2010) (R-93).

⁹¹⁴ *Íd.*; Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (26 Octubre 2010) (C-28).

⁹¹⁵ Petición de MSDIA, *MSDIA c. NIFA*, Corte de Apelaciones (27 de octubre de 2010), (R-97).

⁹¹⁶ Informe de Marco c. Yerovi, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (20 de diciembre de 2010), pág. 1, (C-30) (“YO, MARCO V. YEROVI JARAMILLO, [...], por el presente respondo a las preguntas planteadas por la empresa Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation y Prophar S.A., conforme a los siguientes términos.”).

Demandante no menciona ese hecho. Después de que el Sr. Yerovi presentó el primer informe,⁹¹⁷ Merck solicitó que presentara un informe adicional sobre las otras preguntas de Merck.⁹¹⁸ El Sr. Yerovi respondió mediante un informe adicional en el plazo de dos semanas.⁹¹⁹ En resumen, Merck no solo *no* objetó la designación del Sr. Yerovi por ser incorrecta, sino que se sustentó en la pericia del Sr. Yerovi presentándole más preguntas.

527. La Demandante ahora afirma que NIFA no presentó las pruebas necesarias para justificar la designación de cualquiera de esos tres peritos designados posteriormente.⁹²⁰ Pero Merck no solo no planteó una objeción en ese momento, sino que su alegación no concuerda con su propio comportamiento en el litigio. Si se considera que dos de estos peritos, el Dr. Guerra y el Sr. Yerovi, fueron designados a petición de *ambas* partes (como se demostró más arriba), es sumamente insincero que Merck ahora impugne la legitimidad de las designaciones. Merck ni siquiera intenta refutar el hecho crítico de que participó plenamente en el proceso que llevó a la designación del Dr. Guerra y del Sr. Yerovi; en cambio, actúa como si la Corte de Apelaciones hubiera hecho todo para contentar y favorecer los intereses de NIFA. Además, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Ecuador establece que el Código de Procedimiento Civil de Ecuador otorga a los jueces amplia discreción y autoridad para designar y evaluar los peritos y sus informes; en ésta se declara que los procedimientos sobre testimonios periciales no son obligatorios sino que dan libertad para garantizar que el testimonio de los peritos sea eficaz y útil para determinar la verdad de los hechos en disputa.⁹²¹

iii. La designación y uso de los servicios del Sr. Cabrera como perito en daños y perjuicios por parte de la Corte

⁹¹⁷ Íd.

⁹¹⁸ Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (31 de enero de 2011) (R-105).

⁹¹⁹ Suplemento al Informe de Marco V. Yerovi Jaramillo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (3 de marzo de 2011), (C-261).

⁹²⁰ Réplica de la Demandante, ¶¶ 592-594.

⁹²¹ Segunda Aguirre Opinión Pericial, ¶ 3.12 (*que cita* la Sentencia No. 306-2001, Corte Suprema de Justicia, Registro Oficial 627 (26 de julio de 2002), que dice en su parte pertinente: “Son, más bien, normas que le confieren al juez facultades discrecionales para que la prueba pericial sea eficaz y útil para establecer la verdad de los hechos que se examinan o discuten en el proceso. Así, en el Art. 261, se determina que el Juez, de oficio o a petición de parte, podrá pedir explicaciones al perito, si el informe fuere ‘oscuro o insuficiente’, calificación sin duda discrecional; en el Art. 262 se establece la posibilidad de que el juez ordene la corrección del informe e, si se ha probado un error esencial en el mismo, apreciación que corresponde también a su libre convicción; y en el Art. 263 se abre la posibilidad de nombrar otro perito, siempre que el Juez lo considere necesario. Todas estas facultades discrecionales se complementan finalmente con lo que dispone el segundo inciso del Art. 266: ‘No es obligación del Juez atenerse contra su convicción, al juicio de los peritos’”).

528. Para demostrar su alegación de que las “circunstancias en las que la corte de apelaciones designó a un segundo grupo de peritos” fueron cuestionables, la Demandante se centra en las circunstancias en torno a la designación del Sr. Cabrera. Afirma que la designación del Sr. Cabrera fue incorrecta porque la corte modificó su razonamiento para su designación en varias ocasiones y porque fue extemporánea.⁹²² Sin embargo, al igual que con las alegaciones infundadas previas de la Demandante, esas nuevas alegaciones no se pueden probar: La Demandante exagera y distorsiona el acta de la Corte de Apelaciones para inventarse una irregularidad respecto de la designación del Sr. Cabrera cuando no existe ninguna.

(a) La designación del Sr. Cabrera por parte de la Corte no fue irregular, mucho menos constituyó una denegación del debido proceso

529. El perito de la Demandante, el Dr. Ortega, pretende desacreditar la regularidad de la designación del Sr. Cabrera expresando (a) que NIFA no corroboró su reclamación sobre que los informes originales contenían un error esencial y (b) que las circunstancias generales de su designación fueron “particularmente indebidas y perjudiciales para MSDIA”.⁹²³

530. *Primero*, como expuso Ecuador en su Contramemorial, el Sr. Cabrera fue inicialmente designado en respuesta a una petición presentada por Merck y de acuerdo con el procedimiento solicitado por Merck.⁹²⁴ En ese momento, Merck no se opuso a su designación y, en efecto, la respetó hasta que, antes de que el Sr. Cabrera hubiera presentado un informe, el Dr. de León, un perito designado por petición de NIFA para abordar la cuestión de responsabilidad y daños y perjuicios, emitió un informe en el que opinó que Merck no era responsable y, por lo tanto, no abordó el tema de la cuantificación de los daños y perjuicios.

531. *Segundo*, el Sr. Cabrera fue designado por segunda vez a petición de NIFA porque la Corte no disponía de una presentación pericial sobre la cuantificación de los daños y perjuicios, en el caso de que se resolviera que sí existía responsabilidad. Por tal razón, en la petición de NIFA, no se indicó una causal de “error esencial” para designar a un nuevo perito”.⁹²⁵ La corte designó al Sr. Cabrera mediante orden de fecha 10 de mayo de 2011 para

⁹²² Réplica de la Demandante, ¶ 579.

⁹²³ Informe Pericial del Dr. Jaime Ortega (7 de agosto de 2014) (“Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014)”), ¶ 43.

⁹²⁴ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (3 de febrero de 2010), (C-254). Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 43(d).

⁹²⁵ Escrito de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (28 de marzo de 2011), (C-262); Escrito de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (8 de abril de 2011), (C-263).

que diera una opinión sobre cuantificación de los daños y perjuicios.⁹²⁶ La corte expuso su justificación en los siguientes términos: “[S]i bien el perito Ignacio de León presentó su informe, indicado en la página 9247, no cumplió con la petición de la demandante, sino que declaró que respondió una pregunta, lo que indica que no cumplió con el objetivo de la revisión pericial para la cual fue designado. Por lo tanto, y habiendo sido una petición legítima, y dado que se ordenó en el párrafo j) de la orden de la corte de fecha viernes 5 de junio de 2009, a las 5:18 de la tarde, la Sala designa al Sr. Cristian Augusto Cabrera Fonseca, con número de acreditación 268 del Consejo de la Judicatura”.⁹²⁷ Está claro, por lo tanto, que la Corte de Apelaciones llegó a la determinación de que, en el mejor de los casos, el informe del Dr. de León estaba incompleto.

532. Dado que en la orden de la corte no se cita ninguna disposición específica del Código Civil, Merck impugnó esa designación.⁹²⁸ En respuesta, mediante orden de fecha 19 de mayo de 2011, la corte *aclaró* el motivo de la designación del Sr. Cabrera, y explicó que había sido designado *ex officio*, de conformidad con el Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, el cual permite que la corte designe a su propio perito en el caso de que la opinión de otro perito no sea “suficientemente clara”.⁹²⁹

533. El perito de la Demandante, el Dr. Ortega, alega que en esta orden la corte “modificó la justificación” para designar al Dr. Cabrera y que no explicó de qué forma el informe del Dr. de León no era “suficientemente claro”.⁹³⁰ Pero el Dr. Ortega no cita ninguna autoridad que haga necesaria tal explicación y tampoco está en una posición como para cuestionar a posteriori la conclusión de la corte de que algo le resultaba confuso. Específicamente, el Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador otorga a los jueces total discreción para designar peritos: “Si el juez no encontrara *suficiente claridad* en el informe del perito o peritos, podrá de oficio nombrar otro u otros que practiquen nueva operación”. En la orden de la Corte de fecha 10 de mayo de 2011, se afirma explícitamente que el Dr. de León no había cumplido a cabalidad con su mandato; ni siquiera abordó el tema de la cuantificación de los daños y perjuicios.⁹³¹ La corte no necesitaba citar el Artículo 262 para justificar la designación del Sr. Cabrera. Sin embargo, en respuesta a la petición de Merck, sí aclaró que el Artículo 262 fue el fundamento de su designación.

⁹²⁶ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (10 de mayo de 2011), (C-39).

⁹²⁷ *Íd.*, pág. 3.

⁹²⁸ Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (13 de mayo de 2011), (C-40).

⁹²⁹ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (19 de mayo de 2011), (C-264).

⁹³⁰ Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 43(p).

⁹³¹ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (10 de mayo de 2011), Sección 3, (C-39).

534. Por lo tanto, contrariamente a las alegaciones de la Demandante, no hubo ningún cambio en el razonamiento para designar al Sr. Cabrera como sugiere el Dr. Ortega. El Dr. Ortega cuestiona la corrección de la designación del Sr. Cabrera declarando que la corte modificó el fundamento del nombramiento del Sr. Cabrera de “perito en error esencial, como había indicado la corte el 25 de abril de 2011, a la de nuevo perito en daños sustanciales”, como se refleja en la orden de la corte del 10 de mayo de 2010.⁹³² Es verdad que en la orden de la corte del 25 de abril de 2011, se acepta explícitamente la petición de NIFA de que se designe a un perito en daños y perjuicios, y se indica que dicha petición se presentó durante el periodo de exhibición de pruebas para el error esencial del Dr. de León.⁹³³ Sin embargo, en las peticiones escritas de NIFA citadas en la orden de la corte del 25 de abril de 2011, en ningún momento se sugirió que NIFA solicitaba la designación de un perito en daños y perjuicios para demostrar el error esencial del Dr. de León. De hecho, el Dr. Guerra ya había sido designado para dicho fin. Para ese momento, el Sr. Guerra—que en efecto fue designado como perito en error esencial para examinar el informe del Dr. de León—ya había entregado su informe en el que determinó el error esencial del informe del Dr. de León.⁹³⁴ De tal manera, la orden de la corte del 25 de abril de 2011 estuvo equivocada. Y la Corte de Apelaciones corrigió dicho error días después, según se demostrará más abajo. Este simple hecho desacredita la teoría del Dr. Ortega de que la nueva designación del Sr. Cabrera fue irregular. No sorprende entonces que Merck trate de disfrazarlo.

535. En respuesta a la orden de la corte del 25 de abril de 2011, y como parte de sus esfuerzos por evitar la designación de un perito en daños y perjuicios, Merck impugnó la “posible designación de un perito en error esencial, dado que NIFA no solicitó un perito en error esencial para que revisara el informe de daños y perjuicios del Dr. de León dentro del plazo legal permitido”.⁹³⁵ Merck lo hizo mediante un alegato escrito de fecha 28 de abril de 2011.⁹³⁶ La Corte de Apelaciones respondió a la impugnación de Merck mediante una orden de fecha 10 de mayo de 2011, en la cual declaraba lo siguiente: “2) Con respecto a la revocación solicitada en el párrafo II del comunicado ya mencionado y, dado que la orden

⁹³² Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 43 (n). Ver también la Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (10 de mayo de 2011), (C-39) y la Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (25 de abril de 2011), (C-37).

⁹³³ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (25 de abril de 2011), (C-37).

⁹³⁴ Informe de Carlos Guerra Román, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (14 de febrero de 2011), (C-32).

⁹³⁵ Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 43 (m).

⁹³⁶ Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (28 de abril de 2011), (C-38). La causal de la impugnación de Merck estaba justificada, pues se anclaba en el error de la Corte de Apelaciones en su orden del 25 de abril de 2011.

judicial impugnada en realidad contiene un error en la designación del perito respecto de la prueba de error esencial, por el presente, se revocan las disposiciones del párrafo 5) de la orden judicial de fecha 28 de abril de 2011, a las 2:48 de la tarde”.⁹³⁷ Después de haber corregido el error original en su orden del 25 de abril de 2011, la corte procedió a explicar el verdadero motivo de la designación del Sr. Cabrera:

[...] en respuesta a la comunicación presentada por la demandante el 5 de mayo del presente año a las 4:04 de la tarde, y según la revisión del expediente de la causa, determinamos que en el párrafo XI de la comunicación presentada por la demandante el viernes 5 de junio de 2009 a las 3:03 de la tarde, que está en las páginas 5722 a 5723, dentro del plazo previsto, ha solicitado: “por favor designe un perito acreditado para determinar – conforme a la información presentada y que ya se insertó en el expediente de la causa en los registros de primera y segunda instancia – los daños y perjuicios que mi cliente Nifa S.A., ha sufrido a consecuencia de los actos y prácticas fraudulentas contrarios a la libre competencia que realizó la demandada en 2002 y a principios de 2003...”; y si bien el perito Ignacio de León presentó su informe, el cual se encuentra en la página 9247, no cumplió a cabalidad con la petición de la demandante, sino que más bien afirma que responde una pregunta, *lo que indica que no cumplió con el objetivo de la revisión pericial para la cual fue designado. Por lo tanto, y en vista de que se trata de una petición legítima, y dado que se ordenó en el párrafo j) de la orden de la corte del viernes 5 de junio de 2009, a las 5:18 de la tarde, la Sala designa al Sr. Cristian Augusto Cabrera Fonseca [...]*⁹³⁸

536. De acuerdo con lo anterior, queda claro que la Corte de Apelaciones no modificó “el fundamento del nombramiento [de Cabrera] de la de perito en error esencial a [...] la de nuevo perito en daños sustanciales”,⁹³⁹ como sugiere el Dr. Ortega en su informe pericial. Así pues, en vez de cambiar el fundamento del nombramiento de Cabrera en su orden del 10 de mayo de 2011, la Corte corrigió un error que había cometido en su orden del 25 de abril de 2011.

537. Lamentablemente, la manipulación del acta por parte de Merck y su perito no termina aquí. Pero a estas alturas de la historia, y para poder comprender totalmente la designación del Sr. Cabrera, es imprescindible tener presente que la orden de la corte del 10 de mayo de 2011

⁹³⁷ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (10 de mayo de 2011) (C-39).

⁹³⁸ Íd.

⁹³⁹ Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 43 (m).

explícitamente indicaba que el Dr. de León “no cumplió con el objetivo de la revisión pericial para la cual fue designado”.⁹⁴⁰

538. Así, después de que se emitió la orden de la corte del 10 de mayo de 2011, Merck presentó otro escrito en el que impugnaba la designación del Sr. Cabrera. En su informe, el Dr. Ortega resume bastante bien el propósito y la causal de esa impugnación: “El 13 de mayo de 2011, MSDIA impugnó la designación del Sr. Cabrera alegando que fue injustificada dado que la corte ya había designado al Dr. de León en respuesta a la petición de NIFA del 5 de junio de 2009”.⁹⁴¹ Seis días después, el 19 de mayo de 2011, la Corte de Apelaciones negó la petición de Merck afirmando que:

Es obligación del Juez llegar a la verdad mediante métodos legítimos, es decir, los métodos de exhibición de pruebas conforme al Derecho Procesal. El hecho de que en el expediente de la causa ya existen informes periciales no es una limitación para el objetivo principal ya mencionado; por lo tanto, el Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil dispone que: ‘Si el juez no encontrara suficiente claridad en el informe del perito o peritos, podrá de oficio nombrar otro u otros que practiquen nueva operación. Podrá, asimismo, pedir a los peritos anteriores los datos que estime necesarios. No es obligación del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos’. Por lo tanto, todas las revisiones periciales, junto con todas las pruebas de la causa se analizarán cuando se pronuncie el veredicto. De acuerdo a ello, por el presente, se desestima la petición de revocación presentada por la compañía demandada.⁹⁴²

539. En esa orden del 19 de mayo de 2011, la Corte de Apelaciones aclaró que designaba al Sr. Cabrera *ex officio* en virtud de la autoridad conferida en el Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil. Pero el perito de Merck, el Dr. Ortega, sugiere que, en la orden del 19 de mayo de 2011, la Corte de Apelaciones modificó nuevamente el motivo para designar al Sr. Cabrera sin emitir una determinación del informe del Dr. de León no era suficientemente claro.⁹⁴³ El Dr. Ortega omite aquí el lenguaje claro de la orden del 10 de mayo de 2011 ya mencionada, en donde la Corte de Apelaciones determinó que el Dr. de León “no cumplió con el objetivo de la revisión pericial para la cual fue designado”.⁹⁴⁴ Esta observación justificó la designación *ex officio* del Sr. Cabrera por parte de la Corte de Apelaciones en virtud del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil.

⁹⁴⁰ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (10 de mayo de 2011), (C-39).

⁹⁴¹ Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 43 (o).

⁹⁴² Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (19 de mayo de 2011), (C-264).

⁹⁴³ Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 43 (p).

⁹⁴⁴ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (10 de mayo de 2011), (C-39).

540. Después de que el Sr. Cabrera emitió su informe el 21 de junio de 2011,⁹⁴⁵ la Demandante presentó otra petición con la cual pretendía impugnar su informe basándose en un “error esencial”. La corte rechazó esa petición.⁹⁴⁶ El Dr. Ortega sugiere que la orden de la corte mediante la cual se rechaza la designación de un perito en “error esencial” demuestra que la corte *nuevamente modificó el motivo* de la designación del Sr. Cabrera, al rechazar la petición de Merck de que se designara un perito en error esencial por la causal de que el propio Sr. Cabrera era un perito en error esencial cuyo informe no podía ser revisado por otro perito en error esencial.⁹⁴⁷ La Demandante argumenta que “dado que el Sr. Cabrera fue designado como un perito en daños sustanciales, en virtud del derecho de Ecuador, su informe estaba sujeto a impugnación mediante una petición oportuna de error esencial”.⁹⁴⁸

541. Pero, como se acaba de observar, no es verdad que el Sr. Cabrera fue designado como perito en daños sustanciales. Como reconoce la propia Merck en otro escrito apenas un mes antes de que la Corte de Apelaciones pronunciara su sentencia,⁹⁴⁹ la Corte de Apelaciones lo designó conforme al Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil que dispone la designación de peritos encargados de aclaraciones. El Artículo 262 otorga a las cortes de Ecuador amplia autoridad para designar a peritos *ex officio* cuando el informe de un perito anterior es poco claro o esté incompleto.⁹⁵⁰ Al igual que los peritos en error esencial designados en virtud del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, un perito designado conforme al Artículo 262 no está sujeto a otra impugnación por error esencial. Según explica el perito en derecho procesal de Ecuador, ambas disposiciones tienen la misma finalidad: corregir o aclarar el informe de otro perito con la única finalidad de llegar a la verdad.⁹⁵¹ Si se permitiera que los peritos designados en virtud del Artículo 262 o del 258 del Código de Procedimiento Civil fueran objeto de análisis de un error esencial, la cantidad de procedimientos por error esencial sería ilimitada. Y los procedimientos no tendrían fin, ya que las partes continuarían impugnando a un perito tras otro. Por lo tanto, incluso si la Corte de

⁹⁴⁵ Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (21 de junio de 2011), (C-42).

⁹⁴⁶ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (19 de julio de 2011) (C-45); Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (1 de agosto de 2011), (C-46).

⁹⁴⁷ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (19 de julio de 2011), (C-45); Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), Sección u). *Ver también* Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (1 de agosto de 2011) (C-46) (que rechaza la petición de MSDIA sobre reconsideración de su Orden del 19 de julio de 2011, por las causales de que el Sr. Cabrera era un perito en error esencial, y razonaba que “no existe fórmula procesal para probar un error esencial respecto de otro error esencial”).

⁹⁴⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 579.

⁹⁴⁹ Escrito de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (3 de agosto de 2011), (R-180).

⁹⁵⁰ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (19 de mayo de 2011), (C-264).

⁹⁵¹ Segunda Aguirre Opinión Pericial, ¶ 312.

Apelaciones hubiese cometido un error al responder a las constantes impugnaciones de Merck a la designación del Sr. Cabrera, ese error no tuvo impacto alguno en el resultado de la causa.

542. En todo caso, es importante no perder de vista el hecho de que el litigio *NIFA c. MSDIA* era una causa sumamente compleja, con miles de páginas y cientos de peticiones y solicitudes presentas, por las partes, una tras otra. Específicamente, ambas partes hicieron innumerables pedidos respecto de la necesidad de designar peritos, y ambas partes argumentaron enconadamente sobre el contenido de los respectivos informes. La confusión de la Corte de Apelaciones, si acaso hubo alguna, sobre si el Sr. Cabrera fue un perito designado en virtud del Artículo 258 o en virtud del Artículo 262, es comprensible dadas estas circunstancias. Pero aun así, ello no tuvo efecto alguno.

543. Además, la declaración de la Demandante de que, si a Merck “se le hubiera permitido impugnar el informe del Sr. Cabrera por tener un error esencial, *la corte no habría tenido ningún motivo para basarse en el análisis del Sr. Cabrera*”, es por supuesto puramente especulativa.⁹⁵² A la corte le corresponde determinar si existió o no una determinación de error esencial,⁹⁵³ y el simple hecho de que una parte haya impugnado el informe no descalifica ni al informe ni al perito.

544. El informe del Sr. Cabrera tampoco estuvo por ello “protegido contra una revisión de la parte contraria”, según afirma la Demandante.⁹⁵⁴ Merck no solo presentó un escrito de 30 páginas en el que explicó por qué consideraba que el informe del Sr. Cabrera era poco fiable y deficiente,⁹⁵⁵ también presentó, sin obtener permiso de la corte, dos declaraciones testimoniales de sus propios peritos, Walter Spurrier y Alberto Acosta, así como también un informe pericial de Carlos Montanez, con la intención de demostrar que el Sr. Cabrera había cometido un error esencial.⁹⁵⁶ En una orden de fecha 19 de julio de 2011, la Corte de Apelaciones admitió *todos estos alegatos presentados por Merck*.⁹⁵⁷ El 22 de julio de 2011, el Sr. Cabrera presentó un informe suplementario en respuesta a los alegatos de error esencial de

⁹⁵² Réplica de la Demandante, ¶ 580.

⁹⁵³ Sentencia No. 306-2001, Corte Suprema de Justicia, Registro Oficial 627 (26 de julio de 2002), (R-139).

⁹⁵⁴ Réplica de la Demandante, ¶ 580.

⁹⁵⁵ Escrito de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (15 de julio de 2011), (C-195).

⁹⁵⁶ Íd.

⁹⁵⁷ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (19 de julio de 2011), (C-45).

Merck.⁹⁵⁸ Cinco días después, Merck presentó observaciones adicionales al informe suplementario del Sr. Cabrera.⁹⁵⁹ En resumen, Merck ejerció plenamente sus derechos al debido proceso al confrontar y refutar la opinión del Sr. Cabrera en varias ocasiones; la afirmación de la Demandante de que el informe del Sr. Cabrera estuvo “protegido contra la revisión de la parte contraria” es totalmente falsa.

545. En resumen, la sugerencia del Dr. Ortega de que se modificó el razonamiento para designar al Sr. Cabrera o que la designación fue extemporánea es errónea. Aparte de cualquier error corregido por la corte en su debido momento, que visto desde una perspectiva objetiva no demuestra corrupción alguna, simplemente no hubo nada “poco habitual” o “incorrecto” en que la Corte designara al Sr. Cabrera.

