

EN EL ARBITRAJE BAJO EL TRATADO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y
LA REPÚBLICA DEL ECUADOR CONCERNIENTE A LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN
RECÍPROCA DE INVERSIONES Y LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (1976)
ENTRE

MERCK SHARP & DOHME (I.A.) CORP.,

Demandante,

- y -

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Demandada.

Caso PCA No. 2012-10

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

REPRESENTANTES 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
Ab. Juan Francisco Martínez

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

Mark Clodfelter
Janis H. Brennan
Alberto Wray
Kenneth Figueroa
Diana Tsutieva
Dr. Constantinos Salonidis
Christopher E. Hart
Ofilio J. Mayorga
Clara E. Brillembourg

FOLEY HOAG LLP

27 de febrero del 2014

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS	8
A.	La venta de la planta de Merck en el Valle de los Chillos	8
B.	El litigio NIFA contra Merck	18
1.	El proceso en la Corte de Primera Instancia	18
2.	Los procesos en la corte de apelaciones	23
3.	Los procedimientos de casación.....	32
4.	La acción de NIFA ante la Corte Constitucional de Ecuador	36
5.	El inicio del presente arbitraje por Merck	37
III.	ESTE TRIBUNAL DE LA CNUDMI CARECE DE JURISDICCIÓN PORQUE MERCK OPTÓ DE MANERA EXCLUSIVA E IRREVOCABLE POR BUSCAR LA SOLUCIÓN DE LA DIFERENCIA EN EL CIADI	38
A.	Introducción	38
B.	Los términos del Artículo VI(3)(a) impiden que Merck inicie el arbitraje en conformidad con las reglas de la CNUDMI después de haber iniciado previamente el arbitraje ante el CIADI	41
1.	Significado ordinario de los términos del Artículo VI(3)(a).....	42
2.	La ausencia en el Artículo VI(3)(a) de una frase como “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” no niega el efecto de la disposición como una elección exclusiva e irrevocable	45
3.	El contexto del Artículo VI(3)(a).....	60
4.	Objeto y propósito del Artículo VI(3)(A) y del TBI como un todo	61
5.	Otras reglas pertinentes del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes en el TBI.....	64
6.	Conclusión.....	66

C.	Antes de iniciar este arbitraje de acuerdo a las Reglas de la CNUDMI, Merck definitivamente consintió al arbitraje de esta diferencia en conformidad con la Convención del CIADI.....	67
1.	Merck ejerció su derecho de acuerdo al Artículo VI(3)(A) a favor del Arbitraje ante el CIADI	67
2.	El consentimiento de Merck fue no menos efectivo porque estaba acompañado de “una reserva de derechos”	68
D.	Conclusión.....	70
IV.	EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN Y LOS RECLAMOS CARECEN DE MÉRITO PORQUE LA DIFERENCIA NO SE ORIGINA DE LOS DERECHOS CON RESPECTO A UNA INVERSIÓN O NO SE RELACIONA CON ESOS DERECHOS..	71
A.	Introducción	71
B.	La conducción de Merck de las actividades comerciales y de distribución a través de una sucursal en Ecuador no constituye una “inversión” dentro del significado del TBI	73
C.	La Planta del Valle de los Chillos no constituye una inversión continua en Ecuador	80
D.	Conclusión.....	82
V.	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.....	83
A.	Introducción	83
B.	La Demandante no agotó todos los recursos disponibles y efectivos en el sistema jurídico ecuatoriano.....	84
1.	No se podría sostener que el Estado es responsable por una denegación de justicia antes de que se agoten los recursos internos.....	84
2.	Las apelaciones constitucionales se encuentran <i>per se</i> dentro del concepto de recursos que deben agotarse, a condición de que otorguen un recurso razonable accesible y efectivo	89
3.	El recurso a la Corte Constitucional estuvo accesible en términos razonables para la Demandante.....	96

4.	El recurso a la Corte Constitucional habría podido otorgar reparación efectiva a la Demandante.....	101
5.	La aplicabilidad y cumplimiento de la sentencia de la CNJ no exime a la Demandante de su deber de agotar los recursos disponibles y efectivos en términos razonables.....	105
6.	Conclusión.....	108
C.	El agotamiento de los recursos internos disponibles y efectivos es de cumplimiento obligatorio para todos los reclamos de la Demandante basados en el Tratado	108
D.	La omisión de la Demandante en agotar los recursos internos priva al Tribunal de jurisdicción	122
E.	Conclusión: Como resultado de la omisión de la Demandante en agotar los recursos internos, sus reclamos deben desestimarse	125
VI.	INCLUSO SI LA SENTENCIA DE LA CNJ CONSTITUYERA EL PRODUCTO FINAL DEL SISTEMA JUDICIAL ECUATORIANO, LOS RECLAMOS DEBEN DESESTIMARSE POR EL FONDO PORQUE MERCK NO HA LOGRADO PROBAR QUE HAYA SUFRIDO UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA U OTRA VIOLACIÓN DEL TRATADO	125
A.	Introducción	125
B.	Merck no ha demostrado que la sentencia de la CNJ le denegara justicia o no corrigiera supuestos defectos en los procesos en las cortes inferiores	129
1.	Merck ha admitido que considera que el cálculo de la CNJ de la indemnización por daños es razonado y razonable.....	129
2.	Merck no la logrado demostrar que la construcción de la CNJ de la “competencia desleal” de acuerdo a la ley ecuatoriana fuera inapropiada.	133
a)	La construcción de la CNJ de “competencia desleal” de acuerdo a la ley ecuatoriana no puede ser cuestionada por este Tribunal como un enunciado válido de la ley ecuatoriana.	133
b)	Merck no ha logrado demostrar que la sentencia de la CNJ fuera impropia, mucho menos una “clara y dolosa mala aplicación de la ley”, “jurídicamente imposible” o que “ofenda a un sentido de propiedad judicial”.....	141

c)	Merck no ha alegado directamente y no ha probado sus insinuaciones indirectas de que la sentencia de la CNJ estuviera manchada por la corrupción o el sesgo.	159
d)	Merck gozaba de una oportunidad completa y justa para presentar su caso ante la CNJ, y ninguno de los defectos de procedimiento alegados por Merck constituyen una negación de justicia	174
3.	La sentencia de la CNJ rectificó cualquier presunto vicio de los procedimientos del tribunal inferior.....	188
4.	La sentencia de la CNJ desecha todas las reclamaciones de Merck conforme al Tratado	189
C.	En todo caso, Merck ha presentado un panorama falso en los procedimientos del tribunal inferior y no ha demostrado la existencia de irregularidades que equivalgan a una denegación de justicia.....	192
1.	Los procedimientos del tribunal de primera instancia	192
a)	Los procedimientos ante el Juez Toscano Garzón.....	193
b)	Los procedimientos ante el Jueza Provisional Chang-Huang Castillo	205
2.	Los procedimientos de la Corte de Apelaciones	218
a)	La notificación del Tribunal de Apelaciones.....	218
b)	La recusación del Juez Toscano.....	220
c)	La petición de nulidad	222
d)	La designación del Tribunal de Apelaciones y el uso de peritos no fue una denegación de justicia.....	223
e)	Fase probatoria.....	236
f)	La sentencia del Tribunal de Apelaciones	238
3.	Merck no ha demostrado que las sentencias del tribunal inferior estuvieron “influenciadas” por corrupción judicial	245
VII.	MERCK EN NINGÚN CASO TENDRÍA DERECHO A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE RECLAMA	253
A.	Merck no puede reclamar honorarios legales pues no ha dado ninguna prueba que sustente su afirmación	253

B.	Incluso si Merck hubiese podido demostrar que existió una denegación de justicia, no puede considerarse que una gran parte de los honorarios legales hayan sido desperdiciados y, por lo tanto, sean recuperables	255
C.	La reclamación de “daños morales” de Merck es inexistente	257
VIII.	CONCLUSIÓN Y PETICIÓN	259

I. INTRODUCCIÓN

1. La Demandada, República del Ecuador, presenta respetuosamente a consideración este Memorial de Contestación en respuesta al Memorial presentado por la Demandante Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (“Merck” o “MSDIA”) el 2 de octubre del 2013.

2. La historia que se relata en el Memorial de Merck es desgarradora. Expresa los aprietos de una parte litigante extranjera que se desplaza por un sistema judicial sistémicamente corrupto; confrontada por todos lados con una enorme conspiración de entidades, jueces y funcionarios corruptos; asediada por todos los flancos y en cada instancia por irregularidades y complots ideados para negarle sus derechos; y confrontada injustamente con la responsabilidad civil por la conducta que ésta defiende, no como una parte inocente, sino simplemente como alguien que ha caído en una laguna de las leyes ecuatorianas.

3. La dificultad radica en que, en todo aspecto, ésta es una narrativa falsa. Merck no solo que no ha logrado acudir con *alguna* prueba de *alguna* corrupción en el litigio *NIFA contra MSDIA*, sino que, al cuidadoso escrutinio, toda su demostración circunstancial se desvanece. Lo que ésta intenta describir como un sistema tan corrupto que podría presumirse que todo caso particular involucra corrupción, parece ser, al examen de las pruebas propias de Merck, un sistema común que lucha con problemas comunes a muchos sistemas judiciales en países en vías de desarrollo, pero cuyas cortes civiles y administrativas, de acuerdo a la propia autoridad de Merck, “se consideran en general independientes e imparciales”¹.