(b) Si la decisión de la Corte de no permitir que Merck contrainterrogara al Sr. Cabrera fue injustificada o no conforme al Derecho de Ecuador

546. El perito en leyes de la Demandante, el Dr. Ortega, también sugiere que la decisión de la Corte de Apelaciones de rechazar la petición de Merck de contrainterrogar al Sr. Cabrera fue injustificada conforme al Artículo 76 de la Constitución.⁹⁶⁰ Pero según explica el Dr. Javier Aguirre en su segundo informe pericial, aunque el Artículo 76 de la Constitución estableció el principio de la participación oral en los procedimientos judiciales en general, las leyes del procedimiento civil de Ecuador todavía no habían sido revisadas para implementar este principio en las causas civiles, lo cual sí sucedió en otros tipos de procedimientos, como los procedimientos penales y de trabajo.⁹⁶¹ Por lo tanto, las cortes civiles, entre ellas, la Corte Provincial de Pichincha, no estaban obligadas a aceptar la petición de Merck de contrainterrogar oralmente al Sr. Cabrera en una audiencia. Sin embargo, ello no significa que los derechos de Merck al debido proceso se hayan visto menoscabados. Al contrario, Merck aprovechó cada oportunidad que tuvo para confrontar y objetar las conclusiones del Sr. Cabrera presentando observaciones escritas sobre su informe y planteando preguntas directamente al Sr. Cabrera, que él respondió oportunamente, todo en concordancia con los procedimientos y prácticas de Ecuador.⁹⁶² Por lo tanto, el derecho de Merck de hacerse oír en

⁹⁵⁸ Informe Complementario de Walter Cabrera, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (22 de julio de 2011), (R-177).

⁹⁵⁹ Alegato de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (27 de julio de 2011), (R-179).

⁹⁶⁰ Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 45.

⁹⁶¹ Segunda Aguirre Opinión Pericial, ¶ 3.14.

⁹⁶² Escrito de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (15 de julio de 2011), (C-195).

un proceso contencioso no se vio afectado simplemente porque no pudo interrogar oralmente al Sr. Cabrera.

(c) El hecho de que la Corte de Apelaciones empleara peritos designados judicialmente y se basara en ellos no fue contrario al Derecho de Ecuador

547. Si bien la Demandante evita abordar lo demostrado por Ecuador respecto de que la designación del Dr. Guerra y del Sr. Yerovi siguió el proceso normal, Merck argumenta que la Corte no debió haberse basado en sus opiniones adversas. En ese sentido, la Demandante ofrece en su Réplica un argumento completamente nuevo: que la Corte no podía basarse en sus opiniones por ellos eran peritos en “error esencial”.

548. Sin embargo, la Demandante no demuestra de qué forma la Corte de Apelaciones “se basó” en la opinión del Dr. Guerra. Merck afirma que la corte “*adoptó las observaciones del Dr. Guerra arbitrariamente y sin justificación alguna*”⁹⁶³, pero no cita ninguna sección específica de la sentencia de la corte. De hecho, la Corte de Apelaciones no expone en ninguna parte que haya adoptado las observaciones o la opinión del Dr. Guerra.

549. En cuanto al Sr. Yerovi, quien, como ya se señaló, fue designado a petición de ambas partes, la corte hace referencia a su análisis en su exposición de las observaciones del Sr. Silva, con lo cual desmiente la alegación de la Demandante de que la corte “rechaz[ó], sin explicación alguna” la opinión del Sr. Silva.⁹⁶⁴

550. Contrariamente a las reclamaciones de Merck, la Corte de Apelaciones tenía derecho a basarse en el informe del Sr. Cabrera. El Sr. Cabrera no fue designado como perito en error esencial, como reconoció Merck en un escrito presentado ante la Corte de Apelaciones⁹⁶⁵ y en su petición de casación.⁹⁶⁶ Fue el *único* perito que rindió una opinión sobre daños y perjuicios. Merck tuvo la oportunidad de designar a otro perito en daños y perjuicios al inicio de los procedimientos, pero retiró la petición que antes había presentado y que llevó a la

⁹⁶³ Réplica de la Demandante, ¶ 561.

⁹⁶⁴ Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (23 de septiembre de 2011), pág. 11, (C-4).

⁹⁶⁵ Escrito de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (3 de agosto de 2011), (R-180).

⁹⁶⁶ Petición de Casación de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (13 de octubre de 2011), ¶ 73, (C-198) (“No obstante, aunque no hubo una declaración sobre la existencia de un error esencial, veintitrés meses después de finalizado el periodo de pruebas, en vista de una petición excepcional de la demandante, cambiaron lo que habían decidido cuando designaron al Dr. Ignacio de León como perito para determinar si NIFA había sufrido daños o no, y ‘mediante oficio’ de acuerdo con las estipulaciones del Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, el 25 de abril de 2011, designaron a otro perito en leyes, Cristian Cabrera, para que determinara los presuntos daños y perjuicios con el pretexto de que antes no se había designado a ningún perito para tal fin.”). (Se omitió el énfasis.)

designación inicial del Sr. Cabrera, y Merck, en cambio, escogió basarse en la opinión del Dr. de León la cual no determinó ninguna responsabilidad. Queda claro que la estrategia de Merck era privar a la corte de la opinión pericial de cualquier perito respecto de la cuantificación de daños y perjuicios, forzándola a que se basara únicamente en la opinión del Dr. de León de que no había ninguna responsabilidad.

551. Además, no tiene nada de irregular que la Corte de Apelaciones se base en esos tres peritos para llegar a su determinación, sean ellos peritos en “error esencial” o no. Los jueces de Ecuador ejercen discreción cuando se trata de basarse en informes periciales.⁹⁶⁷ Por lo tanto, el Dr. Ortega se equivoca cuando afirma sin fundamentos que “el hecho de que la corte se basó exclusivamente en los informes de peritos en ‘error esencial’ fue procesalmente incorrecto porque los informes de error esencial son pruebas que contradicen a otras pruebas, y la corte debió haber empleado el informe pericial sobre error esencial solo para comparar con el informe principal que estaba bajo consideración”⁹⁶⁸. En el ejercicio de esa discreción, la corte informó a las partes en varias ocasiones que sopesaría todos los informes periciales y decidiría respecto del uso de estos en la sentencia final.⁹⁶⁹ Una de las razones por la cual la corte decidió ejercer su discreción de esa forma fue que no quería prejuzgar ninguna de las cuestiones en disputa antes de pronunciar su sentencia.⁹⁷⁰ Es revelador que a Merck no le pareció mal que posteriormente la CNJ haya considerado todos los informes periciales, incluidos los informes de los peritos en error esencial.

552. Merck también alega que la corte aceptó las observaciones de un grupo de peritos y desechó las observaciones de otro, sin explicación alguna.⁹⁷¹ Según el Dr. Ortega, el “principio de ‘fundamentación’ dispone que la corte debe explicar por qué hace caso omiso de las opiniones periciales en su decisión”⁹⁷². Nuevamente, el Dr. Ortega no cita ninguna autoridad que sustente su afirmación. Y, repetimos, es muy revelador que Merck no vea mal que la CNJ haya mostrado similar reticencia en la primera sentencia de casación. En todo caso, y según se mencionó previamente, el Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil

⁹⁶⁷ Sentencia No. 306-2001, Corte Suprema de Justicia, Registro Oficial 627, (26 Julio 2002), (R-139).

⁹⁶⁸ Informe Pericial de Ortega, ¶ 42.

⁹⁶⁹ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (21 de junio de 2011), (R-175).

⁹⁷⁰ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (19 de julio de 2011), (C-45) (“Respecto de la petición en el párrafo 68 de la última comunicación presentada por la demandada, por el presente se deniega la petición por no ser pertinente, pues declarar en esta etapa del proceso la existencia de un error esencial en el informe sobre un error esencial según argumenta la demandante, implicaría un dictamen anticipado, lo cual los jueces tienen prohibido. Todas las pruebas brindadas para la causa se analizarán cuando se pronuncie el veredicto.”).

⁹⁷¹ Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 42.

⁹⁷² Íd.

otorga a la corte amplia discreción para decidir sobre cómo utilizar los informes periciales. En efecto, esta disposición, como reconoce el Dr. Ortega, no obliga a la corte en absoluto a considerar las opiniones de tales peritos.⁹⁷³

553. Para finalizar, como parte de una controversia judicial, Merck tiene derecho a mantener cualquier postura que le parezca conveniente respecto de la aplicación correcta de la ley o de las pruebas. Pero esa postura sigue siendo la perspectiva de una parte de una controversia contenciosa; en este caso, la parte perdedora. El hecho de Merck discrepe del razonamiento jurídico que da lugar a una sentencia en contra de ella no demuestra que haya existido una denegación de justicia. Existe un medio adecuado para que la parte perdedora refute la validez del razonamiento jurídico de una corte, así como también las pruebas en que esta se sustenta: es aprovechar todos los recursos judiciales. Merck sí pretendió la casación, y, como ya se expuso, la CNJ abordó las inquietudes de Merck. Las discrepancias de Merck con los peritos y el hecho de que la Corte de Apelaciones se basó en ellos no demuestran que exista una denegación de justicia.

iv. Competencia de los peritos de reemplazo

554. La Demandante ahora sostiene que Ecuador no cuestiona que el Dr. Guerra y el Sr. Cabrera “no estaban preparados” para desempeñarse como peritos en cualquier pleito en Ecuador. Pero la postura verdadera de Ecuador es que esos peritos se escogieron conforme a procedimientos recomendados por Merck para identificar peritos acreditados y que el hecho de que la corte se haya basado en ellos a pesar de la objeción de Merck fue cuestión de criterio de la corte, con lo cual la cuestión queda fuera del ámbito de una violación del debido proceso o de una denegación de justicia.

555. En su informe de enero de 2012, el Director Provincial de Pichincha concluyó que el Sr. Cabrera tenía suficientes credenciales para desempeñarse solo como perito en “contabilidad y auditoría”⁹⁷⁴, y no en daños y perjuicios. Sin embargo, el hecho de que las acreditaciones del Sr. Cabrera estaban en ese entonces se limitaban a contabilidad y auditoría⁹⁷⁵ no demuestra que la corte designó de manera indebida o que existió una influencia indebida en su acreditación inicial por parte de la Oficina Provincial del Consejo de la Judicatura; y Merck no presenta pruebas de ningún tipo en tal sentido. Al igual

⁹⁷³ Íd.

⁹⁷⁴ Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha (26 de enero de 2012), pág. 2, (C-58).

⁹⁷⁵ Íd.; Memorando de Wilson Rosero Gómez, Jefe de Personal, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, (31 de mayo de 2012), (C-63).

que en el caso de sus otras alegaciones, se pide al Tribunal que imagine vínculos que no están corroborados por las pruebas de Merck o el acta.

556. En cuanto al Dr. Guerra, el Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha declaró en su informe de enero de 2012 que su acreditación de 2011 no tenía la firma del entonces Director Provincial.⁹⁷⁶ Por lo tanto, ya no era considerado perito acreditado. Sin embargo, el Director Provincial también expresó que “en años anteriores *no existió ninguna objeción a su acreditación*”⁹⁷⁷.

557. Además, el abogado de la Demandante no cuestionó ni objetó en ningún momento las credenciales del Sr. Cabrera o del Dr. Guerra *cuando fueron designados*; ambos fueron designados de conformidad con los procesos solicitados por Merck y fueron recomendados por los órganos autorizados para recomendar. Cuando el Sr. Cabrera fue recomendado por el Colegio de Contadores y designado por el juez, Merck no presentó ningún tipo de objeción a sus credenciales. Las competencias respectivas de esos peritos fueron impugnadas por Merck *únicamente después* de que emitieron informes que fueron adversos a Merck.⁹⁷⁸

v. La Corte de Apelaciones sí consideró las pruebas presentadas por Merck

558. La Demandante se inventa todavía otro defecto inexistente al alegar que la Corte de Apelaciones trató todas las pruebas de Merck como si esta hubiera renunciado a ellas.⁹⁷⁹ Pero ese invento no está corroborado ni por la sentencia de la corte ni tampoco por las órdenes de otras cortes.

559. *Primero*, según se demuestra en el Contramemorial⁹⁸⁰, la propia sentencia deja claro de manera específica que las únicas pruebas consideradas como pruebas a las que Merck renunció fueron las pruebas que la propia Merck quiso que se excluyeran: “para dejar constancia, la demandada en este caso expresamente renunció a las pruebas con la finalidad de desvanecer las causales del veredicto en la primera instancia, *como está reflejado en la*

⁹⁷⁶ Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, (26 de enero de 2012), (C- 58).

⁹⁷⁷ *Íd.*, pág. 1, (énfasis añadido).

⁹⁷⁸ Ver la Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (28 de abril de 2011), (C-38). La Demandante impugnó las credenciales del Dr. Guerra más de dos meses después de que él presentó su informe. Ver *íd.*

⁹⁷⁹ Réplica de la Demandante, ¶¶ 641-650.

⁹⁸⁰ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 495-496.

página 9940 de las órdenes judiciales”⁹⁸¹. En la página 9940 del acta, consta que Merck renuncia a su derecho a designar, conforme a su petición, un perito para que determine si NIFA sufrió o no daños y perjuicios a raíz de las negociaciones fallidas.⁹⁸² Como ya se expuso, Merck abandonó su derecho porque el Dr. de León había presentado un informe que Merck quería que fuese el único informe pericial sobre daños y perjuicios que se utilizara debido a sus conclusiones favorables. En la oración de la sentencia que Merck cita simplemente se observa por referencia el único aspecto en el que Merck expresamente renunció a sus derechos.

560. *Segundo*, la corte tomó debida nota del abandono de ese derecho en su orden pronunciada el 26 de abril de 2010, un año y medio antes de su sentencia final.⁹⁸³ En varias órdenes de la corte emitidas después de que Merck abandonó su derecho, la Corte de Apelaciones ratificó que debía considerar todas las pruebas obrantes en el acta, sin indicar que Merck había renunciado a sus pruebas. Por ejemplo, en una orden de fecha 22 de febrero de 2011, la corte explícitamente declaró que “[S]e analizarán todas las pruebas admitidas válidamente en el acta cuando se pronuncie la sentencia final”.⁹⁸⁴ La corte reiteró esa decisión ante las dos partes nuevamente en una orden de fecha 21 de junio de 2011⁹⁸⁵ y en otra orden de fecha 19 de julio de 2011.⁹⁸⁶

561. *Tercero*, la decisión de aclaración de la Corte de Apelaciones, emitida después de la sentencia, dejó claro que las únicas pruebas que la corte no estaba evaluando eran las “pruebas repetitivas, sin relación alguna, e intrascendentes”⁹⁸⁷. Si la corte hubiese “renunciado” a todas las pruebas como sugirió Merck, no habría tenido que aclarar que consideraba que algunas pruebas de Merck eran intrascendentes. El hecho de que la corte

⁹⁸¹ Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (23 de septiembre de 2011), págs. 15-16, (C-4) (énfasis añadido).

⁹⁸² Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (16 de abril de 2010), (C-26).

⁹⁸³ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (26 de abril de 2010), (R-87); Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (23 de septiembre de 2011), pág. 16, (C-4).

⁹⁸⁴ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (22 de febrero de 2011), (R-172).

⁹⁸⁵ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (21 de junio de 2011), (R-175).

⁹⁸⁶ Orden, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (19 de julio de 2011), (C-45) (“Respecto a la petición del párrafo 68 de la última comunicación presentada por la demandada, por el presente se deniega la petición por no ser pertinente, pues declarar en esta etapa del proceso la existencia de un error esencial en el informe sobre un error esencial según argumenta la demandante, implicaría un dictamen anticipado, lo cual los jueces tienen prohibido. Todas las pruebas brindadas para la causa se analizarán cuando se pronuncie el veredicto.”).

⁹⁸⁷ Decisión de aclaración, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (6 de octubre de 2011), (R-181) (que establece: “Con respecto a segunda petición de modificación de la demandada para que se modifique la sentencia de manera que incluya un análisis que valore todas las pruebas, la Cámara por el presente observa que una sentencia debe contener un análisis de valoración de pruebas que sean pertinentes, relevantes y contributivas, pues su efecto es llegar con ello a la verdad procesal. Por lo tanto, no es adecuado, conforme a las normas del buen criterio, valorar pruebas que se consideran repetitivas, no importantes o intrascendentes”).

consideró las pruebas de Merck como tales a la par que ejerció su discreción conforme a los principios de la sana crítica demuestra que la Corte de Apelaciones hizo mucho más que únicamente considerar las pruebas presentadas por NIFA.

562. Finalmente, no tiene sentido afirmar que la corte citaría ese texto restrictivo para sustentar la proposición amplia de que Merck renunció a sus pruebas. Si la Corte de Apelaciones hubiese deseado desconocer corruptamente las pruebas de Merck, no lo habría anunciado públicamente basándose en una excusa falsa. Podía haberlo hecho sin emplear esas frases sobre renuncia.

563. La función primordial de la Corte de Apelaciones era revisar la decisión de la corte inferior; la corte, por lo tanto, consideró el acta de los procedimientos de la corte de primera instancia, que incluía las pruebas presentadas por Merck, además de pruebas *nuevas* presentadas por ambas partes a nivel de la segunda instancia.⁹⁸⁸

564. El perito de la Demandante, el Dr. Ortega, afirma que la Corte de Apelaciones no cumplió con los requisitos del Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, el cual exige que la corte “exponga en su decisión la evaluación de todas las pruebas presentadas”. El Dr. Ortega alega que la corte no hizo “referencia alguna a las pruebas de MSDIA. Esto en sí es prueba de que no las evaluó ni las consideró”.⁹⁸⁹ Sin embargo, el Artículo 115 no exige que se presente un “listado” o referencias a todas las pruebas ofrecidas por las partes en el acta. En efecto, la corte tampoco enumera o ni se refiere a las pruebas de NIFA. El Artículo 115 exige que la corte presente su razonamiento para evaluar las pruebas en conjunto conforme al principio de la sana crítica. Como reconoció Merck en su petición de casación, el principio de la sana crítica codificado en el primer párrafo del Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil permite que la corte escoja las pruebas que considere más verosímiles y pertinentes a la resolución de la controversia.⁹⁹⁰ La sentencia de la corte demuestra que consideró las pruebas en conjunto.

565. Pero inclusive si la sentencia de la Corte de Apelaciones hubiese infringido el Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, ese defecto se rectificó mediante la decisión de la

⁹⁸⁸ Primera Opinión Pericial del Prof. Javier Aguirre Valdez (25 de febrero de 2014) (“Primera Opinión Pericial de Aguirre”), ¶ 5.4. *Ver también id.*, ¶¶ 5.5-5.7, 7.2.

⁹⁸⁹ Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 49.

⁹⁹⁰ Petición de Casación de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (13 de octubre de 2011), ¶ 27 (C-198).

CNJ de noviembre de 2014. De hecho, en esa decisión se enumeraron, en más de 20 páginas, todas las pruebas consideradas por la corte y cómo las evaluó esta última.⁹⁹¹

vi. Notificación de la orden de la Corte de Apelaciones que toma control del procedimiento

566. Merck afirma que no fue debidamente informada de la orden de la Corte de Apelaciones sobre tomar control del procedimiento, que es el hecho que inicia el plazo de diez días para que el recurrente presente sus puntos de apelación.⁹⁹² Merck hace esa afirmación para sugerir que hubo una conspiración para impedirle que ejerciera su derecho a apelar.

567. La alegación de la Demandante se basa en la declaración testimonial del Sr. Ponce, pero el Sr. Ponce admitió que no tenía conocimiento directo de si la notificación se entregó o no.⁹⁹³ En el Memorial de la Demandante, Merck y el Sr. Ponce convenientemente omitieron revelar que, según el acta, el Sr. Ponce no era en ese momento el abogado de la causa encargado del recurso de apelación de Merck y, por lo tanto, en todo caso, no habría recibido notificación de la orden.⁹⁹⁴ En efecto, el estudio jurídico del Sr. Ponce no participó en las etapas iniciales de los procedimientos de segunda instancia. Por lo tanto, el Sr. Ponce no tenía conocimiento personal de si el abogado de Merck fue notificado debidamente o no de la “recepción del procedimiento” por parte de la Corte de Apelaciones.⁹⁹⁵ En su segunda declaración testimonial, el Sr. Ponce alega que “consultó con los otros abogados del equipo de MSDIA y estaba muy al tanto de esos acontecimientos”⁹⁹⁶. Pero esa explicación poco precisa solo pone de relieve su falta de conocimiento personal y resalta la evidente falta de pruebas

⁹⁹¹ Decisión de la CNJ de noviembre de 2014, págs. 52-76 (R-194).

⁹⁹² Memorial de la Demandante, ¶ 66.

⁹⁹³ Segunda Declaración Testimonial de Alejandro Ponce Martínez (5 de agosto de 2014) (“Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez”), ¶ 42. En la causa de Actividades Militares y Paramilitares, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) no otorgó mucho peso al testimonio de un testigo que no tenía conocimientos de primera mano. *Ver Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y en contra de esta (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Fondo, Sentencia (27 de junio de 1986), Informes de la Corte Internacional de Justicia 1986, pág. 14, ¶ 68 (RLA-144) (en donde se declara: “Tampoco es de mucho peso el testimonio sobre hechos que no son de conocimiento directo del testigo, sino que son testimonio de oídas [...].”).

⁹⁹⁴ Después de que se presentó el recurso contra la Corte de Primera Instancia Sentencia el 20 de diciembre de 2007, Merck designó al Dr. Fabián Corral el 31 de enero de 2008 para representarla en el pleito con NIFA. Designación de Fabián Corral, *MSDIA c. NIFA*, Corte de Apelaciones (31 de enero de 2008) (R-62). El Dr. Fabián Corral presentó su primer escrito de apelación en nombre de Merck el 29 de julio de 2008. *Ver el Primer Escrito de Apelación de MSDIA, MSDIA c. NIFA*, Corte de Apelaciones (29 de julio de 2008) (R-64); comparar con el Escrito de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (28 de julio de 2008) (C-156) (no incluye la fecha). Quevedo & Ponce, el estudio jurídico del Dr. Alejandro Ponce, volvió a ser designado como abogado de Merck el 28 de octubre de 2008. Nueva designación de Alejandro Ponce Martínez, *MSDIA c. NIFA*, Corte de Apelaciones, (28 de octubre de 2008), (R-67).

⁹⁹⁵ *Ver la Primera Declaración Testimonial de Alejandro Ponce Martínez (2 de octubre de 2013) (“Primera Declaración Testimonial de Ponce Martínez”), ¶ 28; Memorial de la Demandante, ¶ 67.*

⁹⁹⁶ Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶ 42.

directas de que la orden no se notificó debidamente a Merck; es decir, falta la declaración del verdadero abogado de Merck en esa época.

568. Las únicas pruebas fiables obrantes en el acta son la certificación del secretario judicial de que el 15 de julio de 2008, a las 5:00 de la tarde, se notificó a los casilleros judiciales de los abogados de las partes la orden por la cual la Corte de Apelaciones tomó posesión de la causa.⁹⁹⁷ La exactitud de esa certificación oficial está corroborada por el hecho de que Merck no presentó ninguna queja en esa época por falta de notificación en ese sentido; debe confirmarse la presunción de que la certificación de la notificación fue normal.⁹⁹⁸

569. Más importante aún es que la propia Demandante admite que no sufrió perjuicio alguno a consecuencia de esa presunta falta de parte de la corte.⁹⁹⁹ En efecto, logró presentar exitosamente su escrito inicial dentro del plazo requerido. Además, si bien el Sr. Ponce declara que logró presentarlo a tiempo solo porque Merck tenía preparado con antelación un borrador de un posible escrito, cuando se revisa rápidamente ese escrito, se ve que es un alegato elaborado que casi no parece lo que sería un simple borrador hecho apenas una hora antes de presentarlo.¹⁰⁰⁰ No existen pruebas de que alguna persona haya “planeado impedir que MSDIA ejerciera su derecho a apelar”.¹⁰⁰¹ En efecto, conforme a lo relatado por la propia Merck, fue avisada del plazo máximo de entrega por una llamada telefónica de la corte, un acto que no es exigido por ley, y que contradice por completo la teoría de Merck sobre una conspiración.¹⁰⁰²

vii. Le recusación del Juez Toscano

570. En su Memorial, Merck alegó que el hecho que la participación del Juez Toscano en la corte de segunda instancia vició de alguna forma el manejo de su recurso de apelación por parte de esa corte. Como se demostró, el Juez Toscano “cumplió con su deber conforme al

⁹⁹⁷ Notificación del Decreto de la Corte de Apelaciones (que toma posesión de la causa) (15 de julio de 2008) (R-63) (“En Quito, el quince de julio, dos mil ocho, a las 5:00 de la tarde. Por el presente, se ordena que la precedente decisión se notifique al REPRESENTANTE LEGAL DE NUEVA INDUSTRIA FARMACÉUTICA ASOCIADA S.A. (NINFA S.A.), en el casillero judicial No. 809, que pertenece al Abogado Juan Carlos Andrade, y a LUIS ORTIZ, MERKSCHARP DOHME (INTER AMERICAN) EN EL CASILLERO JUDICIAL No. 915, que pertenece al abogado Corral.”).

⁹⁹⁸ Primera Opinión Pericial de Aguirre, ¶ 7.7.4.

⁹⁹⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 654.

¹⁰⁰⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 67. Ver el Primer Escrito de Apelación de MSDIA, *MSDIA c. NIFA*, Corte de Apelaciones (29 de julio de 2008), (R-64).

¹⁰⁰¹ Memorial de la Demandante, ¶ 67. Como estableció el tribunal en *Rumeli c. Kazajstán*, una alegación de conspiración “si es que se debe sustentar solo con pruebas circunstanciales, debe probarse con pruebas que lleven de manera clara y convincente a deducir que ocurrió una conspiración”. *Rumeli Telekom AS y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajstán*, Causa CIADI No. ARB/05/16, Laudo (29 de julio de 2008), (Hanotiau, Boyd, Lalonde), ¶ 709, (CLM-142).

¹⁰⁰² Primera Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶ 28.

Artículo 879 del Código de Procedimiento Civil, el cual exige que un juez divulgue cualquier circunstancia que pueda conllevar su recusación o descalificación”.¹⁰⁰³ Además, el hecho de que Merck no planteó ese punto en su posterior petición de casación sugiere con fuerza que incluso Merck no consideró que esa alegación fuera una cuestión grave. En efecto, después de que Ecuador demostró que Merck no podía vencer los hechos obrantes en el acta que contradicen esa falsa acusación,¹⁰⁰⁴ Merck la abandonó.¹⁰⁰⁵

viii. La petición de nulidad

571. De manera similar, en su Memorial, Merck se quejó de que la Corte de Apelaciones rechazó su petición de nulidad con la cual pretendía que se desestimara la causa por falta de jurisdicción “sin exponer un razonamiento claro”.¹⁰⁰⁶ Sin embargo, después de que Ecuador demostró que en la orden de la corte sí se “presentó una explicación clara y precisa de por qué la corte rechazó la petición de nulidad”¹⁰⁰⁷, la Demandante también abandonó esos argumentos frívolos, reconociendo en efecto que en ningún momento tuvo justificación alguna.

ix. La Sentencia de la Corte de Apelaciones

572. En el Memorial de la Demandante, Merck también alegó que la sentencia de segunda instancia fue pronunciada de manera expedita,¹⁰⁰⁸ que su razonamiento fue “extraño” porque la corte “expresamente declaró que no estaba considerando todas las pruebas que había presentado MSDIA”,¹⁰⁰⁹ que pasó por alto la carga de la prueba de NIFA respecto de responsabilidad y daños y perjuicios,¹⁰¹⁰ y que se basó en cierta información de dominio público para concluir que Merck “tenía una posición dominante en el mercado”.¹⁰¹¹ Pero Merck no logra demostrar ninguna de esas alegaciones, mucho menos demostrar de qué forma constituirían violaciones al debido proceso.

573. Al parecer, la Demandante admitió, en vista del Contramemorial de Ecuador, que no existía nada “destacable” sobre el momento de la sentencia.¹⁰¹² Su debilidad mayor y

¹⁰⁰³ Contramemorial de Ecuador, ¶ 456.

¹⁰⁰⁴ *Íd.*, ¶ 455-57.

¹⁰⁰⁵ Réplica de la Demandante, ¶¶ 663-664.

¹⁰⁰⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 74; Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (12 de diciembre de 2008), (C-161).

¹⁰⁰⁷ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 458-459.

¹⁰⁰⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 120.

¹⁰⁰⁹ *Íd.*, ¶ 121.

¹⁰¹⁰ *Íd.*, ¶ 124.

¹⁰¹¹ *Íd.*

¹⁰¹² Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 491-494.

evidente, entre otras, es el hecho de que la propia Merck no ejerció su derecho de solicitar una audiencia oral. Después de que la Corte de Apelaciones emitió el auto de que la causa estaba lista para la sentencia final,¹⁰¹³ en vez de solicitar una audiencia oral o presentar su alegato final, Merck decidió presentar una petición para que se suspendieran los procedimientos y pidió a la corte que remitiera la interpretación de las normas de la Comunidad Andina sobre competencia al Tribunal Andino.¹⁰¹⁴ La corte rechazó la petición de Merck, sosteniendo que las normas de la Comunidad Andina no eran aplicables porque el litigio *NIFA c. Merck* era una reclamación por un acto civil extracontractual que debía decidirse exclusivamente conforme al derecho de Ecuador.¹⁰¹⁵ Una vez más, en vez de pedir una audiencia oral sobre la causa, Merck persistió y presentó una petición de aclaración de ese auto.¹⁰¹⁶ Como era clara la negativa inicial de la corte de apelaciones de negarse a suspender los procedimientos,¹⁰¹⁷ eso fue simplemente un intento de demorar el pronunciamiento de la sentencia.¹⁰¹⁸ La corte de todas formas admitió la petición de Merck y ordenó que NIFA diera su respuesta en un plazo de 48 horas.¹⁰¹⁹ Después de escuchar a ambas partes sobre el tema, la corte emitió la aclaración junto con su sentencia final.¹⁰²⁰ Ello no fue una práctica poco habitual, y es además una práctica que siguen los tribunales y las cortes internacionales de todo el mundo.¹⁰²¹ La Demandante no ha refutado ninguna de esas explicaciones. Merck además insiste en que la sentencia de la corte de apelación fue indebida porque la corte supuso sin prueba alguna que MSDIA tenía un considerable poder de mercado.¹⁰²² Como se expuso en el Contramemorial de Ecuador, la corte llegó a esa determinación basándose en el Artículo 27 del Código

¹⁰¹³ Ver el Expediente Judicial Electrónico, Causa No. 2008-0421, *NIFA c. MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala de lo Civil y Comercial (Corte de Segunda Instancia), Entrada 375, (R-122).

¹⁰¹⁴ *Íd.*, Entrada 376.

¹⁰¹⁵ Ver *íd.*, Entrada 377 (Orden de la Corte de Apelaciones de fecha 26 de agosto de 2011).

¹⁰¹⁶ Petición de Aclaración de Merck, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (31 de agosto de 2011) (R-113(bis)). Ver también el Expediente Judicial Electrónico, Causa No. 2008-0421, *NIFA c. MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala de lo Civil y Comercial (Corte de Segunda Instancia), Entrada 378, (R-122) (Petición de Ampliación de fecha 31 de agosto de 2011).

¹⁰¹⁷ Ver el Expediente Judicial Electrónico, Causa No. 2008-0421, *NIFA c. MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala de lo Civil y Comercial (Corte de Segunda Instancia), Entrada 377, (R-122).

¹⁰¹⁸ La corte ya había advertido a las partes que se abstuvieran de prácticas perjudiciales. Ver *íd.*, Entrada 373 (Ampliación y/o Aclaración de fecha 1 de agosto de 2011) (“Con respecto a la petición planteada por la Demandante, también advertimos sobre la intención de dilatar el proceso con peticiones infundadas que no reservan ninguna resolución de la Sala. Advertimos a las partes que no sigan provocando incidentes que tiendan a obstruir el normal desarrollo de la causa, o estarán sujetas al Artículo 263 del Código de Procedimiento Civil, Artículos 130, numeral 13, y 131 del Código Orgánico de la Función Judicial.”).

¹⁰¹⁹ *Íd.*, Entrada 380.

¹⁰²⁰ Ver la Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (23 de septiembre de 2011), pág. 11 (C-4).

¹⁰²¹ El ejemplo más a mano es la *Causa del Arbitraje por las Aguas del Río Indus, Central Kishenganga*, en donde el tribunal arbitral emitió su Laudo sobre el fondo y el mismo día resolvió sobre la petición de India de una aclaración del laudo parcial del tribunal. *Arbitraje por las Aguas del Río Indus, Central Kishenganga (Paquistán c. India)*, CPA, Laudo Final (20 de diciembre de 2013) (RLA-125) (*acompañada por la Decisión sobre la Petición de India de Aclaración o Interpretación* (20 de diciembre de 2013)).

¹⁰²² Réplica de la Demandante, ¶ 533.

Orgánico de la Función Judicial.¹⁰²³ Esta disposición permite que la corte declare hechos públicos y bien conocidos sin ninguna prueba adicional como parte del acta a fin de llegar a su decisión.¹⁰²⁴ Aunque la Corte de Apelaciones no citó expresamente esa disposición, el texto de la sentencia deja claro que la corte se basó en ese principio básico de derecho.¹⁰²⁵

574. La Demandante además afirma que Ecuador no hizo ningún intento de defender la sentencia de la Corte de Apelaciones. Naturalmente, Ecuador no era parte de los procedimientos de la corte de apelación y la sentencia de la corte perdió su efecto práctico por la nueva decisión de la CNJ, la cual otorgó la petición de casación de Merck y pronunció una sentencia totalmente nueva.

x. Otros ejemplos de las decisiones judiciales de la Corte de Apelaciones demuestran que las partes recibieron un trato igualitario

575. Las quejas de la Demandante respecto de los procedimientos de la corte inferior son sumamente selectivos, y se limitan a casos específicos en que la Corte de Apelaciones pronunció decisiones adversas a ella. Además, Merck tergiversó el acta para que diera la impresión de que la Corte de Apelaciones actuó con sesgo hacia ella. Pero al examinar los procedimientos de forma más crítica, se puede ver que las partes recibieron un trato igualitario y que NIFA también sufrió ciertos reveses en el litigio. Por ejemplo, el 27 de julio de 2011, NIFA presentó un escrito en el que acusó al Sr. Cabrera de haber cometido un error esencial porque no incluyó en su evaluación de daños y perjuicios todos los posibles productos que NIFA podía haber comercializado con la planta de Merck. NIFA pidió a la corte que designara a un nuevo perito en daños y perjuicios.¹⁰²⁶ Contrariamente a lo que se esperaba de una corte motivada por la corrupción o el sesgo en contra de Merck, la Corte de Apelaciones desestimó enseguida la petición de NIFA. La corte acusó a NIFA de presentar peticiones infundadas y amenazó con sancionarla por boicotear los procedimientos.¹⁰²⁷ Cuando se examina el acta voluminosa de la causa ante la Corte de Apelaciones, se puede ver que ello no

¹⁰²³ Contramemorial de Ecuador, ¶ 499.

¹⁰²⁴ Íd.

¹⁰²⁵ Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, (23 de septiembre de 2011), págs. 13-14, (C-4) (“DÉCIMO QUINTA.- Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation es una empresa multinacional de gran poderío económico, que opera en todo el mundo y tiene una facturación enorme. La capacidad y la fortaleza de la demandada es un hecho que no necesita ser probado, pues es de dominio público.”) (Énfasis añadido).

¹⁰²⁶ Petición de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (27 de julio de 2011), (R-178).

¹⁰²⁷ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (1 de agosto de 2011), (C-46) (“Respecto de la petición presentada por la demandante, por el presente se observa la intención de demorar el proceso con peticiones sin fundamentos que no justifican un fallo de la Corte. Se advierte a las partes que si continúan ocasionando incidentes con el fin de evitar el curso normal de la reclamación, estarán sujetas a las disposiciones del Artículo 263 del Código de Procedimiento Civil y los Artículos 130, párrafo 13 y el Artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial.”).

es más que un ejemplo del patrón de trato igualitario que predominó a lo largo de los procedimientos, algo que la Demandante no ha intentado hacer desaparecer.

b. Conclusión

576. En suma, Merck ha admitido que al menos la mitad de su letanía inicial de presuntas “irregularidades” no están confirmadas por el acta. Los nuevos argumentos de la Demandante tampoco sirven para rescatar su reclamación. Independientemente del monto de la sentencia que ya no está vigente, Merck no puede afirmar seriamente que sus derechos fundamentales al debido proceso fueron vulnerados por la Corte de Apelaciones. Por el contrario, el acta de segunda instancia demuestra que se brindó a ambos litigantes abundantes oportunidades para presentar sus respectivos argumentos. Cada litigante tuvo plena oportunidad de confrontar la sustancia y la fuente de las pruebas que se plantearon contra él y de refutar su validez.¹⁰²⁸ Cada uno también tuvo el derecho a presentar argumentos escritos y solicitar argumentos orales. Merck no ha demostrado de qué forma ese proceso careció de las salvaguardias procesales necesarias para sustentar su reclamación de denegación de justicia.

2. Las afirmaciones de Merck respecto de los procedimientos de la corte de primera instancia son sumamente exageradas

577. La Réplica de Merck también sigue quejándose de los procedimientos ante el Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha (la “corte de primera instancia”). Naturalmente, al igual que en el caso de la sentencia de la Corte de Apelaciones, la sentencia de la corte de primera instancia quedó sin efecto práctico debido a la decisión de la CNJ de noviembre de 2014. Además, como se demostró en el Contramemorial de la Demandada,¹⁰²⁹ ninguno de los intentos de Merck por demostrar “irregularidades” a nivel de la corte de primera instancia pasa la prueba de un examen minucioso. Como se demuestra más abajo, los intentos de Merck por rehabilitar sus acusaciones en su Réplica son igualmente fallidos. Merck no solo continúa basándose en exageraciones y tergiversaciones; sus pruebas nuevamente se quedan cortas y no logran demostrar ninguna irregularidad que sea equivalente a una denegación de justicia. Por el contrario, las pruebas demuestran lo siguiente:

- La corte de primera instancia brindó a Merck la debida notificación del testimonio del testigo de NIFA, la Sra. Anne Usher de Ranson;
- Merck no sufrió ningún perjuicio a raíz del hecho de que su abogado local no asistió a la deposición del testigo de NIFA; y

¹⁰²⁸ Ver F. García Amador, et al., Codificación del Derecho sobre la Responsabilidad de los Estados por Perjuicios a Extranjeros (1974) (RLM-88).

¹⁰²⁹ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 398-450.

- La sentencia de la corte de primera instancia se pronunció y otorgó correctamente.

a. La corte de primera instancia brindó a Merck la debida notificación del testimonio del testigo de PROPHAR

578. Merck sigue insistiendo en que se le negó la oportunidad de interrogar al testigo de NIFA, la Sra. Usher de Ranson, porque la corte de primera instancia no le dio debida notificación de su testimonio en dos ocasiones diferentes. Sin embargo, el acta cuenta una historia diferente. El hecho de que Merck no asistió al testimonio de la Sra. Usher de Ranson en dos ocasiones diferentes solo puede atribuirse a su abogado, no a la corte de primera instancia. En todo caso, el hecho de que el abogado de Merck no escuchó personalmente el testimonio de la Sra. Usher de Ranson no significa que Merck no haya tenido plena oportunidad de interrogar a este testigo.

i. El testimonio de la Sra. Usher de Ranson del 28 de junio de 2004

579. El Sr. Ponce Martínez afirma que la celeridad con que la corte de primera instancia aceptó la petición de NIFA de tomar testimonio a la Sra. Usher de Ranson fue poco habitual. Según el Sr. Ponce Martínez, "[la toma del testimonio de la Sra. Usher de Ranson] fue el único decreto en toda la causa que se emitió con tanta rapidez después de la petición de la parte solicitante (en un plazo de 12 minutos desde la petición por parte de NIFA)".¹⁰³⁰ La explicación de por qué se otorgó tan rápidamente la petición de NIFA es muy sencilla: La Sra. Usher de Ranson era un testigo no residente en el país que estaba presente en Ecuador solo por un periodo breve.¹⁰³¹

580. Pero el testimonio del Sr. Ponce Martínez es insincero en el mejor de los casos. En el acta, constan muchos casos en que la corte de primera instancia concedió las peticiones y mociones de la propia Merck con igual celeridad. Por ejemplo, el 29 de junio a las 5:53 de la tarde, Merck solicitó a la corte de primera instancia que pidiera a un Ejecutivo de la compañía de bienes raíces Staubach, de Panamá, que enviara una comunicación por vía diplomática.¹⁰³² Al día siguiente, apenas 32 minutos después de que se abrieron las puertas al público, la corte de primera instancia otorgó la petición de Merck y ordenó que se tramitara la petición por medio del consulado ecuatoriano en Panamá.¹⁰³³ Aquí tenemos otro ejemplo de la eficiencia

¹⁰³⁰ Segunda Declaración Testimonial Ponce Martínez, ¶ 5.

¹⁰³¹ Contramemorial de Ecuador, ¶ 402.

¹⁰³² Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (29 de junio de 2004), (R-23).

¹⁰³³ Orden, *MSDIA c. NIFA*, Corte de Apelaciones (30 de junio de 2004), (R-28).

judicial ecuatoriana, esta vez de la Corte de Apelaciones: El 3 de junio de 2009, a las 9:48 de la mañana, Merck solicitó a la Corte de Apelaciones que tomara el testimonio de Debora Doris Bertha Beith Nimelman.¹⁰³⁴ La Corte de Apelaciones aceptó la petición de Merck casi inmediatamente, *apenas unos cincuenta minutos* después de que Merck presentó su solicitud.¹⁰³⁵ Esos ejemplos son destacables no solo porque demuestran que la celeridad con que la corte de primera instancia ordenó el testimonio de la Sra. Usher de Ranson no fue nada inusual, sino también porque describen un sistema judicial eficiente. Si las cortes inferiores hubieran sido lentas, Merck estaría quejándose ante este Tribunal de demoras indebidas.

581. El Sr. Ponce Martínez además insiste en que no recibió en ningún momento la orden judicial de tomar el testimonio de la Sra. Usher de Ranson.¹⁰³⁶ No presenta ninguna prueba – aparte de su declaración infundada—para refutar la certificación del secretario judicial que demuestra que la notificación se entregó a ambas partes y a sus abogados a las 5:20 de la tarde, el 25 de junio de 2004.¹⁰³⁷ Más importante aún es que el Sr. Ponce Martínez no denegó su propia declaración, que hizo en un alegato posterior ante la corte de primera instancia, en el cual reconoció expresamente que fue notificado mediante la notificación del 25 de junio de 2004 a las 6 de la tarde del mismo día.¹⁰³⁸ De acuerdo con esa admisión de esa época, Merck solo puede culpar a su propio abogado por no asistir al primer testimonio de la Sra. Usher de Ranson, el cual tuvo lugar el siguiente día hábil, lunes 29 de junio de 2004, de acuerdo con la práctica judicial.¹⁰³⁹

582. También es revelador que, en vez de buscar invalidar el testimonio de la Sra. Usher de Ranson basándose en una presunta falta de notificación, el abogado de Merck simplemente presentó su propio grupo de preguntas escritas, y pidió a la corte de primera instancia que programara un contra interrogatorio de la Sra. Usher de Ranson en una fecha posterior en Panamá.¹⁰⁴⁰ Al presentar su propio interrogatorio para el contrainterrogatorio inmediatamente después, Merck validó el procedimiento. Si bien posteriormente Merck intentó anular el testimonio de la Sra. Usher de Ranson por la causal de que carecía de conocimientos de primera mano, Merck ni siquiera intentó impugnar su testimonio basándose en una presunta

¹⁰³⁴ Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (3 de junio de 2009), (C-171).

¹⁰³⁵ Orden judicial, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (3 de junio de 2009), (R-152).

¹⁰³⁶ Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶ 6.

¹⁰³⁷ Contramemorial de Ecuador, ¶ 402.

¹⁰³⁸ *Ver* la Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (30 de agosto de 2005), pág. 1 (R-46); Contramemorial de Ecuador, ¶ 404.

¹⁰³⁹ Contramemorial de Ecuador, ¶ 405.

¹⁰⁴⁰ Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (29 de junio de 2004), (C-145).

falta de notificación; esta omisión revela la falta de fundamento de la objeción planteada por Merck en ese sentido.¹⁰⁴¹

ii. El testimonio de la Sra. Usher de Ranson del 29 de agosto de 2005

583. Como cuestión inicial, la Sra. Usher de Ranson no tenía mucha posibilidad de comparecer y rendir testimonio puesto que vivía en Panamá. Por tal motivo, el 18 de agosto de 2004, la corte de primera instancia ordenó al cónsul de Ecuador en Panamá que contrainterrogara a la Sra. Usher de Ranson a petición de Merck.¹⁰⁴² El único fin de ese contrainterrogatorio fue permitir que la Sra. Usher de Ranson respondiera el interrogatorio de Merck. Finalmente, la Sra. Usher de Ranson regresó a Ecuador casi un año después, y la corte de primera instancia aprovechó la oportunidad de contrainterrogarla en la corte de primera instancia.¹⁰⁴³

584. El jueves 25 de agosto de 2005, con una anticipación de cuatro días, la corte de primera instancia ordenó a la Sra. Usher de Ranson que diera su testimonio el siguiente lunes 29 de agosto "a las 9:00 de la mañana".¹⁰⁴⁴ Esa orden se notificó a los abogados de ambas partes a las 4:49 de la tarde del 25 de agosto de 2005.¹⁰⁴⁵ Nuevamente, el Sr. Ponce Martínez no asistió. Sin embargo, esta vez culpa a la falta de precisión de la orden.¹⁰⁴⁶

585. Pero el Sr. Ponce Martínez esperó hasta el lunes 29, el mismo día de la deposición, para solicitar una aclaración a la corte respecto de la hora exacta de la deposición.¹⁰⁴⁷ Adicionalmente, Merck utilizó la oportunidad para presentar 18 preguntas más que se debían plantear a la Sra. Usher de Ranson durante su testimonio. Como se demostró en el Contramemorial, el Dr. Ponce Martínez tuvo todo el día viernes 26 de agosto para determinar la hora de la deposición el siguiente lunes.¹⁰⁴⁸ El hecho de que esperó hasta apenas unos minutos antes del inicio de la deposición para solicitar una aclaración sugiere falta de diligencia y no que ello haya sido culpa de la corte.

¹⁰⁴¹ Contramemorial de Ecuador, ¶ 405, nota 631 al pie, (en donde se cita la Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, (29 de junio de 2004), (R-23)).

¹⁰⁴² Primera Declaración Testimonial Ponce Martínez, ¶ 12.

¹⁰⁴³ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 408-409. Como se explicará más adelante, para Merck, fue más conveniente que se contrainterrogara a la Sra. Usher de Ranson en Ecuador y no en Panamá.

¹⁰⁴⁴ Orden *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (25 de agosto de 2005), (C-147).

¹⁰⁴⁵ Íd.

¹⁰⁴⁶ Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶¶ 18-20.

¹⁰⁴⁷ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 414-415.

¹⁰⁴⁸ Íd.

586. En todo caso, la Sra. Usher de Ranson rindió su declaración el 29 de agosto de 2005 a las 2:20 de la tarde.¹⁰⁴⁹ Las 12 preguntas originales de Merck se plantearon textualmente a la Sra. Usher de Ranson, y ella las respondió. En efecto, el Sr. Ponce Martínez reconoce que la Sra. Usher de Ranson estaba presente en el juzgado ese día, pero alega que no podía encontrar el lugar en que ella estaba rindiendo su declaración.¹⁰⁵⁰ El Sr. Ponce Martínez alega que no sabía en dónde tenía lugar la deposición. No obstante, es curioso que el mismo funcionario judicial que recibió la petición de aclaración del Sr. Ponce Martínez y las preguntas adicionales a las 8:43 de la mañana (Juan Gallardo)¹⁰⁵¹ fuera el mismo funcionario presente en la segunda deposición de la Sra. Usher de Ranson esa tarde.¹⁰⁵² Si tenía alguna duda, el Sr. Ponce Martínez podía haber preguntado al Sr. Gallardo sobre la hora exacta y el lugar de la deposición. Nuevamente, el hecho de que no lo hizo no puede justificar una impugnación de la corte.