4. Lo que Merck caracteriza como irregularidades en los procesos se demuestra que son, cuando se estudia el expediente real, procedimientos normales, muchos llevados a cabo a petición de la propia Merck, o bien son dificultades creadas por Merck misma o que Merck podía haber evitado si hubiera actuado con normal diligencia.

¹ U.S. Department of State, 2012 Country Report on Human Rights Practices: Ecuador, en 10 (C-214)

5. Y el intento de Merck de pretender que la ley ecuatoriana confiere licencia irrestricta para prácticas de competencia desleal no solo subvierte el rol de las cortes nacionales al declarar, y sí, incluso desarrollar, los principios de la ley local en un entorno económico en constante cambio, sino también ignora en realidad principios arraigados del derecho ecuatoriano, así como también precedentes en su aplicación en decisiones previas de las cortes ecuatorianas.

6. Merck es, desde luego, consciente de estas deficiencias en su caso. A fin de superarlas, la finalidad de Merck es presentar una andanada voluminosa de acusaciones con la esperanza de que éstas dejen una impresión indeleble en la mente de los miembros del Tribunal que supere la refutación de acusaciones de muy poca importancia. Algunas de estas acusaciones son las denuncias normales de una parte perdedora; todo abogado que defiende a una parte litigante que ha fracasado puede reunir un sinnúmero de razones por las cuales su cliente ha sido perjudicado o perjudicada por la corte o, en otras palabras, se le ha denegado justicia.

7. Sin embargo, por desgracia, la mayoría de acusaciones de Merck son mezclas inventivas claramente artificiales ideadas para hacer que ciertos sucesos irreprochables parezcan siniestros ante este Tribunal. Lo que Merck ha hecho es revisar cada giro procesal en el caso e imaginar una manera de describirlo como nefasto. Pero para hacerlo Merck ha tenido que omitir hechos esenciales que contradicen sus puntos y distorsionan de manera manifiesta el expediente en el caso.

8. Los ejemplos abundan, y se presentan en detalle en las últimas secciones de este Memorial de Contestación. Pero, he aquí un ejemplo. Con respecto al proceso en primera instancia, Merck se basa en gran medida en su reclamo de que el testimonio contra ésta rendido por una testigo presencial clave, una empleada ejecutiva del agente de bienes raíces de Panamá que ésta contrató para que vendiese su planta manufacturera, estaba plagado de irregularidades procesales. Pero el expediente demuestra que Merck tuvo una oportunidad plena, incluso adicional de presentar preguntas para esta testigo, que recibió todas las notificaciones que se requieren legalmente de sus interrogatorios, y que presentó libremente a sus compañeros de trabajo como testigos en un esfuerzo para refutar su testimonio. Otro ejemplo: Merck afirma que

la sentencia final no se le notificó de manera apropiada en un plan de hacer que ésta perdiera el plazo para presentar una apelación, aun cuando la notificación enviada oportunamente por correo electrónico que Merck admite haber recibido le notificaba claramente que se había dictado una sentencia; la omisión del abogado de Merck en realizar el seguimiento de esta notificación creó lo que al final fue una dificultad menor.

9. Con respecto a los procesos en segunda instancia, Merck dedica gran cantidad de espacio para tratar de demostrar que la corte ha nombrado a peritos no calificados y luego se basa erróneamente en sus informes para llegar a una suma exorbitante de indemnización por daños. En realidad, posteriormente se determinó que la cuantía de la indemnización por daños era exorbitante y se la redujo en un 99%. Pero lo que es más importante en este caso es que Merck no informó al Tribunal que cada uno de los peritos de los que ahora se queja fue nombrado después de una solicitud hecha por Merck, y en conformidad con la metodología de nombramiento que Merck sugirió.

10. Con respecto a la sentencia de la Corte Nacional de Justicia (“CNJ”), Merck tiene mucho menos que decir. Esto se debe principalmente a que la sentencia de la Corte representa una victoria muy importante para Merck. Como resultado de esa sentencia, como se acaba de advertir, el pasivo de Merck se redujo en un 99%. En estas circunstancias, el reto de Merck ha sido ahora asimilar su victoria al mismo tiempo que sostiene que la sentencia de la Corte Nacional de Justicia meramente perpetuó la denegación de justicia que ésta supuestamente sufrió en las cortes inferiores. Merck tuvo que esforzarse mucho para restarle valor a esa sentencia. Comenzó por aseverar que los jueces interinos de esa Corte programaron el caso para una audiencia anticipada en un complot para dictar una sentencia contra Merck antes de que los nuevos miembros permanentes de la Corte Nacional de Justicia renovada asumieran sus cargos. Existen muchas discrepancias en esa historia, pero baste advertir en este punto algo que Merck no ha comunicado en absoluto al Tribunal: que la audiencia, y que la audiencia reprogramada, fueron ordenadas en el curso normal en respuesta a solicitudes de audiencia y de su reprogramación presentadas *por la propia Merck*.

11. Merck también intenta describir que el contenido de la sentencia se basa en la determinación errónea de los hechos y en una teoría de derecho inventada. Como se demuestra más adelante, estas acusaciones son evidentemente falsas. Pero la mejor refutación de estas acusaciones podría encontrarse en los propios alegatos de Merck ante la Corte Constitucional de Ecuador en respuesta a la petición extraordinaria de protección presentada por la parte litigante ecuatoriana. En esos planteamientos, la propia Merck refuta todas y cada una de las acusaciones que ésta plantea ahora contra la sentencia de la CNJ. Convidamos al Tribunal que lea todos los planteamientos de Merck en defensa de la sentencia de la CNJ incluida en el presente documento como Sección VI(B).

12. Hemos visto este comportamiento antes, en conexión con la solicitud de Merck de medidas interinas. El Tribunal recordará que, al mismo tiempo que Merck declaraba ante este Tribunal que era casi seguro que perdiera su caso ante la CNJ, sus administradores locales certificaban bajo pena de perjurio al Gobierno Ecuatoriano, y a sus propios ejecutivos en los EUA, que ésta esperaba sin duda alguna ganar ante la CNJ.

13. En el presente caso, al mismo tiempo que Merck defiende el proceso y la sentencia en la CNJ como una decisión válida y apropiada, alega lo contrario ante este Tribunal.

14. En realidad, el Tribunal no necesita entrar en detalles como si estuviera por otra parte obligado a hacerlo a fin de analizar las alegaciones de Merck. Esto se debe a que este caso podría resolverse sobre la base de una o más de tres razones diferentes. Esas razones se especifican en la sección que sigue inmediatamente después de la presentación de los Antecedentes Fácticos. Cada una de ellas prescinde por completo de la afirmación de jurisdicción de Merck.

15. *Primero*, por la razón que fuere, Merck actuó muy pronto para negar la jurisdicción de este tribunal de la CNUDMI cuando consintió definitivamente en cambio al arbitraje ante el CIADI en el 2009. De acuerdo al Artículo VI(3)(a) del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador Concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “Tratado” o el “TBI”), una vez que se da el consentimiento al CIADI, la

diferencia no podrá ser arbitrada ante ningún otro foro. Este análisis está respaldado por el Dictamen Pericial del Profesor Kenneth Vandeveld, el perito sobre los TBI de los EUA más importante en el mundo, como la propia Demandante admite, y la única autoridad erudita que la propia Merck cita.

16. *Segundo*, a la venta de su planta de manufactura en el 2003, Merck perdió la única manifestación que tenía de una inversión en Ecuador, y desde entonces ha llevado a cabo actividades meramente comerciales a través de una sucursal. Ni la sucursal ni las actividades comerciales de Merck constituyen en sí mismas una inversión dentro del significado del TBI. El Dictamen Pericial del Profesor Roberto Salgado Valdez, quien también da fe de los principios jurídicos ecuatorianos de acuerdo a los cuales la sucursal de Merck no constituye una compañía dentro del significado del TBI, también apoya lo anterior. Por lo tanto, esta diferencia, por haberse originado años después de la venta de la planta, no se relaciona con derechos con respecto a una inversión en Ecuador; esto también elimina los reclamos por el fondo puesto que todos se fundamentan en disposiciones del TBI que solo protegen “inversiones”, al contrario de empresas en los EUA en general.

17. *Tercero*, y fundamentalmente, la invocación de Merck [a] los procedimientos de arbitraje del TBI fue abusivamente prematura. Como Merck admite, no puede haber ningún reclamo de denegación de justicia en ausencia de agotamiento de los recursos disponibles y efectivos. Como se demuestra más adelante, Merck podía haber buscado fácilmente plantear sus denuncias acerca del trato en los tribunales de lo civil de la Corte Constitucional de Ecuador, como Propnar ha hecho, para solicitar la anulación de la sentencia de la CNJ. Esto se sustenta en el Dictamen Pericial del Profesor Juan Francisco Guerrero del Pozo, quien demuestra cómo los recursos disponibles en la Corte Constitucional podían haber sido efectivas para remediar las denuncias de Merck. También está respaldado por el Dictamen Pericial de dos autoridades de primera categoría sobre derecho internacional público y sobre la cuestión del agotamiento de los recursos internos en particular, Profesores Lucius Caflisch y C.F. Amerasinghe. Ambos confirman que los recursos de la corte constitucional están *per se* entre aquellos que deben agotarse normalmente y que las clases de recursos disponibles en la Corte Constitucional de

Ecuador habrían aprobado las pruebas aplicables para la disponibilidad y efectividad. No habiendo agotado sus recursos, Merck no está autorizada para solicitar a este Tribunal que provea la reparación que debió haber solicitado dentro del sistema judicial de Ecuador como un todo. Esta deficiencia en el reclamo de Merck los anula por el fondo, pero también los vuelve inadmisibles y fuera de la jurisdicción del Tribunal.