587. En tales circunstancias, la decisión de la corte de primera instancia de no permitir que Merck presentara más preguntas para el contrainterrogatorio de la Sra. Usher de Ranson fue concordante con el derecho de Ecuador.¹⁰⁵³ Como el periodo probatorio había terminado casi un año antes de que Merck presentara esas 18 preguntas adicionales, el pedido de Merck fue extemporáneo y abusivo.¹⁰⁵⁴ Por consiguiente, el 1 de septiembre de 2005, la corte de primera instancia desestimó las preguntas adicionales de Merck.¹⁰⁵⁵ Merck no apeló esa orden.¹⁰⁵⁶

b. Merck no sufrió ningún perjuicio a raíz del hecho de que su

¹⁰⁴⁹ Testimonio de Anne Karsen Renson [también conocida como Anne Usher de Ranson], *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, (29 de agosto de 2005), pág. 1 (C-149).

¹⁰⁵⁰ Primera Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶ 13.

¹⁰⁵¹ Ver la Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (25 de agosto de 2005) (R-45). El Sr. Gallardo, como secretario de la corte, acusó recibo de la petición de Merck.

¹⁰⁵² Ver el Testimonio de Anne Karsen Renson [también conocida como Anne Usher de Ranson], *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (29 de agosto de 2005), (C-149).

¹⁰⁵³ Orden judicial, *MSDIA c. NIFA*, Corte de Primera Instancia (1 de septiembre de 2005), (R-48).

¹⁰⁵⁴ Contramemorial de Ecuador, ¶ 415.

¹⁰⁵⁵ Orden judicial, *MSDIA c. NIFA*, Corte de Primera Instancia (1 de septiembre de 2005), (R-48).

¹⁰⁵⁶ El Sr. Ponce Martínez niega que no haya recurrido esa orden. Ver la Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶ 26. Después de la segunda deposición de la Sra. Usher de Ranson, Merck quiso anular su testimonio el 30 de agosto de 2005 *exclusivamente* sobre la base de que su abogado no asistió a ella. Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (30 de agosto de 2005), (C-237). En la misma petición, Merck también pidió a la corte que admitiera 18 preguntas adicionales para la Sra. Usher de Ranson. La Corte de Primera Instancia denegó la petición de Merck de que se anulara el testimonio de la Sra. Usher de Ranson el 23 de septiembre de 2005. *Íd.*, pág. 1. Merck apeló esa decisión el 28 de septiembre de 2005, y finalmente perdió la apelación. Recurso de apelación de MSDIA en contra del Auto, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (28 de septiembre de 2005), (R-51); Segunda Declaración Testimonial Ponce Martínez, ¶ 26. Por otra parte, la Corte de Primera Instancia rechazó las 18 preguntas adicionales de Merck el 1 de septiembre de 2005. Orden judicial, *MSDIA c. NIFA*, Corte de Primera Instancia (1 de septiembre de 2005), (R-48). Merck en ningún momento apeló esa decisión. Merck solo apeló la decisión de la Corte de Primera Instancia de no anular el testimonio de la Sra. Usher de Ranson debido a que el abogado no asistió al testimonio. Por lo tanto, Merck no cuestionó la decisión de la Corte de Primera Instancia de no aceptar las preguntas nuevas para la Sra. Usher de Ranson.

abogado local no asistió a la deposición de Usher de Ranson

588. Merck no sufrió ningún perjuicio a raíz del hecho de que su abogado local no asistió a la deposición de la Sra. Anne Usher de Ranson. Primero, el derecho de Ecuador no permite que los abogados de las partes confronten oralmente a los testigos. En virtud del Artículo 223 del Código de Procedimiento Civil (CPC), el papel del abogado se limita a presentar preguntas, normalmente por escrito.¹⁰⁵⁷ Solo el juez tiene autorización para hacer las preguntas o ayudar al testigo si es necesario.¹⁰⁵⁸ Finalmente, aunque la Sra. Usher de Ranson no rindió declaración en Panamá como había solicitado Merck, las preguntas de Merck se plantearon a la testigo de forma textual. Por lo tanto, el testimonio de la Sra. Usher de Ranson fue concordante con los requisitos de las normas procesales de Ecuador.

589. Es interesante notar que el resultado no habría sido diferente si la Sra. Usher de Ranson hubiese testificado en Panamá. Es sumamente probable que el abogado de Merck no hubiera asistido, como quedó demostrado en otras deposiciones que se tomaron fuera de Ecuador durante los procedimientos de primera y de segunda instancia en el litigio *NIFA c. MSDIA*.¹⁰⁵⁹ El acta muestra que ni NIFA ni MSDIA estuvieron presentes durante las deposiciones de testigos que vivían en el extranjero. No obstante, el cónsul de Ecuador en todos esos casos garantizó los derechos de las partes al debido proceso planteando de manera textual todas las preguntas presentadas por ambas partes. Ese es el mismo proceso exactamente que utilizó la corte de primera instancia al tomar el testimonio de la Sra. Usher de Ranson. Esto demuestra que los derechos de las partes al debido proceso no estuvieron en peligro por el hecho de que no asistieron al testimonio. El debido proceso para el caso de la declaración testimonial significa que ambas partes tengan la oportunidad de presentar sus interrogatorios. En este caso, tanto NIFA como MSDIA gozaron de ese derecho en términos de igualdad. Además, como se expuso en el Contramemorial, Merck presentó el testimonio del Sr. Edgardo Jaén, un colega de la Sra. Usher de Ranson en la intermediación de bienes raíces de MSDIA para refutar la declaración testimonial de la Sra. Usher de Ranson.¹⁰⁶⁰

590. Pero incluso suponiendo que se hubiera excluido el testimonio de la Sra. Usher de Ranson, el testimonio rendido por ella fue corroborado por otras pruebas obrantes en el acta.

¹⁰⁵⁷ Código de Procedimiento Civil de Ecuador (24 de noviembre de 2011), Art. 233, (RLA-107(bis)).

¹⁰⁵⁸ Contramemorial de Ecuador, ¶ 411. *Ver también*, Código de Procedimiento Civil de Ecuador (24 de noviembre de 2011), Art. 235, (RLA-107(bis)).

¹⁰⁵⁹ *Ver por ejemplo* el Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, 18 de octubre de 2005 (Anexo C-151); Testimonio de Luis Eduardo Ortiz, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (23 de noviembre de 2009) (C-252).

¹⁰⁶⁰ Contramemorial de Ecuador, ¶ 411.

Dicho de otro modo, el testimonio de la Sra. Usher de Ranson no afectó el resultado de la causa. Hay varios correos electrónicos de la Sra. Usher de Ranson, que fueron admitidos en el acta, que confirman que MSDIA no tenía intención de cerrar el trato con NIFA. Por ejemplo, en este correo electrónico de fecha 16 de enero de 2003, la Sra. Usher de Ranson informa a su colega de Staubach, Edgardo Jaén, que MSDIA “[parecía] tener la intención de escabullirse” del trato con NIFA al introducir en el juego una cláusula de no competir.¹⁰⁶¹ En efecto, la corte de primera instancia llegó a la misma decisión después de revisar no solo el testimonio de la Sra. Usher de Ranson, sino también los correos electrónicos y otras pruebas obrantes en el acta.¹⁰⁶² ¹⁰⁶²

c. No existen pruebas de que la sentencia de la Corte de Primera Instancia se haya emitido y otorgado incorrectamente

i. No existen indicios de que la Jueza Chang-Huang no haya revisado el acta antes de emitir su sentencia

591. En su Réplica, Merck también sigue afirmando que la Jueza Chang Huang no revisó el expediente de la causa antes de emitir la sentencia de la corte de primera instancia y que, por consiguiente, la sentencia no pudo haber sido producto de su propio trabajo.¹⁰⁶³

592. *Primero*, Merck afirma que la Jueza Chang-Huang debe haber escrito la sentencia de la corte de primera instancia en tres horas, pues la hora que se muestra al inicio de la sentencia es 2:06 de la tarde y la hora indicada en la última página es 5:30 de la tarde.¹⁰⁶⁴

593. Ese análisis simplista es claramente incorrecto. Esos sellos indicadores de horas, en realidad, muestran que la Jueza Chang-Huang terminó de escribir la sentencia a las 2:06 de la tarde y que dio notificación de la sentencia a las partes a las 5:30 de la tarde. Esto es claro a partir de la certificación del secretario judicial, la cual muestra que la sentencia se notificó a las 5:30 de la tarde. Así lo indica:

En Quito, el 17 de diciembre de dos mil siete, a las *17 horas y treinta minutos*, [notifiqué] la siguiente sentencia: Al REPRESENTANTE LEGAL DE NUEVA INDUSTRIA FARMACÉUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA S.A.) en el casillero No. 809 del Dr. ANDRADE DÁVILA JUAN CARLOS ORTIZ MONASTERIO LUIS EDUARDO.

¹⁰⁶¹ Correo electrónico de Anne Usher de Ranson (Staubach) a Edgardo Jaen (Staubach) (16 de enero de 2003), (R-12).

¹⁰⁶² Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (17 de diciembre de 2007), pág. 10, (C-3).

¹⁰⁶³ Réplica de la Demandante, ¶¶ 656-657.

¹⁰⁶⁴ *Íd.*; Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (17 de diciembre de 2007), pág. 16, (C-3).

MERKSHARP DOHME (INTER AMERICAN). WINTOUR ENRIQUE CARLOS FEDERICO en el casillero No. 572 del Dr. PONCE PALACIO LUIS. Certifico.

RAZÓN: En esta fecha, *se incorpora al correspondiente libro de copias* una copia idéntica de la sentencia que antecede – Quito, 17 de diciembre de 2007.¹⁰⁶⁵

594. Cualquier orden judicial del acta puede servir para ilustrar el punto. Tomemos, por ejemplo, la orden mediante la cual la corte de primera instancia rechazó el intento de Merck de introducir indebidamente un nuevo grupo de preguntas para el contrainterrogatorio de la Sra. Usher de Ranson.¹⁰⁶⁶ Esta orden fue escrita a las 10:04 de la mañana y fue luego notificada a las partes a las 5:19 de la tarde del mismo día. Según la lógica de Merck, la jueza tardó más de seis horas en escribir una orden que contiene seis líneas. Eso significa una línea por hora.

595. *Segundo*, Merck afirma que el hecho de que la Jueza Chang-Huang haya tomado conocimiento de la causa en la misma fecha en que se emitió la sentencia significa que no había estudiado el acta. En efecto, “tomar conocimiento” representa, para el juez, la oportunidad de presentarse formalmente a las partes, como sugiere el Sr. Ponce Martínez.¹⁰⁶⁷ Sin embargo, el momento para tomar conocimiento del litigio *NIFA c. MSDIA* fue especial en el caso de la Jueza Chang-Huang porque el único acto procesal pendiente cuando reemplazó al juez Toscano era la propia sentencia. Por lo tanto, no causa sorpresa que la jueza Chang-Huang haya tomado conocimiento formalmente cuando emitió la sentencia. No obstante, ello no indica que haya comenzado a revisar la causa en ese momento.

596. *Tercero*, el Sr. Ponce Martínez sugiere que como una de las copias de los expedientes de la causa permaneció en archivo hasta cinco días antes de que se emitiera la sentencia, la Jueza Chang-Huang no pudo haber tenido acceso a la causa antes de ese momento.¹⁰⁶⁸ Pero el hecho de que una copia del archivo oficial pueda haberse encontrado en el archivo no significa que la Jueza no haya tenido a su disposición copias de los documentos pertinentes de la causa como para empezar la revisión con anticipación o que no haya estado estudiando la causa mucho antes de pronunciar la sentencia.

¹⁰⁶⁵ Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia (17 de diciembre de 2007), pág. 16, (C-3) (énfasis añadido).

¹⁰⁶⁶ Orden judicial, *MSDIA c. NIFA*, Corte de Primera Instancia (1 de septiembre de 2005) (R-48).

¹⁰⁶⁷ Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶ 33.

¹⁰⁶⁸ *Íd.*, ¶ 31.

597. *Cuarto*, el hecho de que la sentencia contenga errores tipográficos y gramaticales idénticos a los hallados en la demanda de NIFA es intrascendente. Es claro al examinar la sentencia que las primeras ocho páginas de la sentencia están dedicadas a recitar de manera textual las alegaciones fácticas planteadas por la demandante NIFA. En efecto, la sentencia también recita las defensas planteadas por Merck en su respuesta a la demanda.¹⁰⁶⁹ Esto es concordante con la práctica judicial de Ecuador, como está confirmado por el hecho de que la sentencia de la Corte de Apelaciones también recita las afirmaciones de las partes).¹⁰⁷⁰ Ello no constituye prueba de que la sentencia de la corte de primera instancia haya sido escrita por un tercero de la misma manera que tampoco confirma que la sentencia de la Corte de Apelaciones haya sido escrita por un tercero, lo cual Merck en ningún momento alegó.

598. En suma, Merck no ha podido presentar prueba alguna que demuestre que la Jueza Chang-Huang no estudió el acta de la corte de primera instancia o que no emitió ella misma la sentencia.

ii. Merck no demostró que no fue notificada debidamente de la sentencia de la Corte de Primera Instancia

599. El Sr. Ponce Martínez sigue quejándose de que no recibió notificación de la sentencia de la corte de primera instancia. Específicamente, cuestiona las pruebas de Ecuador que demuestran que la sentencia se entregó físicamente en su casillero judicial¹⁰⁷¹ y que el boletín público de la Corte le avisó de que la sentencia se había emitido.¹⁰⁷² Es interesante notar que el Sr. Ponce Martínez reconoce que se transmitió una versión parcial de la sentencia a su oficina por correo electrónico.¹⁰⁷³ De todas formas, sugiere que el hecho de que la corte de primera instancia no le notificó debidamente de la sentencia demuestra la intención de privar a Merck de su derecho de apelar.¹⁰⁷⁴ Pero el Dr. Ponce Martínez no puede negar que la notificación de la sentencia por correo electrónico, aunque haya sido incompleta, contenía indicios de una sentencia final. Además, el hecho de que la sentencia estaba incompleta debería ser evidente para todos. Un mínimo de diligencia debida habría descubierto fácilmente que el documento estaba incompleto, y habría suscitado preguntas en cuanto a su significado e impacto. Se espera que se emplee la debida diligencia sobre todo en situaciones

¹⁰⁶⁹ Contramemorial de Ecuador, ¶ 430.

¹⁰⁷⁰ Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (23 de septiembre de 2011), (C-4).

¹⁰⁷¹ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 438-446.

¹⁰⁷² Primera Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶ 20.

¹⁰⁷³ *Íd.* Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶ 40.

¹⁰⁷⁴ Primera Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶ 21.

como la del litigio *NIFA c. MSDIA*, en donde la corte estaba lista para pronunciar la sentencia final. Por lo tanto, suponiendo que la sentencia haya estado efectivamente incompleta, Merck tenía la obligación de consultar al secretario judicial qué tipo de orden se había emitido. Repetimos, las consecuencias derivadas de la presunta falta de notificación de la sentencia solo pueden imputarse al abogado de Merck.

600. En todo caso, como ya se mencionó, Merck en efecto presentó sus documentos de apelación a tiempo y, por lo tanto, no pudo haber sufrido perjuicio alguno.

d. Conclusión

601. Los procedimientos de la corte de primera instancia se llevaron a cabo de acuerdo con el derecho de Ecuador y la práctica respectiva. Las pruebas del acta demuestran que se otorgó a Merck la debida notificación de todos los procedimientos pertinentes, entre ellos el testimonio de la Sra. Anne Usher de Ranson, y que Merck gozó y ejerció plenamente su derecho a ser escuchada en los procedimientos del tribunal de primera instancia. Además, ninguna de las presuntas violaciones al debido proceso planteadas por Merck tuvo un impacto en el resultado de la causa.

G. Merck no demostró que alguno de los procedimientos en cuestión en la presente causa haya estado "influenciado" por corrupción judicial

1. Merck no presentó pruebas verosímiles de que las sentencias de las cortes inferiores hayan sido producto de corrupción

602. Merck continúa afirmando que las sentencias de las cortes inferiores fueron producto de corrupción judicial. Para apuntalar esa afirmación, Merck llama la atención del tribunal hacia un “patrón documentado de alegaciones de corrupción judicial” en contra de los jueces de la corte inferior.¹⁰⁷⁵ Sin embargo, como se explicó en el Contramemorial de Ecuador, ninguna de las denuncias disciplinarias planteadas en contra de los Jueces Chang-Huang, Toscano Garzón, y Hernán Palacios tienen relación alguna con el litigio de *NIFA c. MSDIA*. Merck simplemente cita hechos pasados totalmente ajenos a su causa como prueba de corrupción.

603. En su Réplica, Merck reconoce que "el hecho de que los jueces que escribieron las sentencias [...] hayan sido objeto de medidas disciplinarias por corrupción judicial en otras

¹⁰⁷⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 669.

causas no demuestra definitivamente que aceptaran sobornos en la causa *NIFA* [...].”¹⁰⁷⁶ En efecto, el hecho de que la Jueza Chang-Huang haya sido objeto de medidas disciplinarias por vender boletos de una rifa, solicitar dinero para pagar a sus pasantes, y certificar copias con un sello del secretario, no prueba de ninguna manera que haya actuado corruptamente al emitir la sentencia a favor de *NIFA*.¹⁰⁷⁷ De manera similar, una acusación no concluyente de mala actuación judicial en contra del Juez Alberto Palacios por ordenar el embargo de dos tractores con relación a una deuda impaga en 2002 no es prueba de que haya recibido sobornos para pronunciar una sentencia desfavorable en contra de Merck en la Corte de Apelaciones.¹⁰⁷⁸

604. Sin embargo, Merck alega que los jueces de las cortes inferiores tienen un “historial de conducta corrupta” y ello es una “prueba circunstancial contundente de corrupción en la causa *NIFA c. MSDIA* [...]”.¹⁰⁷⁹ Más que pruebas circunstanciales, se trata de pruebas de carácter.¹⁰⁸⁰ Es indebido el uso circunstancial de las pruebas de carácter por parte de Merck para demostrar que los jueces de la corte inferior actuaron en la causa de *NIFA* de conformidad con ese carácter. En el país de origen de Merck, por ejemplo, ese tipo de pruebas no sería admisible. La Regla 404 de las Reglas Federales de EE.UU. sobre Pruebas excluye las pruebas sobre reputación si se ofrecieron como base para suponer un acto de conformidad con un rasgo de carácter en una ocasión específica, salvo cuando se ofrezca para demostrar la *buena reputación de un demandado penalmente* o para demostrar la *mala reputación* de una presunta *víctima* de un delito.¹⁰⁸¹ La justificación de la improcedencia de las pruebas sobre

¹⁰⁷⁶ *Íd.*, ¶ 670.

¹⁰⁷⁷ Esos fueron tres fallos en contra de la Jueza Chang-Huang pronunciados por el Consejo de la Judicatura. Ver el Archivo de Personal de la Jueza Provisional Chang-Huang, Archivo Disciplinario No. Mot-099-UCD-010-MAC (9 de abril de 2010) (C-190).

¹⁰⁷⁸ Contramemorial de Ecuador, ¶ 512.

¹⁰⁷⁹ Réplica de la Demandante, ¶¶ 667, 670.

¹⁰⁸⁰ Las pruebas de carácter por lo general se definen como “Pruebas relativas a rasgos o propensiones generales de personalidad, de carácter elogiable o censurable [...]. Las pruebas de carácter son [normalmente] prohibidas, aunque no siempre, si se ofrecen para demostrar que la persona actuó de acuerdo con ese carácter”. BLACK’S LAW DICTIONARY (B. Garner, ed., 9ª ed. 2009), pág. 636: “*character evidence*” [pruebas de carácter] (RLA-86(bis)).

¹⁰⁸¹ Comité sobre la Judicatura, Cámara de Representantes, FEDERAL RULES OF EVIDENCE [Normas federales sobre las pruebas] (2014), págs. 4-5 (RLA- 202): “Norma 404. Pruebas de carácter; delitos u otros actos (a) *PRUEBAS DE CARÁCTER. (1) Usos prohibidos. Las pruebas de carácter o rasgo de carácter de una persona no son admisibles para probar que en una ocasión específica la persona actuó de acuerdo con el carácter o rasgo.*(2) *Excepciones para un demandado o víctima en una causa penal.* En una causa penal, se aplican las siguientes excepciones: (A) un demandado podrá ofrecer pruebas del rasgo pertinente del demandado, y si se admiten las pruebas, el fiscal podrá ofrecer pruebas para refutarlas; (B) sujeto a las limitaciones de la Norma 412, un demandado podrá ofrecer pruebas de un rasgo pertinente de una presunta víctima, y si se admiten las pruebas, el fiscal podrá: (i) ofrecer pruebas para refutarlas; y (ii) ofrecer pruebas del mismo rasgo del demandado; y (C) en una causa de homicidio, el fiscal podrá ofrecer pruebas del presunto rasgo de docilidad de la víctima para refutar pruebas de que la víctima fue el primer agresor. (3) *Excepciones para el testigo.* Se podrán admitir las pruebas del carácter de un testigo de acuerdo con las Normas 607, 608, y 609. (b) *DELITOS,*

reputación está establecida por la Comisión de Revisión de Derecho de California en su rechazo del borrador de la regla que habría ampliado el uso de esta forma de prueba en las causas civiles:

Las pruebas sobre reputación tienen poco valor probatorio y pueden ser muy perjudiciales. Tienden a distraer al juzgador de los hechos de la cuestión principal de lo que sucedió efectivamente en la ocasión específica. Permiten de manera sutil que el juzgador de los hechos recompense al hombre bueno y castigue al hombre malo por sus respectivas reputaciones a pesar de lo que demuestren las pruebas de la causa que efectivamente sucedió. Debido al peligro de que se abuse de esta clase de pruebas, la confusión de cuestiones por resolver, la investigación circunstancial, el perjuicio, y similares, la regla revisada reformula la legislación vigente de California que en general se aplica a las causas civiles excluyendo las pruebas sobre reputación para probar la conducta en tales casos.¹⁰⁸²

605. Varios tribunales de arbitraje por tratados de inversión se han negado a considerar pruebas circunstanciales o de anécdotas de causas anteriores como prueba suficiente de corrupción o incorrección en el asunto específico en disputa. En la causa *Oostergetel c. Eslovaquia*, por ejemplo, los demandantes alegaron que los funcionarios estatales conspiraron con una mafia financiera para desencadenar la quiebra de su inversión.¹⁰⁸³ Entre los funcionarios estatales que participaron en esa conspiración, según los demandantes, se encontraban miembros de la Corte Regional de Bratislava. Para probar su teoría sobre una conspiración, los demandantes presentaron "recortes de periódicos locales relativos a irregularidades en los procedimientos de quiebra manejados por la Corte Regional de Bratislava y los procedimientos disciplinarios por parte del Ministerio de Justicia de Eslovaquia en contra de los miembros de esa corte [...]".¹⁰⁸⁴ El tribunal no encontró que esas pruebas fueran convincentes. Después de considerar esos y otros informes ofrecidos para sustanciar las alegaciones generales de corrupción en las cortes de Eslovaquia, el tribunal

AGRAVIOS U OTROS ACTOS. (1) Usos prohibidos. No son admisibles las pruebas de delitos, agravios u otros actos para probar el carácter de una persona a fin de demostrar que en una ocasión determinada la persona actuó de acuerdo con ese carácter. (2) Usos permitidos; Notificación de causa penal. Esas pruebas pueden ser admisibles para otros fines, como el de probar el móvil, la oportunidad, intención, preparación, plan, conocimientos, identidad, ausencia de error, o falta de accidente. A petición de un demandado en una causa penal, el fiscal debe: (A) dar notificación razonable del carácter general de las pruebas que el fiscal piense presentar en el juicio; y (B) hacerlo antes del juicio, o durante el juicio, si la corte, con un buen motivo, excusa la falta de notificación previa al juicio". (Énfasis añadido).

¹⁰⁸² Comisión de Revisión de la Legislación de California, Tentative Recommendation and a Study relating to the Uniform Rules of Evidence: Artículo Vi. Extrinsic Policies Affecting Admissibility [Recomendación tentativa y un estudio relativo a las Normas Uniformes sobre Pruebas: Artículo Vi. Políticas extrínsecas que afectan la admisibilidad] (marzo de 1964), pág. 615, (RLA-139).