18. Sin embargo, si este Tribunal procediere al fondo de los reclamos de Merck, este Memorial de Contestación demuestra por qué Merck no ha logrado en absoluto demostrar una denegación de justicia, incluso si se considerare que ésta ha agotado sus recursos. Primero, no se ha demostrado que la decisión de la CNJ, y el proceso que condujo a ésta adolecieran de los defectos que Merck invoca aquí (aunque rechaza en otras partes) y ha corregido todos los errores que podrían haber estado en los procedimientos de las cortes inferiores. Esto tiene también apoyo en el Dictamen Pericial del Profesor Luis Sergio Parraguez Ruiz, quien explica que la decisión de la CNJ se basa en principios establecidos del derecho ecuatoriano. También se respalda en el Dictamen Pericial del Profesor Carlos Molina Sandoval, quien pone estos principios en el contexto de la ley sobre competencia desleal tal como ha evolucionado en la región de América Latina. También se sustenta en el Dictamen Pericial del Profesor Álvaro José Pólit García, quien explica la jurisdicción judicial sobre reclamos basados en actos de competencia desleal. Por último, se apoya en el Dictamen Pericial del Profesor Javier Aguirre Valdez, cuya discusión de los procedimientos y prácticas de las cortes ecuatorianas permite que se evalúe con veracidad el proceso de la CNJ. Además, esta sección del Memorial de Contestación demuestra cómo las acusaciones de Merck contra las cortes inferiores son nulas y lamentablemente insuficientes para cumplir los estándares aplicables para una denegación de justicia y pone de manifiesto la marcada debilidad de la aseveración de Merck de “indicios de corrupción”.

19. En la defensa contra los reclamos de Merck por denegación de justicia en este arbitraje, Ecuador no busca ahora adoptar ninguna posición que afectare a la solución independiente de las cortes ecuatorianas de lo que es un litigio continuo entre dos partes privadas. No es una cuestión de si la decisión de la CNJ es “correcta” o si podría haber otros posibles resultados en una

solución del litigio *NIFA contra MSDIA*. Esa es una cuestión que le compete al sistema judicial ecuatoriano. Lo que es pertinente en este caso es si la decisión de la CNJ era judicialmente posible, y Merck no ha logrado demostrar que no lo sea.

20. Antes de concluir, este Memorial de Contestación demuestra cómo Merck intenta efectivamente bifurcar estos procesos de manera que esto le permita presentar sus pruebas de los gastos adicionales en el litigio ante las cortes en una fecha posterior, después del tiempo fijado para esta defensa por parte de Ecuador, y en violación de las órdenes en la programación del Tribunal. Este intento es inadmisibles. Además, demuestra por qué, al contrario de los argumentos infundados de Merck, este caso, incluso si fueren meritorios, no incluyen circunstancias que justifiquen daños morales, cualquiera sea el estándar del derecho según el cual se juzgue.

21. En su sección final, este Memorial de Contestación solicitará que se desestimen en su totalidad los reclamos de Merck y se condene al pago de todas las costas de la Demandada, los honorarios de sus abogados, junto con los intereses correspondientes.

II. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

22. El esfuerzo de Merck de distorsionar el expediente de los procesos comienza con su exposición de los hechos. Muchas de las tergiversaciones de Merck, caracterizaciones y omisiones engañosas están directamente relacionadas con los argumentos y se tratan en detalle en la sección siguiente. Sin embargo, es necesario que se presente aquí la historia de la diferencia subyacente en una descripción breve que presente con exactitud cómo los sucesos se desarrollaron y, en particular, de qué manera los procesos judiciales ecuatorianos proveyeron a Merck una oportunidad plena de presentar sus pruebas y argumentos en defensa de su conducta y en hacer respetar sus derechos.

A. La venta de la planta de Merck en el Valle de los Chillos

23. Para comenzar, la descripción de Merck de sus negociaciones con NIFA es incompleta y sesgada. Al contrario, las pruebas presentadas en los procesos en las cortes internas pintan una historia diferente, la cual expone la conducta de Merck bajo una perspectiva mucho menos

favorable de la que Merck desearía que este Tribunal la considere.

24. A finales del 2001, Merck tomó una “decisión comercial para consolidar sus operaciones manufactureras en América Latina . . . [y] vender la planta del Valle de los Chillos, junto con sus equipos”². La planta del Valle de los Chillos era la única facilidad de Merck en Ecuador, la cual desde 1975 hasta su venta en julio del 2003, se usó para el acabado y envasado de medicamentos de Merck³.

25. Nueva Industria Farmacéutica Asociada, S.A. (“NIFA”)⁴, una compañía ecuatoriana de producción farmacéutica, estuvo entre “varias compañías [que] expresaron interés en la planta” en febrero del 2002⁵. Hasta ese momento, NIFA había planeado expandir de manera significativa su volumen de producción y ventas mediante la construcción de una nueva planta de producción, puso fin a estos planes mientras se desarrollaba la perspectiva ofrecida por Merck para adquirir la planta del Valle de Los Chillos de Merck⁶. En conexión con sus negociaciones para la compraventa de la planta del Valle de los Chillos, Merck y NIFA suscribieron un Acuerdo de Confidencialidad en mayo del 2002⁷. Puesto que Merck había participado en conversaciones con varios posibles compradores⁸, contrató los servicios de un corredor de bienes raíces, Staubach Tie Leung Spanish Americas & Caribbean Inc. (“Staubach”) “para que evaluase

² Memorial de la Demandante, ¶ 26.

³ *Id.*, ¶ 25.

⁴ En octubre del 2009, NIFA se fusionó con, y pasó a ser, Prophar S.A. En este Memorial de Contestación, Ecuador se referirá a la compañía en forma alternativa como “NIFA” o “Prophar” según sea apropiado desde el punto de vista cronológico.

⁵ Carta enviada por Ana Barahona (NIFA) a Merck (25 de febrero del 2002) (R-2).

⁶ Demanda de NIFA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (16 de diciembre del 2003), pág. 4 (C-10).

⁷ Acuerdo de Confidencialidad entre NIFA S.A. y MSDIA (14 de mayo del 2002) (C-125).

⁸ *Ver, v.g.*, Testimonio de Anne Kareen Ranson [conocida también como Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 28 de junio del 2004 (en respuesta a la Pregunta 7) (C-144).

la planta y promoviese la venta”⁹.

26 La cuenta de Merck con Staubach fue administrada por la Sra. Anne Usher de Ranson, accionista de Staubach y Vicepresidenta Ejecutiva a cargo de relaciones con el cliente¹⁰. Durante los primeros meses, hasta mayo del 2002, la Sra. Usher de Ranson participó directamente con los negociadores de Merck en conversaciones con NIFA. Posteriormente, a pedido de Merck, un miembro subalterno de Staubach, Sr. Edgardo Jaén, pasó a ser el contacto directo de Merck¹¹. Posteriormente, la Sra. Usher de Ranson continuó participando en calidad de gerente de cuentas de Merck en Staubach, y en esta posición fue informada sobre las conversaciones en curso entre las partes, recibió copias de comunicaciones electrónicas, y participó en reuniones semanales con respecto a la venta de la planta del Valle de los Chillos de Merck¹².

27. El grupo de negociaciones de Merck incluía al Sr. Jacob Harel, director ejecutivo de producción de Merck en Ecuador, y la Sra. Doris Pienknagura, gerente de operaciones de la

⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 27.

¹⁰ Testimonio de Anne Kareen Ranson [conocida también como Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 28 de junio del 2004 (en respuesta a la Preguntas 2 y 3) (C-144); Testimonio de Anne Karsen Ranson [conocida también como Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 29 de agosto del 2005 (en respuesta a la Pregunta 1) (C-149).

¹¹ Anexo C-149, Testimonio de Anne Karsen Ranson [conocida también como Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 29 de agosto del 2005, pág. 3 (en respuesta a la Pregunta 3); Ver Anexo C-151, Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre del 2005, en 1 (en respuesta a la Pregunta 1).

¹² Anexo C-151, Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre del 2005, pág. 7-8 (en respuesta a la Pregunta 20) (“La Sra. Anne Usher de Ranson, quien era mi superior directo como Staubach, estaba al tanto del progreso alcanzado desde que esta información estuvo a disposición en los informes de progreso semanales y las comunicaciones [escritas] y electrónicas intercambiadas a través de Staubach entre las partes interesadas y Merck.”); *id.* (en respuesta a la pregunta 22); *id.*, pág. 11 (en respuesta al contrainterrogatorio de NIFA) (“La Sra. Anne Usher de Ranson tenía total acceso a las copias impresas de todos los documentos concernientes a proyectos que se llevaban a cabo a través de la oficina en Panamá, los cuales incluían la promoción de la venta de la [planta] de MSD en Ecuador.”); Anexo C-149, Testimonio de Anne Karsen Ranson [conocida también como Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 29 de agosto del 2005, pág. 2 (en respuesta a la Pregunta 8).

planta¹³.

28. La debida diligencia de Staubach realizada para Merck con respecto a NIFA comenzó “de manera extraoficial” en junio del 2002. El empleado de Staubach encargado de la debida diligencia indicó que encontrar información acerca de NIFA “requer[iría] cierto tiempo”¹⁴. Determinó que NIFA “[era] un laboratorio con muy buena penetración en el mercado, con un producto de consumo muy conocido que tenía una larga data. En la actualidad, ellos están en un proceso de algunos cambios en la reingeniería y la cultura organizacional”¹⁵.

29. Después que la negociación entre las partes había continuado durante varios meses, en septiembre del 2002, NIFA presentó su “mejor oferta definitiva” para la planta¹⁶. Las partes acordaron reunirse en la ciudad de Panamá el 20 de noviembre del 2002 para analizar los detalles finales de la transacción¹⁷. Durante esta reunión, las partes “acordaron en principio un precio de compra de [US]\$1,5 millones”¹⁸. También mientras se desarrollaba esta reunión, en cumplimiento del Acuerdo de Confidencialidad, Staubach obtuvo el “plan de negocios” de

¹³ Anexo C-149, Testimonio de Anne Karsen Ranson [conocida también como Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 29 de agosto del 2005 (en respuesta a la Pregunta 3).

¹⁴ Anexo C-129, Intercambio de mensajes enviados por correo electrónico que involucran a María Fernanda Andrade (Staubach) y Edgardo Jaén (Staubach) et al., de fecha 12 de julio del 2002.

¹⁵ Anexo C-129, Intercambio de mensajes enviados por correo electrónico que involucran a María Fernanda Andrade (Staubach) y Edgardo Jaén (Staubach) et al., de fecha 12 de julio del 2002. Posteriormente, a raíz de la reunión con los representantes de NIFA, el Sr. Harel escribió en un memorando dirigido al grupo de negociación que NIFA era una pequeña compañía que “no ten[ía] mayores pasivos y que la compañía [estaba] en el modo de expansión”. Carta enviada por Jacob Harel (Merck) (12 de julio del 2002) (R-3).

¹⁶ Mensaje enviado por correo electrónico por Miguel Ángel García (NIFA) a Edgar Jaén (Staubach) (26 de septiembre 2002) (R-4); *ver también* Anexo C-189, Testimonio de Ernesta Bello Tuñas, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 25 de enero del 2010, en pág. 5 (en respuesta a la Pregunta 15).

¹⁷ Anexo C-5, Resumen de Reuniones entre MSDIA y NIFA, de fecha 20 de noviembre del 20.

¹⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 32. NIFA confirmó su acuerdo con esos principales términos y condiciones el 26 de noviembre del 2002. Exhibit C-6, Mensaje enviado por correo electrónico por el Gerente General de NIFA Miguel García a Edgardo Jaén (Staubach), de fecha 25 de noviembre del 2002 (en el cual indica la aprobación de García de las actas).

NIFA¹⁹, un documento en extremo valioso en manos de un competidor.

30. Sin embargo, dos meses más tarde, las negociaciones se estancaron, cuando el Sr. Harel propuso a última hora la inclusión en el acuerdo de compraventa de una cláusula de no competir que prohibía a NIFA la producción de “copias de los productos de MSDIA en la planta” durante un período de 5 años²⁰.

31. Merck indicó en su Memorial que esta cláusula de no competir se incorporó en respuesta al descubrimiento de Merck, poco después de la reunión en la ciudad de Panamá, que:

NIFA había solicitado y obtenido ciertos registros del Ministerio de Salud Ecuatoriano para producir Rofecoxib, un medicamento patentado sobre el cual MSDIA tenía un derecho exclusivo para comercializarlo en Ecuador. Rofecoxib, el cual se vendía en Ecuador bajo la marca registrada “Vioxx”, era la patente más valiosa de MSDIA en Ecuador en ese momento²¹.

32. Merck explica que esto “indicó que [NIFA] planeaba producir Rofecoxib en violación de los derechos exclusivos de Merck, lo cual *causaría daños substanciales al* negocio de MSDIA en Ecuador”²². De hecho, se explicó posteriormente que la solicitud de registro de NIFA fue el resultado de la información incorrecta provista a ésta por los empleados del Ministerio²³.

33. Sin embargo, la cláusula de no competir propuesta de Merck no se limitaba a Vioxx.

¹⁹ Memorial de la Demandante, fn. 30; Anexo C-151, Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre del 2005, en 11 (en respuesta a la Preguntas 14 y 15).

²⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 35.

²¹ *Id.*, ¶ 33. El 30 de septiembre del 2004, Merck anunció un retiro voluntario mundial de *Vioxx*. Formulario 10-K - *United States Securities and Exchange Commission* (11 de marzo del 2005) (R-36). La decisión de la compañía, la cual tuvo vigencia de inmediato, se basó en datos de tres años generados por un estudio clínico. *id.*

²² Memorial de la Demandante, ¶ 34 (énfasis agregado). Esto suscitó también preocupaciones generales de que “NIFA podría producir y comercializar otros productos que MSDIA producía de manera que podría confundir a los clientes en cuanto a su verdadero origen”. *id.*

²³ Mensaje enviado por correo electrónico por Miguel García (NIFA) a Doris Pienknagura (Merck) (17 de diciembre del 2002) (R-6).

Tampoco se limitaba a la producción de los medicamentos patentados por Merck. La cláusula de no competir tenía la finalidad de cubrir *todas* las medicinas de Merck que se vendían en Ecuador, incluidas aquellas para las cuales ésta no tenía los derechos de patente²⁴. De hecho, en un mensaje interno enviado por correo electrónico al grupo negociador, el Sr. Harel reconoció expresamente que:

El Sr. García confirmó que *él no copiará Vioxx u otros productos protegidos por patentes. Él no está dispuesto a comprometerse a abstenerse de producir productos no protegidos por patentes*²⁵.

Él describió también el objetivo de Merck para la próxima reunión con el Sr. García:

Una reunión con el Sr. García está programada para la próxima semana. El objetivo es negociar un compromiso de que NIFA no producirá copias de los productos de MSD durante un período de 3-5 años²⁶.

Sin embargo, debido a que esto daría origen a problemas en cuanto a la legalidad de acuerdo a la ley ecuatoriana, el Sr. Harel también expresó la necesidad de un asesor jurídico ecuatoriano sobre la ley de defensa de la competencia²⁷.

34. Durante su última reunión el 22 de enero del 2003, Merck indicó a NIFA “que procedería a la venta si NIFA acordara que durante cinco años posteriores a la venta ésta no

²⁴ Mensaje enviado por correo electrónico por Jacob Harel (Merck) el 15 de enero del 2003 al grupo de negociación de Merck (R-11). *Ver también* Anexo C- 151, Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre del 2005 (en respuesta a la Pregunta 18) (“Insisto en que Jacob Harel me informó sobre estos acontecimientos por teléfono en enero del 2003 y que se solicitó a NIFA se comprometiese a abstenerse de producir los productos Merck durante un período de cinco años, contados a partir de la compra de la planta”).

²⁵ Mensaje enviado por correo electrónico por Jacob Harel (Merck) el 15 de enero del 2003 al grupo de negociación de Merck (R-11) (énfasis agregado).

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.* (“Legal investigará lo siguiente: 1. De qué manera planteamos dicha solicitud con las regulaciones [sic] actuales sobre la defensa de la competencia en Ecuador. 2. Si se hace un compromiso, cómo exigimos su cumplimiento”).

produciría copias de productos de MSDIA en la planta”²⁸. De acuerdo a Doris Pienknagura, la gerente de operaciones en la planta quien, junto con el Sr. Harel, asistió a la reunión con NIFA:

La reunión del 22 de enero tuvo dos partes: primero, en la mañana comenzamos por analizar varios temas que ameritaban un acuerdo y luego iniciamos la conversación sobre la cuestión de las copias. Luego, el Sr. García dijo que no estaba familiarizado con la lista de productos que Merck vendía en Ecuador, por lo que procedimos a proveerle una copia – documento adjunto [sic] uno²⁹ – que incluía una lista de todos los sesenta y seis productos que MSD vendía en esa época, con su nombre de marca, su genérico y presentación. [...] En ese punto, la reunión fue interrumpida y el Sr. García dijo que volvería en la tarde con una lista de su plan de producción, y así lo hizo; volvió con una lista de productos que constan en el documento adjunto dos³⁰, en la cual nosotros hicimos varias anotaciones³¹.

35. La Srta. Pienknagura explicó que la razón por la cual las negociaciones terminaron de manera abrupta fue porque “el Sr. García dijo que NIFA se rehusó a ceder en ese punto porque esos productos eran – por ley – parte del cuadro de medicamentos básicos y no podía aceptar una limitación para su venta”³². También fue la comprensión contemporánea del Sr. García que Merck buscaba imponer una restricción a la competencia general, la cual cubriera expresamente productos que no estaban protegidos por patentes de Merck³³.