¹⁰⁸³ *Oostergetel*, ¶ 302, (CLM-146).

¹⁰⁸⁴ *Íd.*

desestimó la teoría de los demandantes sobre una conspiración y determinó que tales pruebas “no pueden reemplazar a las pruebas de un incumplimiento de un tratado en un caso específico”.¹⁰⁸⁵

606. El tribunal de la causa *Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela* también se negó a dar peso alguno a las sugerencias de falta de imparcialidad obtenidas a partir de examinar causas pasadas o de pruebas circunstanciales no relacionadas con la controversia subyacente. Más específicamente, el tribunal sostuvo que las alegaciones de falta de independencia e imparcialidad solo pueden probarse con pruebas “[relativas] a las causas específicas en las que se alega que ocurrió la incorrección”.¹⁰⁸⁶

607. Como Merck no presentó ninguna prueba específica de incorrección en el litigio *NIFA c. MSDIA*, se debe desestimar su insinuación de que las sentencias de las cortes inferiores fueron el producto de corrupción judicial.

608. Tampoco se conoce si alguna de las denuncias disciplinarias en contra de los jueces de cortes inferiores citadas por Merck tiene fundamento. Por ejemplo, es cierto que el Consejo de la Judicatura de Ecuador removió a la Jueza Chang-Huang de su cargo – la jueza que escribió la sentencia de la corte de primera instancia – por vender boletos para una rifa, solicitar dinero para pagar a los pasantes y utilizar el sello del funcionario judicial de una forma no autorizada.¹⁰⁸⁷ Sin embargo, la Jueza Chang-Huang planteó una demanda administrativa en contra del Consejo de la Judicatura, en la que rechazó el fundamento fáctico de la decisión de removerla y solicitó su restitución. Esa demanda está actualmente pendiente.¹⁰⁸⁸

609. En el mismo tema, dos de los jueces en procedimientos de apelación del litigio *NIFA c. MSDIA* – los Jueces Toscano Garzón y Alberto Palacios – fueron despedidos por adelantar la fecha de una confesión judicial en una causa. Pero la autoridad judicial de esa época, la Autoridad Judicial Transitoria, restituyó a los dos jueces después de reconocer que la remoción de ambos había sido un error.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁵ *Íd.*, ¶ 303.

¹⁰⁸⁶ *Vannessa Ventures Ltd. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Causa CIADI No. ARB(AF)/04/6, Laudo (16 de enero de 2013) (Lowe, Bróker, Storni), ¶ 228, (RLA-118).

¹⁰⁸⁷ Archivo de Personal de la Jueza Provisional Chang-Huang, Archivo Disciplinario No. Mot-099-UCD-010-MAC (9 de abril de 2010), (C-190).

¹⁰⁸⁸ Escrito de Demanda, Procedimiento Administrativo iniciado por la Jueza Chang-Huang, (septiembre de 2013), (R-119).

¹⁰⁸⁹ El CJT corrige el error que perjudicó a dos jueces, LA HORA (9 de julio de 2012) (C-113); Ecuador anula la remoción de dos jueces, UPI ESPAÑOL (9 de julio de 2012), (C-114).

610. Lo único que demuestran estos procedimientos disciplinarios es que los sistemas de control judicial de Ecuador sí funcionan. Y a pesar de las insinuaciones de Merck sobre corrupción, Merck no ha planteado ninguna denuncia disciplinaria¹⁰⁹⁰ ni ninguna demanda penal en contra de ninguno de los jueces de la corte inferior.

611. Pero Merck sí entabló una demanda civil en contra de la Jueza Chang-Huang para recuperar los honorarios de abogado adicionales que Merck gastó en el recurso de apelación contra la sentencia indebida que emitió la jueza Chang- Huang en los procedimientos de la corte de primera instancia.¹⁰⁹¹ Como se expuso en el Contramemorial, la reclamación de Merck por daños y perjuicios en Ecuador repite las mismas alegaciones de mala actuación de la jueza Chang-Huang en el presente arbitraje. Pero esas alegaciones fueron desechadas en su totalidad por el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha porque las pruebas de Merck fueron insuficientes para demostrar cualquier mala actuación de la jueza Chang-Huang. Esas son también las mismas pruebas que Merck presentó ante este Tribunal,¹⁰⁹² que incluyen declaraciones testimoniales de dos abogados interesados en el resultado del litigio *NIFA c. MSDIA*.¹⁰⁹³ Por lo tanto, no se puede culpar al Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha por su decisión de no tomar en cuenta esas declaraciones testimoniales.¹⁰⁹⁴

612. Además, Merck insiste en que la declaración testimonial del Sr. Marcelo Santamaría (y el informe adjunto) presentada ante este tribunal es prueba de que la sentencia de la corte de primera instancia pronunciada por la Jueza Chang-Huang fue producto de corrupción judicial.¹⁰⁹⁵ En su declaración, el Sr. Santamaría alega que grabó una conversación con la jueza Chang-Huang el 9 de marzo de 2012, en la que ella “confirmó las graves incorrecciones que habían ocurrido en conexión con el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia”.¹⁰⁹⁶ El Sr. Santamaría “literalmente” grabó esa conversación “unos cuantos meses” después de que ocurrió.¹⁰⁹⁷ El testimonio del Sr. Santamaría es poco fiable por al menos cuatro razones. *Primero*, la capacidad del Sr. Santamaría de poder transcribir literalmente la conversación con la Jueza Chang-Huang “unos cuantos meses después” debe considerarse

¹⁰⁹⁰ Ver el Código Orgánico de la Función Judicial, (9 de marzo de 2009), art. 113 (RLA-91(bis)).

¹⁰⁹¹ Contramemorial de Ecuador, ¶ 509.

¹⁰⁹² *Íd.*, ¶ 510.

¹⁰⁹³ *Íd.*, ¶ 432. Ver el Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA c. Chang-Huang* (4 de diciembre de 2008) (C-88); Testimonio de María Cristina Ponce Villacís, *MSDIA c. Chang-Huang* (4 de diciembre de 2008) (C-89).

¹⁰⁹⁴ Contramemorial de Ecuador, ¶ 432.

¹⁰⁹⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 672.

¹⁰⁹⁶ Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, ¶ 3. Ver también la Primera Declaración Testimonial de Ponce Martínez, ¶ 24.

¹⁰⁹⁷ Contramemorial de Ecuador, ¶ 434; Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, ¶ 3.

sumamente dudosa. *Segundo*, es muy sospechoso que Merck no haya ofrecido el informe del Sr. Santamaría durante la fase de medidas provisionales de estos procedimientos a pesar del hecho de que la conversación del Sr. Santamaría con la Jueza Chang-Huang tuvo lugar varios meses antes de ello. *Tercero*, la Jueza Chang-Huang contradujo la declaración del Sr. Santamaría en la causa civil por daños y perjuicios entablada por Merck en contra de ella ante el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha. En efecto, en dicha causa, la jueza Chang-Huang negó conocer al Sr. Santamaría, mucho menos haber mantenido una conversación con él respecto de la causa NIFA.¹⁰⁹⁸ *Cuarto*, el Sr. Santamaría no es una persona que “no tiene interés en el resultado de los procedimientos”,¹⁰⁹⁹ en vista de su historial de representar a MSDIA.¹¹⁰⁰

613. En suma, Merck no ha demostrado, mucho menos con pruebas claras y convincentes según lo exige el derecho internacional, que haya existido una influencia indebida o mala actuación en los procedimientos de la corte inferior.

2. No existen pruebas generalizadas de corrupción sistémica en la judicatura de Ecuador

614. Merck afirma que el sistema judicial de Ecuador en su totalidad es bien conocido como “corrupto, ineficaz y carente de independencia y del debido proceso”.¹¹⁰¹ Esta reclamación es desacertada considerando que la Demandante y sus filiales en Ecuador han empleado de forma sistemática el sistema de justicia de Ecuador como demandantes ante las cortes administrativas, civiles, penales y de trabajo. Es revelador que, para sustentar su argumento de corrupción sistémica, Merck prefiera citar índices de percepciones que dan a Ecuador bajas calificaciones en cuanto a desempeño judicial en vez de hacer notar al tribunal otros casos en los que pudo haber sido víctima de sesgo o de violaciones al debido proceso.¹¹⁰² De hecho, como se demostró en el Contramemorial, Merck se defendió exitosamente en una corte de Ecuador de una reclamación parecida a la causa NIFA.¹¹⁰³ En

¹⁰⁹⁸ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 434-436.

¹⁰⁹⁹ En *Nicaragua c. Honduras*, la Corte Internacional de Justicia declaró que “las declaraciones testimoniales presentadas en forma de declaraciones juradas deben tratarse con precaución”. *Diferencia Territorial y Marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua c. Honduras)*, Sentencia (8 de octubre de 2007), Informes de la C.I.J., 2007, pág. 659, ¶ 244, (RLA-166). Entre los factores pertinentes para evaluar el valor probatorio de las declaraciones juradas, la Corte identificó si la declaración jurada “es rendida por [...] personas que no tienen interés en el resultado de los procedimientos”. *Íd.*

¹¹⁰⁰ Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, ¶ 2.

¹¹⁰¹ Memorial de la Demandante, ¶ 161.

¹¹⁰² Ver la Lista de reclamaciones planteadas por Merck y sus filiales, *disponible en* <http://funcionjudicial.gob.ec/consultaprovincias> (última visita el 9 de enero de 2015), (R-197).

¹¹⁰³ Contramemorial de Ecuador, ¶ 358.

todo caso, esta sección demostrará que son totalmente infundados los intentos de Merck por desacreditar al sistema judicial de Ecuador ante este Tribunal.

615. Como “pruebas” de la corrupción sistémica de las Cortes de Ecuador, Merck presenta varios informes de ONG que dan a Ecuador calificaciones bajas en las *percepciones* de desempeño judicial, informes del Departamento de Estado de EE.UU. y declaraciones extraídas de agencias de medios que supuestamente describen el estado de la judicatura de Ecuador. En el Contramemorial de Ecuador, se expusieron los fallos metodológicos por los cuales esos informes son poco fiables para los fines de investigar la judicatura.¹¹⁰⁴ Adicionalmente, Merck no ha podido demostrar en sus alegatos de qué forma esos informes y declaraciones tienen una influencia directa o indirecta en la causa subyacente en el presente arbitraje.¹¹⁰⁵ Por lo tanto, las supuestas pruebas de Merck sobre corrupción sistémica son intrascendentes.

616. Varios tribunales de inversión han rechazado reclamaciones generales de corrupción sistémica basadas en informes similares a los que cita Merck. Por ejemplo, los demandantes en *Oostergetel*, al igual que Merck en el presente arbitraje, trataron de probar sus alegaciones de corrupción basándose en: 1) informes generales sobre corrupción en las cortes de Eslovaquia; 2) recortes periodísticos relativos a irregularidades en los procedimientos de quiebra ante la Corte Regional de Bratislava y en procedimientos disciplinarios en contra de jueces de esa corte; y 3) informes de EE.UU. y de la Unión Europea que indicaban que el soborno estaba muy generalizado en las cortes de Eslovaquia.¹¹⁰⁶ Después de considerar esos informes y recortes periodísticos, el Tribunal de *Oostergetel* no cambió su opinión de que las alegaciones de los demandantes sobre corrupción no eran más que insinuaciones. El tribunal luego declaró que “las meras insinuaciones [de corrupción] no pueden satisfacer la carga de la prueba que recae en los Demandantes”.¹¹⁰⁷ Así pues, el tribunal de *Oostergetel* dio poco valor probativo – si es que dio alguno— a esos informes y recortes periodísticos.

617. Es claro que Merck se basa en esos informes y extractos periodísticos para encubrir el hecho de que no puede presentar ninguna prueba directa o específica de corrupción judicial en el litigio *NIFA c. MSDIA*. Nuevamente, la decisión en la causa *Oostergetel* es un obstáculo

¹¹⁰⁴ *Íd.*, ¶¶ 338-358.

¹¹⁰⁵ *Íd.*

¹¹⁰⁶ *Oostergetel*, ¶ 302, (CLM-146).

¹¹⁰⁷ *Íd.*, ¶ 303.

insalvable para que avance la teoría de corrupción planteada por Merck. En ese caso, el tribunal sostuvo que los informes generales que supuestamente describen los defectos del sistema judicial de un Estado “no pueden sustituir a las pruebas de que se produjo un incumplimiento del tratado en un caso específico”.¹¹⁰⁸

618. No causa sorpresa que, en su réplica, Merck ni siquiera haya tratado de hacer una distinción entre su causa y *Oostergetel*. Es que no puede.

619. Otro motivo de por qué Merck describe a las cortes de Ecuador como corruptas, ineficaces y sesgadas: Merck espera que sus insinuaciones generales de corrupción la librarán de la obligación de agotar todos los recursos disponibles – en este caso, una Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional de Ecuador – antes de reivindicar sus reclamaciones de incumplimiento del TBI entre Ecuador y EE.UU. y el derecho internacional consuetudinario.

620. Según Merck, los recursos locales no están “razonablemente a disposición” cuando es bien sabido que carecen de independencia o son corruptos.¹¹⁰⁹ Ecuador ha demostrado que la Corte Constitucional de Ecuador no encaja en este perfil. Por lo tanto, Merck estaba obligada a buscar desagravio ante la Corte Constitucional de Ecuador a fin de tener una reclamación viable de denegación de justicia. En cualquier caso, como expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una decisión reciente relativa a la disponibilidad de recursos internos en otro país de América Latina al que con frecuencia se acusa de tener una judicatura débil, “un argumento general sobre la falta de independencia e imparcialidad de la judicatura” no bastará para eximir a la demandante del requisito de agotar los recursos locales.¹¹¹⁰ Las reclamaciones de Merck no prosperan por la misma razón.

a. El hecho de que Merck recurre con frecuencia a las cortes de Ecuador socava sus reclamaciones de corrupción sistémica

621. Merck y sus filiales en Ecuador han sido usuarios regulares del sistema judicial de Ecuador. Desde 1996, ha habido varias causas en las que Merck y sus filiales han participado como demandantes en las cortes civiles, penales, administrativas y de trabajo.¹¹¹¹ El hecho de que Merck no mencione ninguna de esas causas como casos en que las cortes de Ecuador le

¹¹⁰⁸ Íd.

¹¹⁰⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 458.

¹¹¹⁰ *Causa de Allan Brewer Carías c. Venezuela*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia sobre Objeciones Preliminares, (26 de mayo de 2014), ¶ 105, (RLA-196).

¹¹¹¹ Lista de reclamaciones planteadas por Merck y sus filiales, *disponible en* <http://funcionjudicial.gob.ec/consultaprovincias> (última visita el 9 de enero de 2015), (R-197).

denegaron justicia demuestra que es infundada su reclamación de corrupción sistémica y de sesgo.

622. Además, Merck omite que fue vencedora en las cortes de Ecuador. Como se expuso en el Contramemorial de Ecuador, en 2003, Merck fue acusada de espionaje comercial por una empresa competidora – Pharmabrand—ante las cortes administrativas de Pichincha.¹¹¹² Pharmabrand alegó que Merck había obtenido indebidamente información sobre sus productos y productos de otras empresas a fin de restringir la competencia. Sin embargo, la Corte Administrativa de Pichincha desestimó la demanda a favor de Merck y determinó que no había suficientes pruebas que demostrasen que Merck había llevado a cabo una conducta ilícita. Pharmabrand presentó una petición de casación en contra de la decisión de la Corte Administrativa.¹¹¹³ Finalmente, Pharmabrand retiró su petición de casación.¹¹¹⁴ Si fuera cierta la reclamación de Merck sobre corrupción sistémica, ¿podría uno suponer que Merck influyó a los jueces de la Corte Administrativa de Pichincha para que desestimaran la demanda de Pharmabrand? Según la lógica engañosa de Merck, que sugiere que el litigio de *NIFA c. MSDIA* estuvo viciado por corrupción porque la judicatura de Ecuador es corrupta en su totalidad, la respuesta muy bien podría ser sí.

623. Las insinuaciones de Merck sobre corrupción sistémica también son contrarias a su propia postura ante la Corte Constitucional de Ecuador, en donde Merck se opuso a la acción extraordinaria de protección de NIFA que pretendía que se revocara la decisión de la CNJ de septiembre de 2012.¹¹¹⁵ Más específicamente, Merck defendió el cálculo de daños y perjuicios de la CNJ como una decisión “debidamente motivada” y dentro de los “parámetros de la Constitución y la Ley [...]”.¹¹¹⁶ Es inconcebible que la decisión de la CNJ, que redujo los daños y perjuicios de NIFA en un 99 % del monto original, pudiera ser producto de un sistema plagado de corrupción y carente de independencia y del debido proceso. Lo mismo puede decirse de la decisión de la CNJ de noviembre de 2014, que redujo los daños y perjuicios de NIFA en un 95 %.¹¹¹⁷

¹¹¹² Contramemorial de Ecuador, ¶ 358.

¹¹¹³ Expediente Judicial Electrónico, Causa No. 2003-9911, *PHARMABRAND c. Merck*, Segunda Sala de lo Contencioso, Entrada 1, (R-126).

¹¹¹⁴ Retiro de la Reclamación de PHARMABRAND, *PHARMABRAND c. Merck*, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia (13 de noviembre de 2012), (R-186).

¹¹¹⁵ Sentencia, *NIFA c. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (21 de septiembre de 2012), (C-203).

¹¹¹⁶ Alegato de MSDIA, Corte Constitucional (13 de septiembre de 2013), ¶ 4, (R-120).

¹¹¹⁷ Decisión de la CNJ, *PROPHAR c. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (10 de noviembre de 2014), (R-194).

b. Los informes generales de ONG sobre niveles percibidos de corrupción brindan pocas pruebas sobre el estado de la judicatura de Ecuador

624. Merck cita varios informes de ONG que dan a Ecuador calificaciones bajas en el desempeño judicial como prueba de la corrupción sistémica de la judicatura de Ecuador. Como se señaló en el Contramemorial de Ecuador, esos informes son poco fiables pues no evalúan casos probados o reportados de corrupción. En vez de evaluar conductas concretas, esos informes simplemente registran los niveles percibidos de corrupción.¹¹¹⁸ Las percepciones o las opiniones ofrecen pocas pruebas – si es que ofrecen alguna—de que la judicatura de Ecuador sea en efecto corrupta o de que carezca de independencia.

625. La distinción entre las evaluaciones de conducta y las evaluaciones de percepciones es crucial para entender los límites de los informes de las ONG que Merck cita. Según Kevin E. Davis, un experto en legislación de lucha contra la corrupción, para poder evaluar la fiabilidad de un indicador, es vitalmente importante determinar si está diseñado para medir opiniones o conductas. Los indicadores que captan datos sobre creencias podrían ser mediciones fiables de opiniones, pero poco confiables en cuanto a conductas.¹¹¹⁹

626. Por ejemplo, el índice del Estado de Derecho del Proyecto de Justicia Mundial (“PJM”), pretende medir la conducta recopilando datos sobre opiniones. Por lo tanto, el índice del estado de derecho del Proyecto de Justicia Mundial es una medición poco fiable de las conductas o las prácticas corruptas. Como señala Davis,

Los indicadores como el Índice del Estado de Derecho del Proyecto de Justicia Mundial con frecuencia se basan en datos de encuestas que preguntan qué harían los funcionarios judiciales en situaciones hipotéticas determinadas [...]. Esos indicadores se entienden mejor como mediciones de opiniones. Por ejemplo, una de las preguntas de la encuesta del Proyecto de Justicia Mundial pregunta a las personas cuán probable es que una corte otorgue una indemnización justa a los dueños de viviendas desplazados por un proyecto de obras públicas. La pregunta está ideada claramente para pedir información sobre opiniones. No existe requisito de que el entrevistado haya participado alguna vez en esa clase de disputa. De hecho, no existe garantía de que la conducta hipotética haya ocurrido alguna vez (es posible formarse una idea sobre el resultado de un pleito por expropiación aunque

¹¹¹⁸ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 340-347.

¹¹¹⁹ K. E. Davis, *Legal Indicators: The Power of Quantitative Measures of Law* [Indicadores jurídicos: el poder de las medidas cuantitativas de la ley], ANN. REV. L. & SOC. SCI., Vol. 10 (noviembre de 2014), pág. 43, (RLA-199).

ninguna corte haya resuelto jamás sobre una causa de ese tipo).¹¹²⁰

627. El índice del estado de derecho del Proyecto de Justicia Mundial tiene dos componentes: 1) un Sondeo de la Población General (GPP), que consiste en preguntas dirigidas a personas sin conocimientos especializados; y 2) el Cuestionario para Entrevistados Cualificados (QRQ), que supuestamente recoge conocimientos de “peritos en leyes” locales.

628. En su Contramemorial, Ecuador dio ejemplos de preguntas del Sondeo a la Población General ideadas para solicitar información acerca de las opiniones del entrevistado.¹¹²¹ Una de esas preguntas, por ejemplo, pide que el entrevistado opine si los jueces resuelven sobre las causas conforme a la ley o si son influenciados por intereses de particulares u otros intereses. No hay garantía de que el entrevistado haya sido parte alguna vez de una controversia judicial – mucho menos de una controversia civil – o que el entrevistado sepa cuál es o cuál debería ser la ley. Los resultados del Sondeo de la Población General no causan sorpresa: Un sondeo de 2010 demostró que 3 de 4 ecuatorianos desconfiaban de la función judicial.¹¹²² Al mismo tiempo, ese sondeo reveló que la “mayoría” de los entrevistados no conocía las funciones de las muchas instituciones que se consideran parte de la función judicial.¹¹²³ Por consiguiente, los fundamentos de las ideas de los entrevistados son cuestionables en el mejor de los casos. Ese es uno de los motivos por los que no se puede dar peso probatorio a las mediciones de opiniones, como el índice del Estado de Derecho del Proyecto de Justicia Mundial.

629. Además, el hecho de que el índice del Estado de Derecho del Proyecto de Justicia Mundial se basa parcialmente en las opiniones de expertos locales no hace que sus conclusiones sean más fiables. Al igual que el Sondeo al Público General, las preguntas del Cuestionario para Entrevistados Cualificados están ideadas para solicitar las opiniones de los expertos porque se basan totalmente en situaciones hipotéticas. Por ejemplo, uno de esas situaciones trata sobre un pleito civil entre dos vecinos. Una de las preguntas plantea lo siguiente: “En un caso como este, ¿cuán probable es que las siguientes personas soliciten un soborno (u otro incentivo monetario) del Sr. A, del Sr. B., o de ambos, para cumplir con sus

¹¹²⁰ Íd.

¹¹²¹ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 342-343.

¹¹²² Ecuador Inmediato, “3 de 4 ecuatorianos desconfían del sistema judicial, según los sondeos de opinión”, (19 de junio de 2010) *disponible en*: http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=128705&umt=3_cada_4_ecuatorianos_desconfia_del_sistema_judicial_segun_perfiles_opinion (última visita 16 Febrero 2015) (R-165).

¹¹²³ Íd.

deberes o para acelerar el trámite?” Luego, el sondeo enumera a varias personas que posiblemente podrían intervenir en el litigio a) un Juez o Magistrado; b) empleados judiciales; c) un árbitro comercial; d) la policía; y e) el jefe o el gobernante tradicional. Es claro que el entrevistado responderá de acuerdo a lo que opina que probablemente sucederá en una situación similar. Pero, como señala el Sr. Davis, no existe ninguna garantía de que el entrevistado haya vivido personalmente esa situación o que esta haya ocurrido alguna vez.

630. El Proyecto de Justicia Mundial reveló los nombres de 7 peritos ecuatorianos que contribuyeron al informe.¹¹²⁴ Es casi la misma cantidad de peritos ecuatorianos en que se basó Merck en el presente arbitraje. Con todo, ninguno de los peritos en derecho de Ecuador presentados por Merck ha expresado su opinión respecto de la integridad y la imparcialidad de la judicatura de Ecuador.

631. En su réplica, Merck sugiere que las críticas de Ecuador al índice del Estado de Derecho del PJM “parecen ser una objeción general al uso de datos de encuestas antes que una objeción específica a la fiabilidad de la metodología o los resultados del PJM”.¹¹²⁵ Merck luego afirma que “la objeción de Ecuador pasa por alto el hecho de que las encuestas se emplean de manera regular para realizar estudios estadísticos similares a los realizados por el PJM”.¹¹²⁶ Ese argumento es errado. Ecuador no objeta que el índice del Estado de Derecho del PJM emplee encuestas. Antes bien, Ecuador cuestiona la fiabilidad del informe por el contenido de las preguntas y la información que obtiene. Como ya se señaló, el índice del Estado de Derecho del PJM no es fiable porque simplemente mide opiniones a diferencia de conductas concretas.

632. El Informe de Competitividad Mundial del Foro Económico Mundial y el índice de Percepción de la Corrupción de Transparency International están sujetos a los mismos fallos del índice del Estado de Derecho del PJM.

633. Las conclusiones del informe de Competitividad Mundial del Foro Económico Mundial se basan en una “Encuesta de Opinión de Ejecutivos” que supuestamente recoge las perspectivas de 134 ejecutivos ecuatorianos respecto de su ambiente de funcionamiento

¹¹²⁴ Proyecto de Justicia Mundial, Lista de peritos contribuyentes 2014, *disponible en* http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/final_experts_2014.pdf (última visita el 2 de febrero de 2015), (R-192).

¹¹²⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 685.

¹¹²⁶ Íd.

comercial.¹¹²⁷ En el Contramemorial de Ecuador, se argumentó que la Encuesta de Opinión de los Ejecutivos no es fiable pues no está claro si los ejecutivos encuestados tienen una experiencia directa con las cortes civiles de Ecuador. Merck disiente y supone que los 134 ejecutivos encuestados tienen experiencia en juicios en las cortes civiles de Ecuador porque “[m]uchas de las causas que se ventilan en las cortes civiles tienen que ver con litigios comerciales, y hay una importante cantidad de empresas que utilizan el sistema judicial en muchas ocasiones”.¹¹²⁸ Las afirmaciones de Merck son infundadas. También es posible alegar que los líderes empresarios rara vez resuelven litigios comerciales en las cortes tradicionales porque tienden más a utilizar mecanismos alternativos de resolución de controversias o conciliar los litigios extrajudicialmente. En todo caso, el informe de Competitividad Mundial no revela la identidad de esos ejecutivos ni de las empresas que representan. Por lo tanto, es imposible corroborar en qué se basan las opiniones de esos líderes de empresas.

634. Además, Ecuador no ha podido evaluar si la “Encuesta de Opinión de Ejecutivos” está diseñada para medir creencias o conductas concretas. Lamentablemente, solo se dispone públicamente de un ejemplo de una pregunta típica de la “Encuesta de Opinión de Ejecutivos”. La pregunta reza así: “En su país, ¿qué fuerza tiene la protección de la propiedad intelectual, incluidas las medidas contra la falsificación?” Las respuestas pueden variar entre “sumamente débil” o “sumamente fuerte”, en una escala de uno (1) hasta siete (7).¹¹²⁹ Si todas las preguntas de la “Encuesta de Opinión de Ejecutivos” están redactadas de esa manera, no hay duda de que el informe de Competitividad Mundial constituye una medición de opiniones. En todo caso, el título de la “Encuesta de Opinión de Ejecutivos” sugiere con fuerza que las conclusiones del informe de Competitividad Mundial se basan en opiniones.

635. En su réplica, Merck admite que el Índice de Percepciones de la Corrupción (IPC) de Transparency International se basan totalmente en las percepciones de corrupción.¹¹³⁰ De acuerdo con Transparency International, el IPC se basa exclusivamente en percepciones de la corrupción porque:

La corrupción, en general, comprende actividades ilegales que se ocultan deliberadamente y solo salen a la luz por escándalos, investigaciones o enjuiciamientos. No hay

¹¹²⁷ *Íd.*, ¶ 691.

¹¹²⁸ *Íd.*, ¶ 694.

¹¹²⁹ Foro Económico Mundial, “*Box 2: Example of a typical Survey question*” [Casillero 2: ejemplo de una pregunta típica de la encuesta], *disponible en* <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/box-2-example-of-a-typical-survey-question/> (última visita, el 13 de febrero de 2015), (R-198).

¹¹³⁰ Réplica de la Demandante, ¶ 700.

ninguna forma concreta de evaluar los niveles absolutos de corrupción en países o territorios sobre la base de datos empíricos fidedignos. Los posibles intentos de realizarlo, como comparar los sobornos reportados, la cantidad de enjuiciamientos o estudiar las causas judiciales directamente vinculadas con corrupción, no pueden tomarse como indicadores definitivos de los niveles de corrupción. Antes bien, demuestran la eficacia de los fiscales, las cortes o los medios en la tarea de investigar y desenmascarar la corrupción. *Recoger las percepciones de corrupción de las personas capaces de ofrecer evaluaciones de la corrupción en el sector público es el método más confiable de comparar los niveles relativos de corrupción en los diferentes países.*¹¹³¹

636. Merck se basa en esta explicación para sugerir que evaluar datos sobre percepciones es la única forma de medir los niveles de corrupción en un determinado país. Esto es erróneo. Merck pasa por alto el hecho de que Transparency International escogió este método para comparar “niveles relativos de corrupción en diferentes países” porque sería imposible, tanto económica como físicamente, evaluar datos empíricos fidedignos (por ejemplo, sobornos reportados, enjuiciamientos, o causas judiciales vinculadas con corrupción) en más de 150 países.

637. Merck además se basa en el informe de Human Rights Watch (“HRW”) que indica que “la corrupción, la ineficiencia y la influencia política han plagado a la judicatura de Ecuador durante años”.¹¹³² Como se expuso en el Contramemorial de Ecuador, HRW no ofrece sustento alguno para esa afirmación.¹¹³³ HRW tampoco explicó la metodología que aplicó para llegar a esa conclusión. Según Merck, el informe de HRW sí explica su metodología en el siguiente párrafo:

En noviembre de 2011, seis expertos observadores de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, México y España, presididos por el Juez español Baltasar Garzón, se reunieron para monitorear el proceso de reforma judicial [en Ecuador] y hacer recomendaciones. Los observadores reportaron en mayo de 2012 que era necesario reemplazar a 2903 jueces y funcionarios judiciales, de los cuales más de 1500 fueron removidos después de procedimientos disciplinarios, evaluaciones de mal desempeño, o jubilaciones forzadas. Muchos fueron reemplazados por personas designadas

¹¹³¹ Transparency International, “Corruption Perceptions Index 2012: Frequently Asked Questions” [Índice de las percepciones de corrupción 2012: preguntas frecuentes] *disponible en* http://www.transparency.org/cpi2012/in_detailRLA-110, pág. 3 (última visita 13 Febrero 2015), (RLA-110), (énfasis añadido).

¹¹³² Human Rights Watch, *World Report 2013: Events of 2012* (2013), pág. 229, (C-216).

¹¹³³ Contramemorial de Ecuador, ¶ 347.

provisionalmente sin la debida capacitación.¹¹³⁴

638. Merck se equivoca. Esa no es la metodología de HRW. Aquí, HRW presenta un informe del trabajo de una comisión independiente de expertos encargados de supervisar la reforma judicial de Ecuador en 2011. Expresado de manera simple, el informe de HRW no llegó a ninguna conclusión independiente. Por lo tanto, ese informe no tiene ningún valor probatorio.

639. En vez de mostrar un sistema plagado de corrupción e ineficiencia, las conclusiones de esa comisión independiente mencionada en el informe de HRW resaltan los diferentes esfuerzos institucionales por fortalecer la judicatura de Ecuador.

c. La Demandante se basa en los informes del Departamento de Estado de EE.UU., lo cual es desacertado y selectivo

640. Merck alega que el Departamento de Estado de EE.UU. ha concluido sistemáticamente en varios informes de país que "'la corrupción es un grave problema en Ecuador', que 'en la práctica, la judicatura [de Ecuador] fue susceptible de presiones externas y de corrupción' y que 'la corrupción es generalizada, y continuaron los problemas respecto a transparencia dentro del sector judicial, a pesar de los intentos de reformas procesales'".¹¹³⁵

641. Uno de los informes del Departamento de Estado de EE.UU. citados por Merck para sustentar esa afirmación es el Informe de País 2012 sobre Derechos Humanos.¹¹³⁶ Ese informe examina varios indicadores relacionados con la protección de los derechos humanos, como la libertad de expresión, el respeto por la integridad de la persona, el respeto por las libertades política y religiosa, y los derechos de los trabajadores.

642. Pero en vez de sustentar las insinuaciones de Merck, ese informe en realidad contradice totalmente el punto central de las acusaciones de Merck. Al analizar los derechos al debido proceso en las cortes de Ecuador, este informe inequívocamente describe las Cortes de lo Civil y los Tribunales Administrativos como "independientes e imparciales".¹¹³⁷ Esa afirmación fue reiterada en el Informe de País 2013 del Departamento de Estado de

¹¹³⁴ Human Rights Watch, *World Report 2013: Events of 2012* (2013) [Reporte Mundial 2013: Hechos de 2012], pág. 229 (C-216).

¹¹³⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 707.

¹¹³⁶ Departamento de Estado de EE.UU., *Country Report on Human Rights Practices: Ecuador 2012* [Informe de país sobre las prácticas de derechos humanos: Ecuador] (2012) (C-214).

¹¹³⁷ *Íd.*, pág. 10.

EE.UU.¹¹³⁸ No sorprende entonces que Merck no haya abordado la importancia de esa afirmación en su Réplica.

643. Está claro que Merck seleccionó cuidadosamente solo las afirmaciones del Informe de País 2012 que favorecían su posición. Así, no evaluó de manera crítica si esas afirmaciones tenían o no algún peso para las cortes intervinientes en el litigio *NIFA c. MSDIA*. Para que no queden dudas, la causa subyacente en este arbitraje se ventiló en las cortes civiles de Ecuador. Según el Departamento de Estado de EE.UU., las cortes civiles de Ecuador se consideran independientes e imparciales. Por lo tanto, los Informes de País sobre Derechos Humanos del Departamento de Estado de EE.UU. socavan la teoría de corrupción de Merck.

644. Merck también cita el informe sobre Clima de Inversión 2013 del Departamento de Estado de EE.UU., el cual sugiere que el sistema judicial de Ecuador es débil y susceptible a presiones externas.¹¹³⁹ Los informes sobre Clima de Inversión tienen el mismo valor probatorio que un tabloide sensacionalista: Están llenos de generalizaciones infundadas y, en el mejor de los casos, toman como verdadera información obtenida de fuentes poco fiables.

645. Tomemos, por ejemplo, la siguiente afirmación del informe sobre Clima de Inversión 2013: “Se reporta que son frecuentes los pagos ilícitos por favores oficiales y el robo de fondos públicos”.¹¹⁴⁰ Ecuador no puede responder a esa afirmación porque el informe sobre Clima de Inversión no brinda ninguna fuente ni autoridad que lo sustente. Peor aún, su conclusión de que la corrupción es extendida en Ecuador se deriva totalmente de los informes de Transparency International.¹¹⁴¹ Como ya se señaló, los informes de Transparency International son poco fiables.

d. Las declaraciones de funcionarios obtenidas de la prensa no prueban que la judicatura de Ecuador sea corrupta

646. Merck presentó varios artículos de prensa que contenían declaraciones de funcionarios ecuatorianos, el más notable de ellos el Presidente Correa, que supuestamente “describen los fallos de la judicatura de Ecuador”.¹¹⁴² Eso es una exageración: esas declaraciones no

¹¹³⁸ Departamento de Estado de EE.UU., *Country Report on Human Rights Practices: Ecuador 2013* (2013), pág. 10 (R-188).

¹¹³⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 710.

¹¹⁴⁰ Departamento de Estado de EE.UU., *2013 Investment Climate Statement: Ecuador* [Clima de inversión en Ecuador], (Febrero 2013), pág. 8 (C-217).

¹¹⁴¹ Íd.

¹¹⁴² Réplica de la Demandante, ¶ 716.

contienen nada descriptivo. La declaración del Presidente Correa, por ejemplo, de que Ecuador tiene “un sistema judicial totalmente ineficiente y corrupto que se está desmoronando”¹¹⁴³ está cargada de retórica política y no se puede utilizar como prueba de la corrupción sistémica judicial. Como se explicó en el Contramemorial de Ecuador, el Presidente Correa hizo esta y otras declaraciones para reunir apoyo popular para el referendo que apuntaba a reformar la judicatura de Ecuador.¹¹⁴⁴

647. Conforme al derecho internacional, los Estados no están obligados a crear sistemas judiciales perfectos. Antes bien, los Estados deben garantizar un sistema judicial diseñado para evitar o corregir errores graves.¹¹⁴⁵ La conducta de Ecuador, según lo reflejado en las diversas declaraciones de la prensa presentadas por Merck, ha sido concordante con esa obligación. Cuando el Presidente Correa declaró la “emergencia judicial” por recomendación del Consejo de la Judicatura Transitorio en septiembre de 2011, no actuó para erradicar la corrupción de la judicatura, sino para abordar fallos administrativos graves.¹¹⁴⁶

648. El hecho de que entre 2006 y 2009 más de un tercio de los jueces ecuatorianos fue sancionado por incorrección demuestra todavía más que los mecanismos de control de la judicatura son eficaces.¹¹⁴⁷ Es interesante señalar que ninguno de los jueces que intervinieron en el litigio *NIFA c. MSDIA* fue sancionado por incorrección en esa causa específica. Ello sugiere con fuerza que las insinuaciones de Merck sobre corrupción carecen de fundamento.

e. Extrapolar de informes generales que los procedimientos de *NIFA c. MSDIA* fueron corruptos no es más correcto que extrapolar de los informes generales sobre corrupción de la industria farmacéutica que Merck actuó corruptamente cuando funcionaba en Ecuador

649. Los académicos han señalado que los objetivos de la práctica médica y de las políticas farmacéuticas con frecuencia son socavados por la corrupción institucional en la industria farmacéutica.¹¹⁴⁸ El sector farmacéutico y de la atención médica es mencionado con

¹¹⁴³ *Íd.*, ¶ 720.

¹¹⁴⁴ Contramemorial de Ecuador, ¶ 354.

¹¹⁴⁵ *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. la República de Indonesia*, CNUDMI (Tratado de Inversión de la Organización de Cooperación Islámica), Laudo sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada a la Jurisdicción y Admisibilidad de las Reclamaciones (21 de junio de 2012) (Cremades, Hwang, Nariman), ¶ 620, (RLA-203).

¹¹⁴⁶ Contramemorial de Ecuador, ¶ 355.

¹¹⁴⁷ “La CJ reconoce deficiencias en la supervisión de juez,” *El Universo*, (22 de junio de 2009) (C-93).

¹¹⁴⁸ Si desea una perspectiva de las diferentes manifestaciones de corrupción en la industria farmacéutica, por favor, remítase a M. A. Rodwin, *Conflicts of Interest, Institutional Corruption, and Pharma: An Agenda for Reform* [Conflictos de intereses, corrupción institucional y la industria farmacéutica: programa de reforma], *JOURNAL OF LAW MEDICINE & ETHICS*, Vol. 40, No. 3 (Otoño 2012) (R-182).

frecuencia como sectores de alto riesgo de corrupción.¹¹⁴⁹ En una encuesta de la Organización Mundial de la Salud, se indica que aproximadamente un 10 a un 20 % de los gastos mundiales en compras públicas para atención médica se perdieron por corrupción.¹¹⁵⁰ Un comentarista académico observó que “la pesada mano de las grandes empresas farmacéuticas se siente en *todos los niveles del gobierno*”.¹¹⁵¹ La corrupción ocurre en el proceso legislativo, por lo que las empresas farmacéuticas son acusadas de cabildear para que se aprueben leyes que favorezcan sus propios intereses, en vez de los del público en general.¹¹⁵² La corrupción farmacéutica también se manifiesta en la fabricación, promoción y comercialización de fármacos con receta y dispositivos médicos expresada de manera más evidente.¹¹⁵³

650. En años recientes, la industria farmacéutica ha enfrentado un aluvión de juicios iniciados por fiscales federales y estatales de EE.UU., la Comisión Federal de Comercio de EE.UU., así como también por grupos de consumidores que presentaron acusaciones de múltiples delitos.¹¹⁵⁴ Actualmente, las conciliaciones extrajudiciales anuales de las empresas farmacéuticas con los gobiernos estatales y el gobierno federal de los EE.UU. muestran una clara tendencia ascendente.¹¹⁵⁵ Más importante aún es que la industria farmacéutica supera a todas las demás industrias en el monto total de pagos fraudulentos por demandas en contra del gobierno federal de EE.UU. en virtud de la Ley sobre Reclamaciones Falsas (*False Claims Act*).¹¹⁵⁶ De las 165 conciliaciones que totalizan USD 19.800 millones de penalizaciones desde 1990 hasta 2010, el 73 por ciento ocurrió durante un periodo de cinco años (2006-

¹¹⁴⁹ Transparency International, “Why Is Transparency International Researching Corruption in the Pharmaceuticals & Healthcare Sector?” [¿Por qué Transparency International investiga la corrupción en la industria farmacéutica y el sector de la atención médica?] *disponible en* <http://www.transparency.org.uk/our-work/pharmaceutical-corruption> (última visita el 11 de febrero de 2015), (R-199).

¹¹⁵⁰ Transparency International, “Why Is Transparency International Researching Corruption in the Pharmaceuticals & Healthcare Sector?” *disponible en* <http://www.transparency.org.uk/our-work/pharmaceutical-corruption> (última visita el 11 de febrero de 2015), (R-199) (*que cita Global Corruption Report*, Transparency International (2006)).

¹¹⁵¹ M. Angell, M.D., *THE TRUTH ABOUT THE DRUG COMPANIES: HOW THEY DECEIVE US AND WHAT TO DO ABOUT IT* [La verdad sobre las empresas de fármacos: cómo nos engañan y lo que hacen al respecto] (2004), pág. 193 (R-142) (cuando se analiza la industria farmacéutica de EE.UU.) (énfasis añadido).

¹¹⁵² M. A. Rodwin, *Introduction: Institutional Corruption and the Pharmaceutical Industry* [Introducción: corrupción institucional y la industria farmacéutica], *JOURNAL OF LAW MEDICINE & ETHICS*, Vol. 41, No. 3 (Otoño 2013), pág. 545, (R-187).

¹¹⁵³ B. Earle & A. Cava, *The Penumbra of the United States’ Foreign Corrupt Practices Act: Brazil’s Clean Companies Act And Implications for the Pharmaceutical Industry* [La penumbra de las prácticas corruptas extranjeras de Estados Unidos: la Ley sobre Empresas Limpias de Brasil y las implicaciones para la industria farmacéutica], 13 *RICH. J. GLOBAL L. & BUS.* 3 (Otoño 2014), pág. 448 (R-191).

¹¹⁵⁴ M. Angell, M.D., *THE TRUTH ABOUT THE DRUG COMPANIES: HOW THEY DECEIVE US AND WHAT TO DO ABOUT IT* [La verdad sobre las empresas de fármacos: cómo nos engañan y lo que hacen al respecto] (2004), pág. 218 (R-142) (cuando se analiza la industria farmacéutica de EE.UU.).

¹¹⁵⁵ S. Almashat, M.D., M.PÁG.H. et al., *Rapidly Increasing Criminal and Civil Monetary Penalties Against the Pharmaceutical Industry: 1991-2010* [Penalizaciones monetarias penales y civiles en aumento en contra de la industria farmacéutica: 1991-2010], *Public Citizen’s Health Research Group* [Grupo de investigación sobre salud de la organización Public Citizen], (16 de diciembre de 2010), págs. 9-19, (R-170).

¹¹⁵⁶ *Íd.*, pág. 2, (R-170).

2010).¹¹⁵⁷ En efecto, durante ese mismo periodo, en 2008, Merck fue sancionada con una multa de USD 650 millones debido a cobros excesivos a los programas de salud gubernamentales y por sobornos.¹¹⁵⁸

651. La corrupción farmacéutica sistemática es, desde luego, un problema mundial, aunque las conductas indebidas de las empresas farmacéuticas las exponen a ser procesadas por el gobierno y a enormes multas. Más recientemente, en septiembre de 2014, China penalizó a GlaxoSmithKline con una multa de casi USD 500 millones en una causa en la que se alegó que la empresa sobornaba a médicos, hospitales y funcionarios gubernamentales para que compraran y recetaran sus fármacos.¹¹⁵⁹ En 2012, Pfizer pagó USD 60.2 millones, y Eli Lilly & Co. pagó USD 29.4 millones para conciliar alegaciones de que había sobornado a funcionarios gubernamentales en China y otros países para que aprobaran y recetaran sus productos.¹¹⁶⁰ En vista de esas crisis, la industria farmacéutica mundial se ha visto forzada a volver más estricto su Código de Práctica, con la finalidad de reducir los sobornos y la corrupción generalizada, especialmente en los mercados internacionales emergentes.¹¹⁶¹

¹¹⁵⁷ *Íd.* (R-170).

¹¹⁵⁸ S. Almashat, M.D., M.PÁG.H. et al., *Rapidly Increasing Criminal and Civil Monetary Penalties Against the Pharmaceutical Industry: 1991-2010*, Public Citizen's Health Research Group (16 de diciembre de 2010), pág. 16 (R-170). Más recientemente, en 2012, GlaxoSmithKline aceptó declararse culpable y pagar USD 3000 millones para resolver alegaciones de fraude y por no haber reportado datos sobre seguridad. "GlaxoSmithKline to Plead Guilty and Pay \$3 Billion to Resolve Fraud Allegations and Failure to Report Safety Data" [GlaxoSmithKline se declarará culpable y pagará USD 3000 millones para resolver alegaciones de fraude y por no haber proporcionado un informe sobre datos de seguridad], Departamento de Justicia de EE.UU., Oficina de Asuntos Públicos (2 de julio de 2012), disponible en <http://www.justice.gov/opa/pr/glaxosmithkline-plead-guilty-and-pay-3-billion-resolve-fraud-allegations-and-failure-report> (última visita el 11 de febrero de 2015), (R-185). La empresa Pfizer también aceptó pagar USD 2300 millones para resolver la responsabilidad penal y civil resultante de la promoción ilegal de ciertos productos farmacéuticos. "Justice Department Announces Largest Healthcare Fraud Settlement in Its History: Pfizer To Pay \$2.3 Billion For Fraudulent Marketing", [El Departamento de Justicia anuncia la mayor transacción extrajudicial de su historia por fraude en la atención médica: Pfizer deberá pagar USD 2300 millones por comercialización fraudulenta], Departamento de Justicia de EE.UU., (2 de septiembre de 2009), disponible en <http://www.justice.gov/sites/default/files/usao-ma/legacy/2012/10/09/Pfizer%20-%20PR%20%28Final%29.pdf> (última visita el 11 de febrero de 2015), (R-159).

¹¹⁵⁹ K. Bradsher & C. Buckley, "China Fines GlaxoSmithKline Nearly \$500 Million in Bribery Case" [China impone a GlaxoSmithKline una multa de casi USD 500 millones por una causa de soborno], *New York Times* (Hong Kong, 19 de septiembre de 2014), disponible en http://www.nytimes.com/2014/09/20/business/international/gsk-china-fines.html?_r=0 (última visita el 11 de febrero de 2015), (R-193); E. Kelton, "Is Big Pharma Addicted to Fraud?" [¿Tiene la industria farmacéutica una adicción a los sobornos?], *Forbes* (29 de julio de 2013), disponible en <http://www.forbes.com/sites/erikakelton/2013/07/29/is-big-pharma-addicted-to-fraud/> (última visita el 11 de febrero de 2015), (R-189).

¹¹⁶⁰ E. Kelton, "Is Big Pharma Addicted to Fraud?," *Forbes* (29 de julio de 2013), disponible en <http://www.forbes.com/sites/erikakelton/2013/07/29/is-big-pharma-addicted-to-fraud/> (última visita el 11 de febrero de 2015), (R-189).

¹¹⁶¹ "Global drug industry tightens anti-Corruption code" [La industria farmacéutica mundial vuelve más estricto el código de lucha contra la corrupción], *Reuters* (1 de marzo de 2012), disponible en <http://www.reuters.com/Artículo/2012/03/01/us-pharmaceuticals-corruption-idUSTRE8200E020120301> (última visita el 11 de febrero de 2015), (R-183).