36. Los documentos precedentes, presentados luego como pruebas en las cortes

²⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 35. *Ver también* Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009 (en respuesta a la Pregunta 20); Mensaje enviado por correo electrónico por Miguel García (NIFA) a Anne Usher de Ranson (Staubach) (22 de enero del 2003) (R-15).

²⁹ Anexo 1 (Doris Pienknagura) (1 de enero del 2003) (R-7) (donde se enumeran 66 productos que Merck vendía en Ecuador, y se incluyen nombres de marca comerciales, nombres genéricos y presentación).

³⁰ Anexo 2 (Doris Pienknagura) (R-124) (donde se enumeran 53 productos).

³¹ Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009 (en respuesta a la Pregunta 21).

³² *Id.* (en respuesta a la Pregunta 22).

³³ Mensaje enviado por correo electrónico por Miguel García (NIFA) a Anne Usher de Ranson (Staubach) (22 de enero del 2003) (R-15).

ecuatorianas por las partes, demuestran que la propuesta de Merck buscó no solo prohibir a NIFA que produjera productos patentados de Merck, sino también restringir el derecho de NIFA a producir y comercializar productos que se comercializan del mercado, los cuales no estaban protegidos por patentes en Ecuador y que los competidores de NIFA producían libremente. NIFA había confirmado que no violaría los derechos de patente de Merck y acordó no elaborar productos del segundo grupo durante dos años³⁴. Pero la posición del Sr. Jacob Harel era irrenunciable³⁵. Las negociaciones llegaron a un punto muerto porque NIFA no estuvo de acuerdo en renunciar a su plan de negocios vinculado a la adquisición de la planta³⁶.

37. También se omitió por conveniencia del Memorial de Merck el hecho de que el compromiso de NIFA de no producir Rofecoxib o cualquier otro de los medicamentos patentados ya se había indicado *por escrito antes* de la reunión del 22 de enero del 2003 y no requería negociación ulterior³⁷. Inmediatamente después del descubrimiento de Merck de que NIFA había obtenido ciertos registros del Ministerio de Salud Ecuatoriano para producir Rofecoxib, el asesor jurídico de Merck, Sr. Alejandro Ponce Martínez, envió una petición de cese y desistimiento a NIFA, en la cual advertía con respecto a la abstención de producir Rofecoxib³⁸. Como el empleado de Merck declaró, el 3 de enero del 2003 Merck recibió una

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Ver id.*

³⁷ De acuerdo al Sr. Harel, “el Sr. García confirmó que él no copiará Vioxx u otros productos protegidos bajo patentes. Él no está dispuesto a comprometerse a abstenerse de producir productos no protegidos por patentes”. Mensaje enviado por correo electrónico por Jacob Harel (Merck) el 15 de enero del 2003 al grupo de negociación de Merck (R-11).

³⁸ Anexo C-138, Carta enviada por Alejandro Ponce Martínez a Miguel García, de fecha 2 de diciembre del 2002. Además, el 16 de septiembre del 2002, Doris Pienknagura envió un mensaje por correo electrónico a NIFA, en el cual preguntaba sobre los planes de NIFA con respecto al Rofecoxib. Mensaje enviado por correo electrónico por Doris Pienknagura (Staubach) a Miguel García (NIFA) (16 de diciembre del 2002) (R-5). Al día siguiente, el Sr. García respondió por escrito que NIFA no tenía ninguna intención de producir Rofecoxib o infringir cualquier otro de los derechos de patentes de Merck. Mensaje enviado por correo electrónico por Miguel García (NIFA) a Doris Pienknagura (Merck) (17 de diciembre del 2002) (R-6). NIFA explicó que ésta había solicitado y obtenido registro para producir y comercializar productos Rofecoxib después que el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual había dicho a NIFA que el Rofecoxib no estaba protegido por ninguna patente

carta firmada de NIFA de que ésta no copiaría el Rofecoxib³⁹.

38. Como consecuencia, después del 3 de enero del 2003, la preocupación de Merck acerca de que NIFA copiara el Rofecoxib había dejado de ser un asunto de controversia. No obstante, en las fases finales de la negociación, cuando las partes habían analizado ya todos los términos y condiciones para la venta, Merck continuó planteando su exigencia de que NIFA firmase una cláusula de no competir como una condición para la venta⁴⁰.

39. El motivo de Merck para tal insistencia surge de los expedientes de las cortes. Mientras negociaba con NIFA, Merck consideraba al mismo tiempo un comprador alternativo, e incluso a enero del 2003 – *i.e.*, 11 meses después que las negociaciones con NIFA habían comenzado – llevó a cabo un estudio de las ventajas relativas de uno con respecto a otro comprador. Este estudio evaluó el impacto general de la expansión de NIFA en las ventas de Merck de medicamentos en Ecuador, tomando en cuenta el costo de permitir que NIFA incrementase su producción de genéricos. Determinó que la producción de NIFA de medicamentos de Merck costaría a Merck aproximadamente US \$4'100.00 durante el período del 2003 al 2008⁴¹. Sobre la base de estas cifras, vender la planta a otra compañía (*i.e.*, Ecuauquímica)⁴² a la mitad del

en Ecuador. Posteriormente, NIFA descubrió que el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual había cometido un error porque el Rofecoxib estaba protegido por una patente. Cuando NIFA se enteró de este error, ésta suspendió sus planes de producir y comercializar productos Rofecoxib. *id.*

³⁹ Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009 (en respuesta a la Preguntas 16 y 17). *Ver también* Mensaje enviado por correo electrónico por Doris Pienknagura (Merck) a Miguel García (NIFA) (9 de enero del 2003) (R-8).

⁴⁰ Mensaje enviado por correo electrónico por Doris Pienknagura (Merck) a Miguel García (NIFA) (10 de enero del 2003) (R-9).

⁴¹ Mensaje enviado por correo electrónico por Jacob Harel (Merck) el 15 de enero del 2003 al grupo de negociación de Merck (R-11); Mensaje enviado por correo electrónico por Luis Eduardo Ortiz (Merck) a Jacob Harel (Merck) (14 de enero del 2003) (R-10) (“Asunto: ANÁLISIS SOBRE COPIAS (Borrador)”).

⁴² Ecuauquímica fue una de las compañías con las cuales Merck negoció incluso antes de su trabajo con Staubach. Anexo C-144, Testimonio de Anne Kareen Ranson [conocida también como Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Juzgado de Primera Instancia, de fecha 28 de junio del 2004, en pág. 8 (en respuesta a la Pregunta 9). Después de finalizar las negociaciones con NIFA, Merck reanudó las conversaciones con Ecuauquímica. Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 1 (en respuesta a la Pregunta 2).

precio que usaría la planta solamente para bodega y oficinas “podía ser la mejor opción”⁴³. Con base en este análisis de beneficio en términos de costos, la preferencia por Ecuaquímica fue evidente para Merck⁴⁴.

40. En su Memorial, Merck afirma que la planta del Valle de los Chillos se vendió finalmente en julio del 2003 a Ecuaquímica, otra compañía farmacéutica, por apenas algo más de la mitad del precio que habían acordado con NIFA⁴⁵. Sin embargo, Merck no menciona que Ecuaquímica no tenía intención de usar la planta para producir productos competidores, sino mas bien adquirió la planta solo para usarla como bodega⁴⁶.

41. Merck expresó en su Memorial que el gerente general de NIFA, Sr. García, terminó las negociaciones después que ambas partes no pudieron llegar a un acuerdo sobre el alcance de la cláusula de no competir⁴⁷. Al contrario, varias comunicaciones entre NIFA y Merck después de la reunión del 22 de enero del 2003 sugieren que el Sr. Miguel García estuvo abierto para resolver sus diferencias. Sin embargo, el Sr. Harel no demostró ningún interés y en forma precipitada cerró toda oportunidad de conversaciones ulteriores con NIFA⁴⁸.

⁴³ Mensaje enviado por correo electrónico por Luis Eduardo Ortiz (Merck) a Jacob Harel (Merck) (14 de enero del 2003) (R-10).

⁴⁴ Mensaje enviado por correo electrónico por Jacob Harel (Merck) el 15 de enero del 2003 al grupo de negociación de Merck (R-10).

⁴⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 36.

⁴⁶ Mensaje enviado por correo electrónico por Jacob Harel (Merck) el 15 de enero del 2003 al grupo de negociación de Merck (R-11).

⁴⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 35.

⁴⁸ *Ver* Carta enviada por Jacob Harel (Merck) a Miguel García (NIFA) (29 de enero del 2003) (R-17). Al contrario, el Sr. García comunicó su apertura e interés continuo. *Ver* Fax enviado por Miguel García (NIFA) a Jacob Harel (Merck) (31

Jan. 31) (R-18). Debido a la negativa del Sr. Harel a continuar las negociaciones, NIFA envió dos cartas en febrero del 2003 a Raymond V. Gilmartin, Presidente y CEO de Merck & Co's. En estas cartas, NIFA describió las circunstancias que le indujeron a la terminación de las negociaciones y solicitó una explicación al Sr. Gilmartin. Estas quejas quedaron sin respuesta. Fax enviado por Miguel García (NIFA) a Raymond Gilmartin (Merck) (10 de febrero del 2003) (R-20); Fax enviado por Miguel García (NIFA) a Raymond Gilmartin (Merck) (14 de febrero del 2003) (R-21).