652. En suma, la industria farmacéutica es bien conocida por su conducta corrupta. ¿Significa eso que la tendencia generalizada de la industria puede servir para desacreditar las actividades de Merck en Ecuador? Claro que no. Los informes generales no son más pertinentes para desacreditar a Merck que las “pruebas” de Merck para desacreditar a los paneles judiciales de Ecuador que han conocido el litigio de *NIFA c. MSDIA*. Exactamente de la misma manera, las “pruebas” circunstanciales que Merck emplea con respecto a que la judicatura de Ecuador es corrupta son totalmente intrascendentes en este caso.

3. Conclusión

653. Para concluir, Merck no ha ofrecido pruebas verosímiles de que las sentencias de las cortes inferiores hayan sido producto de corrupción. De manera similar, los informes de ONG y artículos de prensa que cita no ofrecen pruebas verosímiles de que exista corrupción sistémica en la judicatura de Ecuador. De hecho, Merck ha recurrido con frecuencia a las cortes de Ecuador y lo ha hecho con éxito, lo cual socava completamente sus afirmaciones de corrupción sistémica.

VI. MERCK NO TIENE DERECHO A LA REPARACIÓN QUE RECLAMA

654. Como asunto de derecho, los daños y perjuicios por denegación de justicia no pueden ocurrir hasta que los procedimientos de resolución nacionales no hayan llegado a su fin.¹¹⁶² Si un proceso de resolución no respeta los derechos procesales fundamentales de un nacional extranjero, el daño ocurre únicamente cuando “los derechos sustantivos que se pretendió reivindicar en ese proceso *finalmente se deniegan*”.¹¹⁶³ Así pues, la decisión de una corte de primera instancia no puede generar una conducta que fundamente una responsabilidad delictiva respecto de un nacional extranjero en el derecho internacional.¹¹⁶⁴

655. En suma, no puede existir daño hasta que el proceso de resolución judicial haya llegado a su fin. En la causa presente, Merck se ha negado a agotar los recursos locales. Cualquier análisis de daños y perjuicios reclamados de Merck es, por lo tanto, simplemente redundante; por ley, no puede haber ocurrido ningún daño.

656. Incluso si el Tribunal determinara que existe responsabilidad, Merck de todas formas no tiene derecho a los daños y perjuicios que reclama. Las sumas infladas que Merck reclama están concebidas erróneamente fáctica y jurídicamente, y siguen sin comprobarse.

657. Para resumir, en su Réplica, Merck reclamó USD 1.57 millones de devolución, que es la suma pagada a NIFA respecto de la decisión de la CNJ de septiembre de 2012.¹¹⁶⁵ En su Réplica Complementaria, Merck reclamó una suma adicional de USD 7.723.471,81 con respecto a la decisión de la CNJ de noviembre de 2014.¹¹⁶⁶ Merck además reclama *todos* los

¹¹⁶² A título de antecedente, los daños y perjuicios son un elemento constitutivo de la responsabilidad delictual frente a los nacionales extranjeros. No existe diferencia en ese sentido entre el derecho internacional general y el régimen especial de los tratados de inversión. Z. Douglas, *International Responsibility of Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed* [Responsabilidad internacional de la resolución judicial interna: deconstrucción de la denegación de justicia], 63(4) ICLQ 867 (octubre de 2014) (“Douglas”), pág. 893 (RLA-189). Ver también *Merrill & Ring Forestry L.P. c. el Gobierno de Canadá*, CNUDMI, (TLCAN), Laudo (31 de marzo de 2010) (Orrego Vicuña, Dam, Rowley), ¶ 245 (RLA-178); *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Causa CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004), (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez) (“*Waste Management, Inc. (2004)*”), ¶ 98 (RLA-63) (“Si se toman en conjunto, las causas *S.D. Myers, Mondev, ADF y Loewen* sugieren que el estándar mínimo de trato respecto del trato justo y equitativo se infringe mediante una conducta atribuible al Estado y *perjudicial al demandante* si la conducta es arbitraria [...]”) (énfasis añadido).

¹¹⁶³ Douglas, pág. 894 (RLA-189), (énfasis añadido).

¹¹⁶⁴ Íd.

¹¹⁶⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 411.

¹¹⁶⁶ Réplica Complementaria de la Demandante, ¶ 101(c).

honorarios y costos de abogados incurridos durante el litigio de *NIFA c. MSDIA*, el cual continúa hasta la fecha.¹¹⁶⁷ Esos honorarios y costos legales llegaron a un total de USD 6.565.768,66, a la fecha de la Réplica de Merck.¹¹⁶⁸ La Réplica Complementaria de Merck no actualizó esa cifra, y en cambio se reservó el derecho de hacerlo en la Audiencia.¹¹⁶⁹ En su Memorial, Merck alegó que sufrió “daños y perjuicios morales” por el litigio de *NIFA c. MSDIA*; sin embargo, en su Réplica, Merck guardó silencio.¹¹⁷⁰ Sin ninguna explicación en absoluto, la Réplica de Merck introduce una petición de autos preventivos que ordenen a Ecuador impedir la ejecución de cualquier sentencia “futura” en contra de esta¹¹⁷¹ e indemnizar a Merck en contra de daños y perjuicios “futuros”, incluido el lucro cesante, así como también el pago de sus costas legales para resistir la ejecución de cualquier sentencia “futura” que se pronuncie en contra de ella.¹¹⁷²

658. Para facilidad del Tribunal, en la tabla que sigue se resumen los principales rubros reclamados por Merck

Tabla: Principales reclamaciones de Merck por daños y perjuicios

Reparación restitutiva	Honorarios del litigio ecuatoriano del abogado del arbitraje internacional de Merck	Honorarios del litigio ecuatoriano del abogado ecuatoriano de Merck	Daños y perjuicios morales	Medidas preventivas
USD 1.570.000 USD 7.723.471,81	USD 4.775.340,11 (Feb. 2008- oct. 2011)	USD 1.790.428,55 (Julio 2005 – presente)	No se cuantificó	Para evitar la ejecución de cualquier sentencia futura y para indemnizar

659. Ahora, después de dos rondas de alegatos y una Réplica Complementaria, Merck todavía no ha probado los daños y perjuicios presentados más arriba, (y en el caso de los daños y perjuicios morales reclamados, ni siquiera los ha cuantificado). En efecto, Merck se negó a presentar las pruebas documentales subyacentes de los honorarios de sus abogados del arbitraje internacional y su abogado ecuatoriano. En cambio, Merck simplemente presentó la primera página de sus facturas de gastos legales, y omitió por completo la explicación. Ello a

¹¹⁶⁷ Memorial de la Demandante, ¶¶ 412-413.

¹¹⁶⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 786.

¹¹⁶⁹ Réplica Complementaria de la Demandante, ¶ 101, nota 95 al pie, (que expone: “Esta cifra fue cuantificada al 26 de junio de 2014. MSDIA se reserva su derecho de actualizar esta cifra en el momento de la audiencia sobre el fondo para los efectos del Laudo Final del Tribunal”).

¹¹⁷⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 414.

¹¹⁷¹ Réplica de la Demandante, ¶ 792(d); Réplica Complementaria de la Demandante, ¶ 101(e).

¹¹⁷² Réplica de la Demandante, ¶ 792(e)(f); Réplica Complementaria de la Demandante, ¶ 101(f)(g).

pesar de que Merck *utilizó afirmativamente* el contenido de esos documentos para sus reclamaciones de daños y perjuicios. Con ello, Merck se protegió efectivamente de cualquier refutación al nexo causal entre los daños y perjuicios reclamados y los presuntos incumplimientos del tratado. Eso no concuerda con el hecho de que Merck tiene la obligación de demostrar la pérdida que alega.

660. Los párrafos que siguen abordarán las implicaciones jurídicas y fácticas de que Merck no pruebe debidamente sus pérdidas. Se demostrará que, debido a los escasos documentos proporcionados, Ecuador no puede defenderse de las reclamaciones de daños y perjuicios de la Demandante. En efecto, la postura de Merck respecto de las pruebas en el presente arbitraje viola los principios básicos del derecho y la práctica internacional. Finalmente, y sin detrimento de lo anterior, las reclamaciones de daños y perjuicios de Merck van más allá del estándar jurídico de la causa *Fábrica de Chorzów*.

A. Merck se negó a proporcionar las pruebas documentales necesarias

661. En su Memorial, Merck afirmó que “tenía derecho a recuperar los honorarios y costos legales incurridos en conexión con su defensa en los procedimientos *NIFA c. MSDIA* en los tribunales de Ecuador”.¹¹⁷³ Sin brindar ninguna documentación de justificación, Merck calculó que esos honorarios y costos (en esa época) eran “aproximadamente USD 6.000.000”.¹¹⁷⁴ Merck unilateralmente declaró que presentaría “una cuantificación específica de sus honorarios y costos, incluido el respaldo de documentos, *en una etapa posterior* de estos procedimientos”.¹¹⁷⁵ En su Contramemorial, Ecuador objetó debidamente que Merck no cumpliera con su carga de la prueba ni cumpliera con la anterior Orden de Procedimiento del Tribunal.¹¹⁷⁶

662. Merck no aprovechó la oportunidad programada para presentar pruebas de los daños y perjuicios que alega, y dicha oportunidad pasó con su Memorial. No existe ningún régimen procesal en el cual una parte pueda atribuirse el derecho de decidir cuándo probará sus argumentos, haciendo caso omiso del cronograma determinado por el tribunal o la corte que preside en la causa. Merck no puede solucionar esa omisión con su oferta tardía en su Réplica.

¹¹⁷³ Memorial de la Demandante, ¶ 412; Réplica de la Demandante, ¶ 783. En su Notificación de Arbitraje, Merck originalmente buscó solamente sus “costos legales *para resistir la ejecución de* la Sentencia de la causa *NIFA* dentro y fuera de Ecuador”. Ver la Notificación de Arbitraje (29 de noviembre de 2011), ¶ 160(d) (énfasis añadido).

¹¹⁷⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 413.

¹¹⁷⁵ *Íd.* (énfasis añadido).

¹¹⁷⁶ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 516-521.

Pero aunque Merck no hubiese renunciado a su oportunidad de probar sus daños y perjuicios, la Réplica no la salvaría. En vez de presentar los documentos para justificar sus afirmaciones, y en un gesto casi de irritación de que Ecuador le haya refutado públicamente su falta de prueba, Merck se ha dignado a presentar solo la primera página de cada factura de un grupo de facturas (presumiblemente detalladas) de su abogado en el arbitraje internacional, WilmerHale, y de su abogado en Ecuador, Quevedo & Ponce.¹¹⁷⁷ De esa forma, la primera página de cada factura de WilmerHale simplemente contiene lo siguiente: “POR SERVICIOS LEGALES PRESTADOS desde [fecha] en conexión con la causa en Ecuador, *como se detalla en el adjunto*”.¹¹⁷⁸ Sin embargo, la información “adjunta” que es sumamente importante fue totalmente eliminada. Para facilidad de consulta del Tribunal, a continuación se reproduce una factura típica de WilmerHale. Todas las facturas de WilmerHale siguen ese formato.



P.O. Box 7241-8760
Philadelphia, PA 19170-8760
Wilmerhale.com
FEDERAL TAX ID No. 04-1409810
BILLING INQUIRIES 866-736-5835
BILLING FAX No. 202-247-4722

Mary E. Bartkus
Abogada de Pleitos Int. de defensa de la competencia y complejos
Merck & Co., Inc.
One Merck Drive, P.O. Box 100
Mail Stop: WS-3B60
Whitehouse Station, NJ 08889

Fecha de la factura	12/03/08
Factura No.	1929253
Causa No.	1519700-00127

POR SERVICIOS JURÍDICOS PRESTADOS hasta el 31 de enero de 2008
Con relación a la causa en Ecuador, como se detalla en el adjunto.

Total de servicios jurídicos	USD 262.393,00
Total de desembolsos	USD 8.996,00
Monto total pagadero	USD 271.389,00

663. Como demuestra el ejemplo anterior, la factura no contiene ningún detalle explicativo. De hecho, toda la información posterior fue eliminada.¹¹⁷⁹

664. Por ende, es imposible entender los montos cobrados por WilmerHale. A continuación, también se reproduce una factura típica de Quevedo & Ponce (nuevamente, sin ninguna explicación subyacente). Todas las facturas siguen ese formato básico.

¹¹⁷⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 786-791.

¹¹⁷⁸ Factura de WilmerHale en el pleito *NIFA c. MSDIA*, enero de 2008 a octubre de 2011 (24 de octubre de 2011) (C-270), (énfasis añadido).

¹¹⁷⁹ *Íd.*

QUEVEDO & PONCE
R.U.C. 1791861663001
ESTUDIO JURÍDICO
EDIFICIO TORRE 1492 – PISO 16
AV. 12 DE OCTUBRE N26-97 Y LINCOLN
QUITO - ECUADOR

FACTURA NO. 001-001-0009908

FECHA: 07/05/05

A: Sres. MERCK & CO. INC.,
Whitehouse – EE.UU.

RE: Servicios profesionales
NIFA c. Merck

APM mbp X9908

Honorarios

Honorarios por servicios profesionales prestados durante mayo 2005:
Censurado – Confidencial

USD 70.-
USD 140.-
USD 210.-
USD 280.-

Total de honorarios:

USD 700.- (3554 manuscrito)

IVA:

USD 0.-

Gastos:

Total de gastos:

Censurado – no reclamado

TOTAL

665. La primera página de una factura típica de Quevedo & Ponce simplemente indica lo siguiente: “Servicios profesionales” según el detalle adjunto.¹¹⁸⁰ Las páginas que siguen – que presumiblemente contienen la información subyacente – fueron eliminadas.¹¹⁸¹

666. Las únicas otras “pruebas” que Merck presenta son dos tablas que detallan los honorarios y costos de WilmerHale y de Quevedo & Ponce.¹¹⁸² En esencia, esas tablas no son más que una afirmación. De hecho, su contenido concretamente se aparta de las primeras páginas de las facturas subyacentes. Por ejemplo, la tabla de WilmerHale contiene dos columnas, cada una con montos diferentes. Una columna tiene la etiqueta “Total de la Factura” y la otra “Total Reclamado”. Reconociendo esa discrepancia, Merck alega que revisó las “facturas *detalladas*” de WilmerHale de ese periodo y “*excluyó* las sumas no relacionadas con el litigio de Ecuador”.¹¹⁸³ Sin embargo, es imposible que un tercero sepa si los totales reclamados de WilmerHale *están en realidad* asociados con el litigio ecuatoriano.

¹¹⁸⁰ Facturas de Quevedo & Ponce en el pleito *NIFA c. MSDIA*, julio 2005 hasta el presente (26 de mayo de 2014), (C-271), (énfasis añadido).

¹¹⁸¹ Las facturas contienen textos que dicen “Censurado – notas manuscritas”, y “Censurado - confidencial”. *Íd.*

¹¹⁸² Réplica de la Demandante, págs. 185-186, Tablas 1-2.

¹¹⁸³ *Íd.*, ¶ 789, (énfasis añadido).

667. Y la confusión no se termina allí: la tabla de daños y perjuicios que resume las facturas de Quevedo & Ponce incluye desembolsos. Por otra parte, los desembolsos *no están incluidos* en los cálculos de la tabla de WilmerHale. En la práctica, es imposible que Ecuador – o en realidad cualquier otra persona aparte de Merck—desglose y analice las reclamaciones de Merck por daños y perjuicios por USD 6.565.768,66.¹¹⁸⁴

668. Reconociendo la debilidad de su posición, Merck alegó que entre febrero de 2008 y septiembre de 2011, los esfuerzos de WilmerHale “en conexión con la causa” se centraron principalmente en el litigio ecuatoriano.¹¹⁸⁵ Merck alegó que excluyó todas las sumas no asociadas con los procedimientos *NIFA c. MSDIA*. Merck afirmó que redujo las sumas reclamadas respecto de los honorarios de WilmerHale en un 3 % después de eliminar los honorarios no relacionados con el litigio ecuatoriano. Merck además afirmó que, durante unos cuantos meses, recibió un 3 % de descuento por “pago anticipado” sobre los honorarios de WilmerHale (pero no sobre los costos).¹¹⁸⁶ Una vez más, sin tener acceso a los datos subyacentes, no se puede verificar la afirmación de Merck.

669. Por lo tanto, se deniega a Ecuador la oportunidad de revisar, verificar e impugnar los cálculos de la Demandante. Esta deficiencia hace necesario que se desestimen los daños y perjuicios no probados.

B. Por consiguiente, Merck no ha cumplido con la carga de la prueba

670. Es máxima del derecho internacional que “quien afirma algo, debe probarlo” (*onus probandi actori incumbit*).¹¹⁸⁷ El principio está bien asentado en la jurisprudencia de tratados

¹¹⁸⁴ Los honorarios legales del abogado del arbitraje internacional de Merck, WilmerHale, son USD 4.775.340,11 y corresponden al periodo febrero 2008 hasta septiembre 2011. Réplica de la Demandante, pág. 186, Tabla 2; pleito *NIFA c. MSDIA*, enero 2008 - octubre 2011 (24 de octubre de 2011), (C-270). Los honorarios legales del abogado ecuatoriano de Merck, Quevedo & Ponce, son USD 1.790.428,55 y corresponden al periodo julio 2005 hasta el presente. Facturas de Quevedo & Ponce en el pleito *NIFA c. MSDIA*, julio 2005 hasta el presente, (C-271); Réplica de la Demandante, pág. 185, Tabla 1.

¹¹⁸⁵ Réplica de la Demandante, ¶¶ 788-789.

¹¹⁸⁶ *Íd.*, ¶ 789, nota 958 al pie.

¹¹⁸⁷ B. Cheng, *GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS* [Principios Generales de Derecho aplicados por las cortes y tribunales internacionales] (2006) (“Cheng”), pág. 327 (RLA-163) (en donde se expresa que “las decisiones judiciales internacionales no son deficientes cuando expresamente sostienen que existe un principio general de derecho que coloca la carga de la prueba en el demandante y que ese principio es aplicable a los procedimientos judiciales internacionales”); *íd.*, pág. 329 (que expresa que “una parte que tiene la carga de la prueba no solo debe aportar pruebas para sustentar sus alegaciones, sino también debe convencer al Tribunal de la verdad que sostiene, si no quiere que sean desestimadas por falta de pruebas o pruebas insuficientes”). Este principio de que una parte debe probar la alegación que presenta está aceptado tanto en la tradición del Derecho Común como en la del Derecho Civil. Y. Derains, *Towards Greater Efficiency in Document Production Before Arbitral Tribunals: A Continental Viewpoint* [Hacia una mayor eficiencia en la presentación de documentos ante los tribunales arbitrales: la

de inversión.¹¹⁸⁸ Por ello, la demandante lleva la carga de probar los hechos y el monto de sus pérdidas. El demandante también lleva la carga de probar el nexo causal entre la conducta del demandado y las pérdidas que alega.¹¹⁸⁹ Cualquier presunto acto ilícito debe ser la condición fáctica para que ocurra la pérdida del demandante (*conditio sine qua non*).¹¹⁹⁰

671. En virtud de esa prueba jurídica de causalidad, la conducta ilícita debe ser la causa directa del perjuicio o el daño; ello significa que el daño no puede ser muy remoto o intrascendente.¹¹⁹¹ Dicho en términos simples, debe existir un *vínculo* o *nexo suficiente* entre el acto ilícito y el daño antes de que surja la obligación de reparar, y la parte demandante es la que debe demostrarlo. El tribunal en *Rompetrol c. Romania* resumió correctamente la carga de la prueba respecto de las reclamaciones de daños y perjuicios:

“En la medida [...] en que un demandante escoge plantear su reclamación [...] en términos de daños y perjuicios monetarios, en tal caso, como cuestión de principio básico, el demandante debe *probar* [...] su cuantificación en términos monetarios y *el* vínculo causal necesario entre la pérdida o el daño y el incumplimiento del tratado”.¹¹⁹²

672. Las reglas básicas de las pruebas no son optativas. Si no se prueba un hecho, la corte o el tribunal no puede tomarlo en cuenta.¹¹⁹³ Como señaló un comentarista notable, no corresponde a la parte contraria demostrar el argumento de la otra parte.¹¹⁹⁴ El Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., por ejemplo, enfatizó que un demandante debe "presentar pruebas fácticas de las pérdidas" que sufrió a fin de cumplir con la carga jurídica de la prueba.

perspectiva del Continente], ICC INT'L CT. ARB. BULL., Suplemento Especial 2006 (2006) (“Derains”), pág. 86 (RLA-164). También está aceptado en las reglas procesales que rigen este arbitraje, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de 1976. El Artículo 24(1) de las Reglas de la CNUDMI dispone, en su totalidad: “Cada parte tendrá la obligación de probar los hechos en que se basa para sustentar su reclamación o su defensa”.

¹¹⁸⁸ Ver por ejemplo, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de Paraguay*, Causa CIADI No. ARB/07/29, Laudo (10 de febrero de 2012) (Alexandrov, Donovan, García Mexía) (RLA-183).

¹¹⁸⁹ S. Ripinsky & K. Williams, *DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* [Los daños y perjuicios en el derecho de las inversiones internacionales] (2008), (“Ripinsky & Williams”), págs. 161-162, (RLA-168).

¹¹⁹⁰ Cheng, pág. 244 (RLA-163) (en donde se señala que, para que una pérdida se considere consecuencia de un acto a los efectos de la reparación, “o bien la pérdida debe ser la consecuencia inmediata del acto que motiva la queja, o el acto tiene que ser la causa inmediata de la pérdida”).

¹¹⁹¹ Comisión de Derecho Internacional, *Borrador de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionalmente* (2001) (“Comisión de Derecho Internacional, *Borrador de los Artículos*”), Art. 31,   10 (CLM-330) (“En principio, la asignación de perjuicio a un acto ilícito es un proceso jurídico y no solamente histórico o causal”.); ver Ripinsky & Williams, pág. 162 (RLA-168) (*en donde se cita a* AM Honoré, *Causation and Remoteness of Damage* [Causalidad y lejanía de los daños y perjuicios] en *INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW* (A. Tunc, ed., 1983)).

¹¹⁹² *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Causa CIADI No. ARB/06/3, Laudo (6 de mayo de 2013) (Berman, Donovan, Lalonde) (“*Rompetrol*”),   190 (RLA-121), ( nfasis añadido).

¹¹⁹³ Esto proviene de la máxima del latín *idem est non probari non esse* (“lo que no se prueba no existe / no es verdad”). Ripinsky & Williams, pág. 162, nota 198 al pie de página.

¹¹⁹⁴ Derains, pág. 87 (RLA-164).

Específicamente, se hizo hincapié en la importancia de presentar pruebas primarias, como registros de facturación y facturas, cuando se reclaman daños y perjuicios monetarios.¹¹⁹⁵

673. En el presente arbitraje, la postura de Merck respecto de las pruebas viola esos principios, muy elementales, del derecho y de la práctica internacional. Es decir, Merck tenía la capacidad de probar sus presuntas pérdidas (y cuantificarlas). Merck pudo haber presentado fácilmente el juego completo de facturas en que se sustentó con tanto ahínco. En cambio, Merck basó sus daños y perjuicios predominantemente en una afirmación legal, y se negó a cumplir con su carga de la prueba.¹¹⁹⁶ Por lo tanto, nadie puede analizar o verificar de manera independiente las sumas que ahora reclama Merck. Además, Merck estaba obligada a probar –repetimos, con pruebas documentales— cómo se incurrieron los honorarios y costos legales enormes que alega (y continúa alegando) que se incurrieron debido a la presunta denegación de justicia. Merck solo dio una pequeñísima cantidad de información (la primera página de las facturas) y, por lo tanto, no demostró de qué forma esa “pérdida”, que asciende a USD 6.565.768 (y va en aumento), estuvo conectada causalmente con los presuntos incumplimientos del TBI.¹¹⁹⁷

¹¹⁹⁵ *La República Islámica de Irán c. los Estados Unidos de América*, Causas No. A15 (IV) y No. A24-FT, Laudo No. 590-A15(IV)/A24-FT (28 de diciembre de 1998), ¶ 102, (RLA-154) (en donde se resolvió que correspondía a Irán “presentar pruebas fácticas de las pérdidas que sufrió [...]”); *la República Islámica de Irán c. los Estados Unidos de América*, Causas No. A15 (IV) y No. A24-FT, Laudo No. 602-A15(IV)/A24-FT, Opinión Coincidente y Discrepante del Juez Charles N. Brower (2 de julio de 2014), ¶¶ 3-5, (RLA-197) (en donde opina que las reclamaciones de la demandante de pérdidas monetarias deberían desestimarse porque la demandante “no presentó registros” que sustenten ciertos gastos; y además opina que la equidad no tiene ninguna función en cuanto a cambiar la carga de la prueba). Las peticiones de costos del pleito deben igualmente justificarse con documentación. *Blount Brothers Corp. c. la República Islámica de Irán*, Causa No. 53, Laudo No. 216- 53-1 (6 de marzo de 1986), *reimpreso en Informe 10 del Trib. de Reclamaciones Irán-EE.UU.*, 95, pág. 102 (RLA-143) (en donde se desestima la petición de Irán de costos y honorarios de abogado porque la petición “no fue corroborada con documentación”).