42. A raíz del fracaso de las negociaciones, NIFA planteó un juicio civil ordinario contra Merck en las cortes ecuatorianas, por el daño que ésta sufrió como resultado de la conducta de Merck.

B. El litigio NIFA contra Merck

43. El juicio de *NIFA contra Merck* fue interpuesto por NIFA en el Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha, la corte de primera instancia, y procedió a la apelación de Merck ante la Corte Provincial de Justicia de lo Civil y Mercantil, la corte de segunda instancia, y fue objeto de casación ante la Corte Nacional de Justicia (“CNJ”). Al contrario de las alegaciones de Merck, los expedientes de todos estos tres procesos ante las cortes demuestran que se otorgó a ambas partes litigantes un proceso justo en cada instancia.

1. El proceso en la Corte de Primera Instancia

44. El 20 de noviembre del 2003, NIFA presentó una denuncia contra Merck en el Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha, una corte de primera instancia con jurisdicción en materia de derecho civil general (la “corte de primera instancia” o “juzgado de primera instancia”)⁴⁹. NIFA alegó que participó en negociaciones con Merck para la venta de la planta del Valle de los Chillos, las cuales se prolongaron durante casi un año, tiempo en el cual [NIFA] creyó – erróneamente – que [estaba] tratando con una oferta seria hecha por una compañía respetable”, hasta enero del 2003, cuando la empleada de Merck, Doris Pienknagura informó al abogado de NIFA sobre la intención de Merck de imponer una cláusula de no competir que prohibía a NIFA que produjese varios medicamentos genéricos⁵⁰. NIFA alegó daños por la estrategia de Merck de demorar la “entrada” de NIFA “al mercado de productos genéricos”⁵¹, “que llegaban a doscientos millones de dólares (\$200’000.000,00) . . . debido a las actuaciones fraudulentas que

⁴⁹ Anexo C-10, Demanda de NIFA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 16 de diciembre del 2003.

⁵⁰ *Id.*, págs. 7, 9.

⁵¹ *Id.*, pág. 8.

causaron que mi cliente sufriera serios daños”⁵².

45. En apoyo, la denuncia de NIFA se basó expresamente en varias disposiciones de la Constitución⁵³, el Código Civil⁵⁴, y el Código de Procedimiento Civil⁵⁵. En realidad, en uno de sus escritos ante la corte de primera instancia, Merck reconoció que:

La pretensión de la Demandante [NIFA] en esta acción consiste en el pago de indemnización por daños resultantes de un ilícito civil extracontractual, que es un *acto ilícito intencional que ha causado daños a la Demandante* [NIFA], porque [Merck], de acuerdo a la Demandante [NIFA], actuó de mala fe y cometió un fraude en el curso de las negociaciones para vender su planta industrial⁵⁶.

46. Los procesos ante la corte de primera instancia fueron extensos, incluyeron alegatos escritos de las partes, un período probatorio de diez días, varias peticiones mutuas de las partes de que se excluyeran pruebas, informes periciales y audiencias orales. El expediente completo no llegó a menos de seis mil páginas. Para demostrar la extensión de los procesos en la primera instancia, Ecuador remite al Tribunal al archivo electrónico del caso que se encuentra disponible en el sitio de Internet de la Corte de Pichincha⁵⁷. Si bien éste no detalla todos los documentos y pruebas presentadas en el caso, da un sentido de la amplitud y la seriedad con que se condujeron procesos, que lleva las características distintivas de un caso ante las cortes ordinarias en materia civil⁵⁸.

⁵² *Id.*

⁵³ Constitución Ecuatoriana, Artículo 18, Artículo 23 numerales 16 y 18, Artículo 244 numerales 1 y 3, Artículo 272 y Artículo 273.

⁵⁴ Código Civil, Artículos 18, 29, 2241, 2256, 2259, 2260.

⁵⁵ Código de Procedimiento Civil, Artículos 63 y 404 *et seq.*

⁵⁶ Escrito de Merck, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Primera Instancia (9 de mayo del 2005) (R-40).

⁵⁷ Expediente Electrónico, Caso No. 2003-1022, *NIFA contra MSDIA*, Segunda Sala de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (R-121), *disponible en* <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>.

⁵⁸ *Id.*

47. El expediente electrónico demuestra que la demanda de NIFA se asignó en forma aleatoria, a través del sistema de sorteo de la función judicial, al Juez Juan Toscano Garzón (“Juez Toscano”)⁵⁹. Después de haber otorgado a la demandante un derecho estatutario a complementar y modificar su denuncia, la corte de primera instancia notificó a la demandada Merck y le ordenó que contestase la demanda dentro de quince días⁶⁰.

48. Después que las partes presentaran escritos, la corte de primera instancia comenzó un período probatorio de diez días⁶¹. Durante este período probatorio, ambas partes tuvieron una oportunidad de presentar todos los documentos que desearan para incorporarlos como pruebas, entre ellos varios mensajes enviados por correo electrónico en relación con las negociaciones sobre la venta de la planta⁶². Ambos litigantes solicitaron declaraciones de sus respectivos testigos presenciales. NIFA solicitó la declaración de la Sra. Usher de Ranson⁶³. Merck solicitó la declaración del Sr. Edgardo Jaén⁶⁴.

49. Como es lo habitual en los procesos en la primera instancia, el 29 de junio del 2004, la corte ordenó varias inspecciones judiciales, incluida una inspección judicial a la planta de NIFA⁶⁵, una inspección judicial a las oficinas de Merck para evaluar, *inter alia*, los costes

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Código de Procedimiento Civil, Artículo 397 La corte de primera instancia solicitó a Merck que presentase una respuesta adicional o una contrademanda en respuesta a la denuncia modificada de NIFA. Expediente Electrónico, Caso No. 2003-1022, *NIFA contra MSDIA*, Segunda Sala de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (R-121), Entradas 4-8.

⁶¹ *Id.*

⁶² Presentación de MSDIA, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Primera Instancia (24 de junio del 2004) (R-22).

⁶³ *Ver* Anexo C-143, Providencia de la Corte de Primera Instancia del 25 de junio del 2004, *NIFA contra MSDIA*.

⁶⁴ Expediente Electrónico, Caso No. 2003-1022, *NIFA contra MSDIA*, Segunda Sala de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (R-121), Entrada 35.

⁶⁵ Escrito de NIFA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (29 de junio del 2004) (R-24). Así, el 24 de agosto del 2004, el Juez Toscano llevó a cabo una inspección judicial en el laboratorio de NIFA para verificar su capacidad para producir productos farmacéuticos. Inspección Judicial (en la planta de NIFA) (24 de agosto del 2004) (R-33).

operacionales y de mantenimiento en la planta del Valle de los Chillos⁶⁶, y una inspección judicial de los registros contables de NIFA⁶⁷.

50. Los procesos incluyeron también varios peritos designados por la corte de primera instancia:

- Gustavo Rojas, quien presentó un informe pericial⁶⁸, así como también un informe suplementario basado en observaciones de Merck⁶⁹, sobre la contabilidad de NIFA;
- Luis Tapia Arroyo, quien presentó un informe pericial⁷⁰ y un informe suplementario a solicitud de Merck⁷¹ sobre los costes de operaciones y mantenimiento en relación con la Planta del Valle de los Chillos;
- Omar Herrera, quien presentó un informe pericial sobre la contabilidad de Merck⁷²; y,
- Ángel Calapaqui, quien presentó un informe pericial sobre la planta de NIFA⁷³.

Merck ejerció su derecho a presentar observaciones y objetar los informes presentados por los peritos designados por la corte, argumentando que estos eran irrelevantes para determinar si

⁶⁶ Inspección Judicial en (planta de MSDIA) (6 de septiembre del 2004) (R-34).

⁶⁷ Inspección Judicial (planta de MSDIA) (12 de mayo del 2005) (R-41).

⁶⁸ Providencia de la Corte, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Primera Instancia (donde se notifica a las partes sobre el Informe del Sr. Gustavo Rojas) (2 de febrero del 2006) (R-53).

⁶⁹ Expediente Electrónico, Caso No. 2003-1022, *NIFA contra MSDIA*, Segunda Sala de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (R-121), Entrada 122.

⁷⁰ *Id.*, Entrada 82.

⁷¹ *Id.*, Entrada 94.

⁷² Informe Pericial de Omar Herrera, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Primera Instancia (18 de mayo del 2005) (R-42).

⁷³ Informe Pericial de Ángel Calapaqui, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Primera Instancia (10 de enero del 2005) (R-35).

NIFA había sufrido algún daño como resultado del fracaso de las negociaciones⁷⁴. Además, la corte ordenó a los peritos que presentasen los informes suplementarios que Merck solicitare⁷⁵. En consecuencia, es irrefutable que las posiciones y pruebas respectivas de las partes tuvieron oportunidad de expresarse abiertamente y de “hacer valer judicialmente sus derechos”.