¹¹⁹⁶ El Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU. encontró una situación similar en la causa *Avco*. En dicha causa, ciertas reclamaciones de Avco se basaron en una gran cantidad de facturas que no se presentaron ante el tribunal. Este resolvió que no podía otorgar una reclamación que se basaba en facturas resumidas, aunque no se dudaba de que las facturas en sí existieran. *Avco Corporation c. Industrias Aeronáuticas de Irán*, Causa No. 261, Laudo No. 377-261-3 (18 de julio de 1988), *reimpreso en Informe 19 del Trib. de Reclamaciones Irán-EE.UU.*, 200, pág. 214, (RLA-147). Cuando la Corte de Apelaciones de EE.UU. para el Segundo Circuito se negó a ejecutar el Laudo, Irán entabló una reclamación de continuación ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU. El segundo tribunal confirmó el primer laudo, y resolvió que las reclamaciones de Avco por facturas habían sido denegadas correctamente debido a “falta de pruebas” de que las facturas fueran pagaderas. El tribunal procedió a afirmar que incluso la presentación de las facturas en sí no habría podido corregir el “defecto general de las pruebas”. *La República Islámica de Irán c. los Estados Unidos de América*, Causa No. A27, Laudo No. 586-A27-FT (5 de junio de 1998), *reimpreso en Informes del Trib. de Reclamaciones Irán-EE.UU.* 39, ¶ 66 (RLA-153).

¹¹⁹⁷ En *GAMI c. México*, el tribunal, presidido por el perito de la Demandante Prof. Paulsson, declaró que la demandante no había intentado cuantificar el perjuicio alegado resultante de los presuntos actos y omisiones específicos (aunque había existido una expropiación en virtud del TLCAN). En ese caso, el tribunal observó que no podía existir ningún análisis verosímil de causa y efecto que pudiera colocar la totalidad de las decepciones de la demandante, como inversionista, a los pies del gobierno de México. En suma, no fue posible probar que los actos de México fueran directamente causantes del perjuicio de la demandante. *GAMI Investments, Inc. c. el*

674. Esto es todavía más llamativo con respecto a los honorarios alegados para el abogado del arbitraje de Merck, WilmerHale. No se ofrece ninguna explicación respecto de por qué se debieron incurrir honorarios para un abogado de EE.UU. en un pleito local, siendo que esos honorarios son a una tarifa de más del doble de lo que cobra el abogado local de Merck. Cuesta mucho creer que los servicios de WilmerHale no hayan estado dirigidos a preparar el presente arbitraje, y que el verdadero objeto fue en realidad dar asesoramiento sobre cómo guiar al litigante, no con miras a los procedimientos en las cortes de Ecuador, sino a fabricar “hechos” que podrían utilizarse para reivindicar una reclamación por denegación de justicia conforme al Tratado. En vista de la falta de pruebas de que esos honorarios se incurrieron antes del propio pleito, no se puede alegar que existió causalidad.

675. Las repercusiones de la postura de Merck son importantes. Sin acceso a la información oculta en las facturas (o en alguna otra parte), Ecuador no puede defenderse en el presente arbitraje.¹¹⁹⁸ Los daños y perjuicios de Merck no parecen haber sido cuantificados de manera independiente por ningún perito en el tema, y Ecuador no puede instruir a su propio perito.

676. En su Memorial, Merck explicó el hecho de que no presentó pruebas por “las sensibilidades asociadas con los registros contables”.¹¹⁹⁹ En su Réplica, en una simple nota a pie de página, Merck alegó que la descripción de soporte del trabajo realizado (y previamente adjunto a todas las facturas) era “legalmente confidencial”.¹²⁰⁰ Merck dijo que esa información reflejaba la “estrategia del litigio” y era confidencial.¹²⁰¹

677. El argumento de Merck es defectuoso: no existe ningún impedimento legal; y Merck no puede sugerir que exista uno fáctico. Al clasificar los honorarios y los costos del arbitraje

Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, CNUDMI (TLCAN), Laudo Final (15 de noviembre de 2004) (Paulsson, Reisman, Lacarte Muró), ¶¶ 83-85, 100-104, (RLA-160).

¹¹⁹⁸ El derecho que tiene una parte a defenderse está plasmado en el Artículo 15(1) de las Reglas de la CNUDMI, el cual dispone: “Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

¹¹⁹⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 413.

¹²⁰⁰ Merck escribió: “La *descripción de sustento* del trabajo realizado que se adjunta a estas facturas es *legalmente confidencial*” y refleja la estrategia confidencial de MSDIA para llevar adelante el pleito. *Ese detalle no se incluyó en las facturas de página inicial* que se incluyeron en los Anexos C-270 y C-271. Además, partes de las facturas de Quevedo & Ponce contenían notas manuscritas que son confidenciales y/o no guardan relación con el monto de honorarios reclamados y fueron censuradas”. Réplica de la Demandante, ¶ 791, nota 960 al pie de página, (énfasis añadido).

¹²⁰¹ *Íd.*

como *daños y perjuicios* – no costos (lo cual la propia Merck admite¹²⁰²) – Merck renunció implícitamente a la confidencialidad de la información de las facturas. De hecho, Merck no *mencionó* simplemente las facturas en sus alegatos; Merck *utilizó afirmativamente* las facturas como parte de su reclamación. Más aún, esas facturas son la *única prueba* de los daños y perjuicios alegados de Merck. Es injusto que Ecuador no pueda ver esa información para defenderse, mucho menos empezar a cuantificar su posible exposición.

678. Por las razones antes citadas, el Tribunal debe proceder a desestimar las reclamaciones de Merck.¹²⁰³ Alternativamente, el Tribunal debe sacar las debidas deducciones adversas del hecho de que Merck no haya presentado las pruebas que sustentan sus reclamaciones de una suma enorme de daños y perjuicios.¹²⁰⁴

C. En todo caso, la mayoría de los daños y perjuicios que Merck reclama no son recuperables

679. Suponiendo, a título de hipótesis, que las cortes de Ecuador hubieran denegado la justicia a Merck, la tarea de este Tribunal sería restablecer la situación a la que predominaba con anterioridad. Como pronunció la CIJ en *Fábrica de Chorzów*, la corte o el tribunal deben “restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si no se hubiera cometido el hecho”.¹²⁰⁵ Ello conlleva, entre otras cosas, según la famosa frase de Bin Cheng, que “el deber de realizar la reparación se extienda únicamente a los daños y perjuicios que según la ley se consideran *consecuencia* del acto ilícito”.¹²⁰⁶ Dicho de otro modo, como solamente se

¹²⁰² *Íd.*, ¶ 786, nota 954 al pie (en donde dice: “Los honorarios y costos incurridos por MSDIA en conexión con el presente arbitraje *no están incluidos en el monto reclamado como daños y perjuicios*”). (énfasis añadido).

¹²⁰³ Ver A. Carlevaris, *Preliminary Matters: Objections, Bi-furcation, Request for Provisional Measures* [Asuntos preliminares: objeciones, bifurcación, petición de medidas provisionales] en LITIGATING INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES: A PRACTITIONER’S GUIDE [Guía del profesional para procesos sobre controversias internacionales de inversión] (2014), pág. 195 (RLA-191) (en donde se expresa que los árbitros tienen facultades amplias para organizar los procedimientos como consideren adecuado, entre ellas la facultad de disponer de las reclamaciones de las partes de forma sumaria, incluso en ausencia de una facultad expresa.).

¹²⁰⁴ La práctica de sacar conclusiones adversas es bien conocida en el arbitraje internacional, y el Tribunal sin duda alguna posee esa facultad. Un comentarista concluyó lo siguiente: “En efecto, no existe ningún fundamento serio para dudar de la facultad que tienen los árbitros de sacar conclusiones adversas, incluido como consecuencia de que una parte se niegue a cumplir con una orden válida de revelar hechos. Esa autoridad es un aspecto fundamental del mandato de los árbitros respecto de su facultad resolutoria y está incluida en la autoridad general del tribunal respecto de la admisión y evaluación de pruebas”, G. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, VOLUME II (2014), págs. 2390-2391 (RLA-192); *Marvin Feldman c. México*, Causa CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002) (Kerameus, Covarrubias Bravo, Gantz), ¶ 178 (RLA-158) (en donde el tribunal sacó deducciones adversas del hecho de que México no presentó documentos debido a leyes internas sobre confidencialidad.). Ver también *Waste Management, Inc.* (2004), ¶ 30, (RLA-63).

¹²⁰⁵ *Causa relativa a la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)*, Sentencia (13 de septiembre de 1928), PÁG.C.I.J. Serie A, No. 17, pág. 47, (RLA-135).

¹²⁰⁶ Cheng, pág. 253, (RLA-163).

pueden indemnizar los daños y perjuicios “reales”,¹²⁰⁷ la corte o el tribunal internacional no tiene libertad de colocar al demandante en una posición mejor que la que habría tenido si no hubiese sido por los actos que (aparentemente) dan lugar a la responsabilidad. Hacer lo contrario sería indemnizar excesivamente a la demandante.¹²⁰⁸

680. Las reclamaciones de daños y perjuicios de Merck van más allá del estándar jurídico de *Fábrica de Chorzów*, el cual, según admite Merck, rige la cuestión de los daños y perjuicios.¹²⁰⁹

681. *Primero*, no se puede afirmar que la presunta denegación de justicia ocurrió al inicio de la causa, con la presentación del *escrito de demanda* de NIFA. Los daños y perjuicios solo pueden devengar después de que ocurre la denegación de justicia¹²¹⁰ que, en la presente causa, es la sentencia inicial (la supuesta “primera” denegación de justicia, según Merck). No obstante, Merck alega que tiene derecho a los “costos desaprovechados”, incluidos los incurridos a nivel de la primera instancia.¹²¹¹ Además, incluso según el argumento planteado por Merck, *todos* los honorarios incurridos por Merck respecto de la sentencia inicial no eran automáticamente recuperables, solo los “costos desaprovechados”.¹²¹² Por último, sin saber qué tareas se realizaron, es imposible que Ecuador verifique si los costos que Merck gastó fueron en realidad “desaprovechados”.

682. *Segundo*, incluso si Merck triunfa en su reclamación de daños y perjuicios, una gran proporción de los honorarios que pagó no puede considerarse “desaprovechada”. Es revelador que el propio perito de Merck en leyes se limita a mencionar los “costos desaprovechados en el litigio”.¹²¹³ Cuando se compara con la situación “que habría predominado” si no hubiese ocurrido la denegación de justicia, Merck habría pagado honorarios legales *de todas maneras* para defenderse ante la corte de primera instancia.¹²¹⁴

D. Merck no tiene derecho a daños y perjuicios morales

¹²⁰⁷ R. Dolzer & C. Schreuer, PRINCIPLE OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (2008), pág. 272, (CLM-162).

¹²⁰⁸ *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” c. la República de Chile*, Causa CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre la Petición de Anulación de la República de Chile (18 de diciembre de 2012), (Fortier, Bernardini, El-Kosheri), ¶ 269, (CLM-140).

¹²⁰⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 409.

¹²¹⁰ A.V. Freeman, RESPONSIBILITY FOR THE DENIAL OF JUSTICE (1938), págs. 587-588, (RLA-18(bis)).

¹²¹¹ Réplica de la Demandante, ¶ 785.

¹²¹² Segundo Informe Pericial de Paulsson, ¶ 29; Réplica de la Demandante, ¶ 785.

¹²¹³ Segundo Informe Pericial de Paulsson, ¶ 29; Réplica de la Demandante, ¶ 785.

¹²¹⁴ Contramemorial de Ecuador, ¶ 523.

683. En su Memorial, Merck alega que tenía derecho a daños y perjuicios morales por el presunto “daño no pecuniario”.¹²¹⁵ Específicamente, Merck alegó el “daño evidente” a su “reputación y prestigio” en Ecuador.¹²¹⁶ En su Réplica, Merck casi abandonó esa afirmación. Merck no ofreció más información sobre ese presunto “daño” y simplemente escogió mantener los daños y perjuicios morales en su Petición de Reparación.¹²¹⁷ Al guardar silencio en su Réplica, Merck tampoco refutó los argumentos que Ecuador planteó en su Contramemorial. El Contramemorial de Ecuador había demostrado que los tribunales de tratados de inversión han sido sumamente reacios a considerar reclamaciones por daños y perjuicios morales.¹²¹⁸ Por ejemplo, en *Rompetrol c. Romania*, el tribunal advirtió que no se puede adjudicar un monto discrecional de daños y perjuicios morales para compensar la incapacidad de *probar* una pérdida económica concreta.¹²¹⁹ Ese tribunal además observó que los daños a la reputación ocasionados a un inversionista extranjero se evidencian de alguna forma económica; este es solo un ejemplo más de la pérdida o el daño económico concreto “sujeto a las reglas habituales de las pruebas”.¹²²⁰

684. En el arbitraje presente, Merck no ha presentado ni un ápice de prueba para respaldar su afirmación de daños y perjuicios morales.¹²²¹ Ahora, después de dos rondas de alegatos detallados, Merck *no* ha ofrecido prueba alguna de la “reputación perdida”, del “crédito perdido” o de la “pérdida de su posición social”.¹²²² A pesar de que ese daño es tan “evidente”, Merck no ha podido ofrecer *ninguna* cuantificación—mucho menos una explicación adicional—de sus supuestas pérdidas.

685. En suma, este Tribunal no tiene nada que determinar y, por lo tanto, la reclamación de Merck de daños y perjuicios morales debe desestimarse.

E. Merck no tiene derecho a la medida preventiva que pretende

¹²¹⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 415(f).

¹²¹⁶ Íd.

¹²¹⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 792(i).

¹²¹⁸ Contramemorial de Ecuador, ¶¶ 528-533 (*en donde se cita a Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Causa CIADI No. ARB/06/18, Laudo (28 de marzo de 2011) (Fernández-Armesto, Paulsson, Voss) (“*Lemire*”), ¶ 333, (CLM-130); *Sr. Franck Charles Arif c. la República de Moldavia*, Causa CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) (Cremades, Hanotiau, Knieper), ¶¶ 590-592, (RLA-120); *Rompetrol*, ¶ 289 (RLA-121)). *Ver también Yury Bogdanov c. la República de Moldavia*, Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo No. V (114/2009), Laudo (30 de marzo de 2010), ¶¶ 96, 98 (RLA-177); *Biloune & Marine Drive Complex Ltd. c. Centro de Inversiones de Ghana y el Gobierno de Ghana*, 95 ILR 183 (1993) (RLA-149) (en donde la demandante no recibió daños y perjuicios morales a pesar de un arresto y detención injustificados, así como una variedad de tácticas de hostigamiento.).

¹²¹⁹ *Rompetrol*, ¶ 289, (RLA-121).

¹²²⁰ Íd.

¹²²¹ *Ver* el Contramemorial de Ecuador, ¶ 527.

¹²²² *Ver Lemire*, ¶ 333, (CLM-130).

686. En su Réplica, Merck introdujo una petición de ejecución estricta en su Petitorio de Reparación. Primero, Merck solicita que se ordene a Ecuador – incluidas sus cortes, su función ejecutiva, y su fuerza policial nacional—que tome todas las medidas a su alcance para impedir la ejecución de cualquier sentencia futura en contra de MSDIA en la causa *NIFA c. MSDIA*, tanto dentro como fuera de Ecuador.¹²²³

687. Pero en la Réplica de Merck no se ofrece explicación alguna ni ninguna autoridad de sustento como base de esa petición extraordinaria. Ello, por sí solo, es motivo para desestimar esta reclamación.

688. Además, sin embargo, la restitución en especie en el derecho internacional de la responsabilidad de los Estados está sujeta a condiciones rigurosas, entre ellas que "no signifique una carga desproporcionada en comparación con el beneficio derivado de la restitución en lugar de la indemnización".¹²²⁴ En la causa presente, las medidas solicitadas pondrían sobre Ecuador una carga enorme, muy desproporcionada respecto del beneficio que ofrecerían a un solo litigante, Merck, en un pleito privado en el que el Estado ni siquiera es parte. Específicamente, el cumplimiento de la obligación de ejecución forzosa que solicita Merck infringiría la Constitución de Ecuador y violaría los derechos según la ley de los litigantes en las cortes de Ecuador, con lo cual Ecuador estaría expuesto a responsabilidad en virtud de su propio derecho interno.¹²²⁵ Cualquier recomendación del Tribunal de que el ejecutivo de Ecuador interfiera con la ejecución de una decisión judicial infringiría la doctrina de separación de poderes¹²²⁶ y la independencia de la judicatura de Ecuador, ambos principios plasmados explícitamente en la Constitución de Ecuador.¹²²⁷ Finalmente, cumplir con la orden de ejecución forzosa solicitada por Merck también puede exponer a Ecuador a la responsabilidad internacional del Estado.¹²²⁸

689. Segundo, la Réplica de Merck también solicita, por primera vez, que Ecuador le entregue una exención general financiera respecto de daños y perjuicios derivados de la

¹²²³ Réplica de la Demandante, ¶ 792(d); Réplica Complementaria de la Demandante, ¶ 101(e).

¹²²⁴ CDI, *Borrador de los Artículos*, Comentario sobre el Art. 35, págs. 96, 98, (CLM-330).

¹²²⁵ Se puede encontrar una explicación más completa de los respectivos principios de la Constitución de Ecuador respecto de esto en la Oposición de Ecuador a la Petición de la Demandante de Medidas Provisionales (24 de julio de 2012), ¶¶ 181-184; Dúplica de Ecuador en Oposición a la Petición de la Demandante de Medidas Provisionales (17 de agosto de 2012), ¶¶ 223-233.

¹²²⁶ Constitución de la República de Ecuador, (20 de octubre de 2008), Art. 225 (RLM-15).

¹²²⁷ *Íd.*, Art. 168.

¹²²⁸ Se puede encontrar una explicación más completa respecto de esto en la Oposición de Ecuador a la Petición de la Demandante de Medidas Provisionales (24 de julio de 2012), ¶¶ 185-188; Dúplica de Ecuador en Oposición a la Petición de la Demandante de Medidas Provisionales, (17 de agosto de 2012), ¶¶ 234-237.

“ejecución de cualquier sentencia futura” en contra de la empresa en el litigio *NIFA c. MSDIA*.¹²²⁹ Merck estipuló que esa exención debía incluir “el valor de cualquier activo pagado, confiscado, abandonado, o si no renunciado [...] y otros daños y perjuicios causados a la empresa de la Demandante tanto dentro como fuera de Ecuador, incluido el lucro cesante”.¹²³⁰ Más importante aún es que Merck también solicitó que se ordenase a Ecuador pagarle “los daños y perjuicios por sus costos legales para resistir la ejecución de cualquier sentencia futura” que se pronunciase en contra de ella “dentro y fuera de Ecuador.”¹²³¹

690. Pero Merck no ofreció ninguna explicación en absoluto en sus alegatos respecto de por qué tiene derecho a esa reparación extraordinaria. Esa omisión es, repetimos, motivo suficiente para desestimar la reclamación de Merck. Esas peticiones desproporcionadas se basan en una serie de hechos hipotéticos futuros; no son más que pura especulación. Tampoco tienen asidero en la ley. Uno de los atributos centrales de los daños y perjuicios en el derecho internacional (y en general) es la *certeza*.¹²³² En sus laudos, los tribunales arbitrales han sostenido de manera regular el requisito de la certeza.¹²³³ Específicamente, los tribunales han desestimado reclamaciones por lucro cesante cuando estas eran inciertas.¹²³⁴

691. En suma, no existe fundamento de derecho o de hechos para las peticiones de Merck de una medida preventiva, y las peticiones deben desestimarse.

F. Conclusión

692. Para concluir, en este arbitraje, fue Merck – y solamente Merck—la que llevó la carga legal de probar los daños y perjuicios del monto reclamado de USD 6.565.768,66, una suma que sigue aumentando. Merck *utilizó afirmativamente* el contenido de sus facturas legales para sustentar su reclamación de daños y perjuicios, pero luego se negó a ofrecer la parte explicativa que no se halla por ninguna parte. Por lo tanto, es imposible para Ecuador – o para cualquier otra persona, en realidad – verificar las enormes sumas que Merck reclama, mucho menos demostrar su conexión causal con los presuntos incumplimientos del Tratado. Merck además no tiene derecho a daños y perjuicios morales y es muy revelador que la Réplica de Merck haya guardado silencio respecto de ese supuesto “daño a la reputación”. Merck

¹²²⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 792(e); Réplica Complementaria de la Demandante, ¶ 101(f).

¹²³⁰ Réplica de la Demandante, ¶ 792(e); Réplica Complementaria de la Demandante, ¶ 101(f).

¹²³¹ Réplica de la Demandante, ¶ 792(f); Réplica Complementaria de la Demandante, ¶ 101(g).

¹²³² CDI, *Borrador de los Artículos*, Comentario sobre el Art. 36, pág. 104, (CLM-330) (en donde se señala que los tribunales “se han mostrado reacios a brindar una indemnización por reclamaciones con elementos inherentemente especulativos”) (se omitieron las citas internas); Ripinsky & Williams, pág. 164, (RLA-168).

¹²³³ Ripinsky & Williams, pág. 164, (RLA-168).

¹²³⁴ Íd.

tampoco tiene derecho a la petición recién inventada de ejecución forzosa específica, que es totalmente indebida en el caso presente. Finalmente, las reclamaciones recientes de Merck sobre exención de responsabilidad, incluidos los costos legales respecto de la ejecución de cualquier sentencia futura, son de carácter totalmente especulativo.

693. Las reclamaciones de daños y perjuicios de Merck son, por lo tanto, defectuosas en derecho y en hechos. El Tribunal debe desestimarlas en su totalidad.

VII. CONCLUSIÓN Y PETICIÓN DE REPARACIÓN

694. Por los motivos anteriores y otros motivos que la Demandada pueda presentar posteriormente, la República del Ecuador, Demandada, por el presente, con todo respeto solicita que el Tribunal pronuncie un laudo a su favor, en el cual:

- Se desestimen todas las reclamaciones de Merck conforme al TBI como fuera de la jurisdicción del Tribunal, por improcedentes y/o por constituir un abuso del proceso arbitral, o alternativamente por infundadas;
- Se denieguen por completo cada uno de los puntos de reparación que pretende Merck;
- Se otorguen a la Demandada todos sus costos y gastos del presente procedimiento de arbitraje, entre ellos, los honorarios y los gastos del Tribunal y el costo de la representación legal de la República, además de los intereses sobre ello previos y posteriores al laudo; y
- Se otorgue cualquier otra reparación o reparación adicional que se considere adecuada de acuerdo con las circunstancias, o que sea justa y correcta.

695. La República expresamente se reserva su derecho de complementar las peticiones anteriores o añadir a ellas.

Presentado con el debido respeto,

Dra. Blanca Gómez de la Torre



Procuraduría General del Estado
República de Ecuador

Mark A. Clodfelter



Foley Hoag LLP
Abogado de la Demandada