51. Merck reclama que ha encontrado algunas agujas en el pajar del expediente para alegar que no se le proveyó notificación anticipada de dos órdenes relativas a la declaración de la testigo presencial de NIFA, Sra. Usher de Ranson, y que no se le notificó debidamente sobre la sentencia final emitida por la corte de primera instancia. Como se demuestra más adelante, estas alegaciones no son solo exageraciones manifiestas de lo que había ocurrido en realidad, sino la ocultación del papel del propio abogado de Merck⁷⁶.

52. Después de cerca de tres años y medio, una vez que la fase probatoria había concluido y cuando el caso estaba listo para una decisión, el Juez Toscano fue promovido a la Corte Provincial de Justicia de lo Civil y Mercantil. Como resultado, un nuevo juez, la Jueza Interina Chang Huang fue asignada para reemplazarlo, también a través de sorteo judicial⁷⁷. Después de tener una oportunidad de estudiar el caso durante un período de tres meses, la Jueza Interina Chang Huang dictó sentencia en el caso el 17 de diciembre del 2007, a favor de NIFA. La sentencia declaró que las prácticas y actuaciones de Merck durante las negociaciones con NIFA eran ilegales de acuerdo al Artículo 244 de la Constitución Ecuatoriana⁷⁸ e ilícitos

⁷⁴ Expediente Electrónico, Caso No. 2003-1022, *NIFA contra MSDIA*, Segunda Sala de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia), Entrada 82.

⁷⁵ *Id.*, Entrada 88.

⁷⁶ *Ver infra* Sección VI(C)(1)(a).

⁷⁷ El sistema de sorteo judicial de asignar jueces y la rotación de jueces se designa para garantizar procesos imparciales.

⁷⁸ La corte de primera instancia sostuvo que era su deber penalizar actuaciones que violaron esta disposición de la Constitución:

El numeral 3 del artículo 244 de la Constitución Política de la República impone al Estado la obligación de sancionar todas las prácticas monopólicas y otras que impidan o distorsionen la competencia. La regulación constitucional declara la ilegalidad de las prácticas que afecten o distorsionen la competencia, incluso más si éstas

extracontractuales, en particular según los Artículos 2214, 2216, y 2229 del Código Civil Ecuatoriano⁷⁹. Si bien la corte de primera instancia consideró que Merck no estaba obligada a vender la planta a NIFA, reconoció que las partes estaban obligadas a negociar de buena fe. Determinó que la falta de transparencia de Merck en sus tratos con NIFA fue abusiva e ilícita según el derecho civil en materia de responsabilidad extracontractual ecuatoriana⁸⁰.

2. Los procesos en la corte de apelaciones

53. La apelación de Merck de la sentencia de la corte de primera instancia fue asignada a la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de lo Civil y Mercantil, la corte de segunda instancia (en lo sucesivo, la “corte de segunda instancia” o “corte de apelación”)⁸¹. Un panel de apelación se constituyó de inmediato, compuesto por tres jueces asignados aleatoriamente a través del sorteo judicial: Alberto Palacios y Beatriz Suárez. También se incluyó al Juez Toscano, quien fue asignado inicialmente al caso en el proceso en primera instancia antes de su promoción a la corte de apelaciones. Sin embargo precisamente dos semanas después que la corte de apelaciones recibió el archivo del caso, el Juez Toscano se recusó, *sua sponte*, de

se originaren en una compañía con gran poder económico que pudiera imponer su poder monopólico. La regulación constitucional clasifica las prácticas contrarias a la competencia como ilegales, por lo cual es deber del juez sancionar dentro del marco de la ley la comisión de dichas prácticas.

Anexo C-3, Opinión de la Corte de Primera Instancia, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 17 de diciembre del 2007.

⁷⁹ La corte de primera instancia expuso las razones:

A fin de que un acto ilícito reciba una sanción de orden civil y que la obligación de reparar el daño sea impuesta al autor, debe existir una actuación culposa, ilegal y punible. El Artículo 2229 del Código Civil establece que, por regla general, todos los daños que puedan atribuirse a dolo o negligencia de otra persona serán reparados por esa persona. Esta regulación es acorde con aquella establecida en el Artículo 2214 del Código Civil que establece que quien haya cometido un acto ilícito o negligencia está obligado a proveer indemnización. Las regulaciones legales citadas sancionan el cometimiento de ilícitos civiles e imponen la obligación de reparar el daño causado, a través del pago a la parte correspondiente, de una indemnización. Por lo tanto, cumple la supuesta clasificación establecida en la Constitución de la República.

Id., pág. 14.

⁸⁰ *Id.*, pág. 12. *Ver también id.*, págs. 9-11.

⁸¹ Expediente Electrónico, Caso No. 2008-0421, *NIFA contra MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primer Juzgado de lo Civil y Mercantil (Corte de Segunda Instancia) (R-122).

conocer o decidir el caso por la precisa razón de que él había participado en los procesos en las cortes inferiores, y por la razón adicional de que su juez sustituto⁸² (un cargo a tiempo parcial) también fue abogado de NIFA en la primera instancia⁸³. Su deseo de recusarse fue ratificado finalmente y otro juez lo reemplazó en el panel⁸⁴.

54. A solicitud de ambas partes, la corte de apelaciones declaró un período probatorio⁸⁵. En calidad de apelante en el caso con la responsabilidad de demostrar que la decisión de la corte inferior fuera errónea, Merck presentó nuevas pruebas, además de aquellas que ya había presentado ante la corte inferior⁸⁶.

55. NIFA, por otra parte, en calidad de parte que prevaleció en la instancia inferior, solicitó a la corte se basase en las pruebas de NIFA de la instancia inferior, incluidos sus alegatos⁸⁷. NIFA se basó así, mediante referencia, en las mismas pruebas ante la corte de apelaciones tal como lo había hecho en la corte de primera instancia. Además, NIFA contrainterrogó a la mayoría de testigos presentados por Merck, incluidos Hans Forrer Ruegg⁸⁸, María Fabiana Lacerca⁸⁹, Luis Ortiz Monasterio⁹⁰, Richard Trent⁹¹, Doris Pienknagura⁹², y Jacob Harel⁹³. El

⁸² En el tiempo pertinente, las cortes designarían a jueces sustitutos a sugerencia de los jueces permanentes. Los jueces sustitutos servirían solo cuando el juez o la jueza no estuviera disponible para ejercer sus funciones. Hoy en día, los jueces sustitutos son jueces permanentes que rotan.

⁸³ Anexo R-59, Excusa del Juez Juan Toscano, Corte de Apelaciones, 29 de julio del 2008.

⁸⁴ Ver Anexo C-186, Providencia de la Corte de Apelaciones of 23 de junio del 2009, *NIFA contra MSDIA* (en la cual se ordena la recusación del Juez Toscano y se lo reemplaza con el Juez Sustituto Permanente Marco Vallejo Jijón).

⁸⁵ R Expediente Electrónico, Caso No. 2008-0421, *NIFA contra MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primer Juzgado de lo Civil y Mercantil (Corte de Segunda Instancia) (R-122), Entrada 22.

⁸⁶ Ver Memorial de la Demandante, ¶ 78.

⁸⁷ Anexo C-182, pág. 1.

⁸⁸ Petición de NIFA, Interrogatorio para Hans Forrer Ruegg, *MSDIA contra NIFA* (Corte de Apelaciones) (5 de junio del 2009) (R-75).

⁸⁹ Petición de NIFA, Interrogatorio para Luis Ortiz Monasterio, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (5 de junio del 2009) (R-77).

⁹⁰ Petición de NIFA, Interrogatorio para Richard Trent, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (5 de

contrainterrogatorio de NIFA de estos testigos obtuvo pruebas con respecto a las negociaciones entre las partes litigantes⁹⁴.

56. Por consiguiente, ambos lados tuvieron oportunidad plena de presentar nuevas pruebas, así como también de basarse en sus pruebas en los procesos en la primera instancia. Ambas tuvieron la oportunidad de utilizar el proceso obligatorio para obtener testigos y pruebas. Ambas tuvieron oportunidad plena de revisar la substancia y la fuente de todas las pruebas y de impugnar su validez⁹⁵.

57. Sin embargo, Merck acusa a la corte de segunda instancia de nombramiento “impropio” e “irregular” de tres peritos – Sr. Cristian Augusto Cabrera Fonseca, Dr. Carlos Guerra Román, y Sr. Marco V. Yerovi Jaramillo – cuyos informes eran desfavorables para Merck⁹⁶. Como se demostrará más adelante⁹⁷, el expediente demuestra que no hubo nada “irregular” o “impropio” acerca de sus nombramientos.

58. La corte de apelaciones nombró inicialmente a dos peritos para que se ocuparan de tres

junio del 2009) (R-78).

⁹¹ Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 9.

⁹² Petición de NIFA, Interrogatorio para Jacob Harel, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (5 de junio del 2009) (R-79).

⁹³ *Ver, v.g.*, Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 10, 11 (respuesta a las preguntas diecinueve y veinticuatro).

⁹⁴ Inspección Judicial, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Apelaciones (10 de enero del 2010) (R-83). *Ver también* Providencia de la Corte, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Apelaciones (5 de junio del 2009) (R-80) (donde se admite y autoriza la recepción de pruebas propuestas y solicitadas por MSDIA, las cuales incluyen pruebas documentarias, nombramiento de peritos, testimonio de testigos en el extranjero).

⁹⁵ Inspección Judicial, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Apelaciones (10 de enero del 2010) (R-83). *Ver también* Providencia de la Corte, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Apelaciones (5 de junio del 2009) (R-80) (donde se admite y autoriza la recepción de pruebas propuestas y solicitadas por MSDIA, las cuales incluyen pruebas documentarias, nombramiento de peritos, testimonio de testigos en el extranjero).

⁹⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 271(e).

⁹⁷ *Ver infra* Sección VI(C)(2)(d).

temas pertinentes: la ley sobre defensa de la competencia, daños, y bienes raíces. Nombró al Dr. De León para que opinase sobre la ley sobre defensa de la competencia, a solicitud de Merck⁹⁸, y sobre daños, a solicitud de NIFA⁹⁹. Como Merck expresa en su Memorial, la corte de apelaciones solicitó a la Autoridad Ecuatoriana en Competencia una lista de candidatos sobre la ley sobre defensa de la competencia¹⁰⁰. Sobre la base de la recomendación de la Autoridad en Competencia, la corte nombró al Dr. De León para que prestase servicios “conjuntamente como su perito en daños, así como también sobre la responsabilidad civil por acciones monopólicas”¹⁰¹.

59. El nombramiento del Sr. Cabrera como segundo perito en daños se hizo a solicitud de Merck¹⁰², y de acuerdo al método sugerido por Merck¹⁰³, mediante orden de fecha 3 de febrero del 2010¹⁰⁴. Sin embargo, poco tiempo después, el Dr. De León presentó su informe pericial de fecha 12 de febrero del 2010. Este informe indicó que no había ninguna razón para los daños de NIFA. Deseoso de basarse en este informe e impedir otra opinión sobre daños, Merck “renunci[ó] a su solicitud del perito Cristian Cabrera, por lo cual, luego de aceptar esa renuncia, la designación y la orden de que él presentase un informe con respecto a los temas solicitados quedará sin efecto”¹⁰⁵. Una vez más, la corte accedió a la solicitud de MSDIA, aunque podía

⁹⁸ Anexo C-40, Petición de MSDIA del 13 de mayo del 2011, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, págs. 1-3.

⁹⁹ Anexo C-175, Primera Petición de MSDIA del 5 de junio del 2009, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, págs. 4-5.

¹⁰⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 87.

¹⁰¹ *Id.* ¶ 103. Expediente Electrónico, Caso No. 2008-0421, *NIFA contra MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primer Juzgado de lo Civil y Mercantil (Corte de Segunda Instancia) (R-122), Entrada 108 (Nombramiento del Testigo Pericial, 27 de julio del 2009).

¹⁰² Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (5 de junio del 2009) (R-72).

¹⁰³ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (5 de enero del 2010) (R-81).

¹⁰⁴ Oficio enviada por el Presidente del Colegio de Contadores Públicos de Pichincha a la Corte de Apelaciones, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Apelaciones (1 de febrero del 2010) (R-85); Providencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA* (3 de febrero del 2010) (R-86).

¹⁰⁵ Anexo C-26.

mantener al Sr. Cabrera como perito independiente, designado por la corte¹⁰⁶.

60. Como se puede comprender, NIFA buscó otro perito en daños¹⁰⁷. En respuesta, mediante orden de fecha 10 de mayo del 2011, la corte volvió a nombrar al Sr. Cabrera, quien ya estaba familiarizado con este caso, había sido recomendado por el Colegio de Contadores, y había sido aprobado previamente por ambas partes¹⁰⁸. Merck no objetó la preparación académica y experiencia del Sr. Cabrera después de su nueva designación.

61. La corte nombró al Dr. Guerra como perito adicional sobre el tema de la ley sobre defensa de la competencia, en respuesta a la solicitud de NIFA de que se nombrase un perito en la ley de defensa de la competencia para que impugnase los hallazgos del Dr. De León y en respuesta a la solicitud de Merck de que otro perito opinase sobre el supuesto error esencial del Dr. De León¹⁰⁹. La propia Merck sugirió específicamente el método para su nombramiento, y solicitó a la corte que pidiese a la autoridad competente, el Consejo de la Judicatura, recomendase una lista de peritos calificados para que revisase el informe del Dr. De León¹¹⁰ a fin

¹⁰⁶ Providencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA* (26 de abril del 2010); Expediente Electrónico, Caso No. 2008-0421, *NIFA contra MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primer Juzgado de lo Civil y Mercantil (Corte de Segunda Instancia) (R-122), Entrada 200 (Orden General del 26 de abril del 2010, “Se retira de su posición a Cristian Augusta Cabrera Fonseca.) Debería advertirse que se prescindió del Sr. Cabrera a solicitud de Merck en abril del 2010, pese al hecho de que la corte ya había visto el informe del Dr. De León sobre daños que determinó que no había ninguna razón para fallar a favor de indemnización por daños a NIFA.

¹⁰⁷ Petición de NIFA, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Apelaciones (5 de mayo del 2011) (R-110).

¹⁰⁸ Providencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA* (29 de junio del 2010) (R-91). *Ver también* Expediente Electrónico, Caso No. 2008-0421, *NIFA contra MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primer Juzgado de lo Civil y Mercantil (Corte de Segunda Instancia) (R-122), Entrada 344 (Procedimientos para emitir órdenes 10 de mayo del 2011) (“Lo peritos, aunque son elementos auxiliares para el Juez, no son necesariamente obligatorios, una vez que el juez se ha formado su opinión”).

¹⁰⁹ Anexo C-29; Petición de NIFA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (12 de noviembre del 2010) (R-99) (“Ambas partes han solicitado que usted nombre peritos con conocimientos sobre “*antitrust*” y la ley de defensa de la competencia [sic] y los daños a fin de aclarar la verdad y determinar si el argumento planteado por Ignacio de León refleja la verdad”).

¹¹⁰ Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero del 2010.

de determinar si él había cometido errores esenciales¹¹¹. La corte siguió este proceso de selección, remitió la solicitud al Consejo de la Judicatura de Pichincha¹¹². El Consejo de la Judicatura de Pichincha respondió remitiendo a la corte a la lista de acceso público que incluía peritos acreditados disponibles en su sitio de Internet¹¹³. En coherencia con la práctica normal, mediante orden de fecha 8 de diciembre del 2010, la segunda instancia nombró al Dr. Guerra de la lista recomendada por el Consejo de la Judicatura de Pichincha¹¹⁴.

62. El nombramiento de dos peritos en bienes raíces siguió asimismo el procedimiento normal, a insistencia de las partes litigantes. Primero, a solicitud de Merck, la corte nombró al Sr. Manuel Silva¹¹⁵. Después que el Sr. Silva había emitido su informe¹¹⁶, NIFA solicitó el nombramiento de un nuevo perito¹¹⁷. Merck no hizo ninguna objeción al nombramiento de un nuevo perito en bienes raíces. Sin embargo, ésta sí objetó el *alcance* de la opinión del perito nombrado recientemente, pero solo porque ésta buscó impedir que el perito abordare los asuntos planteados por NIFA¹¹⁸. Además, la propia Merck solicitó otro perito para que suplementase el informe del Sr. Silva¹¹⁹. Así, a solicitud de *ambas* partes, la corte nombró al Sr. Yerovi, quien fue seleccionado de la lista de peritos enviada por el Departamento Provincial del Consejo de la

¹¹¹ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, (29 de octubre del 2010) (R-98).

¹¹² Oficio enviada por Corte de Apelaciones al Consejo de la Judicatura de Pichincha, *NIFA contra MSDIA*, (26 de noviembre del 2010) (R-100).

¹¹³ Oficio enviada por la Dirección Provincial de Pichincha a la Corte de Apelaciones, *MSDIA contra NIFA* (30 de noviembre del 2010) (R-101).

¹¹⁴ Lista de peritos acreditados por el Consejo de la Judicatura de Pichincha (30 de noviembre del 2010) (R-102).

¹¹⁵ Expediente Electrónico, Caso No. 2008-0421, *NIFA contra MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primer Juzgado de lo Civil y Mercantil (Corte de Segunda Instancia), Entrada 43.

¹¹⁶ Anexo C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásquez, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 23 de diciembre del 2009.

¹¹⁷ Petición de NIFA, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Apelaciones (18 de junio del 2010) (R-90).

¹¹⁸ Anexo C-30, Informe de Marco V. Yerovi Jaramillo, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 20 de diciembre del 2010.

¹¹⁹ Solicitud de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (31 de enero del 2011) (R-105).

Judicatura a solicitud de la corte¹²⁰. Merck no objetó su nombramiento específico o su preparación académica y experiencia. Meramente se reservó el derecho de interrogar al Sr. Yerovi verbalmente¹²¹.

63. Además de los peritos sobre los que Merck discute en su Memorial, la corte de apelaciones también nombró a los siguientes peritos:

- Ingeniero Alfredo Calderón Serrano, nombrado a petición de NIFA, para que revisase los mensajes intercambiados por correo electrónico entre el personal de Merck que participaba en las negociaciones¹²²;
- Marta Piedad Lincango Flores, nombrada para evaluar la capacidad de la planta de NIFA para la producción de productos farmacéuticos (en conexión con una inspección judicial)¹²³; y,
- Dr. José Carlos García Cevallos, nombrado para emitir su opinión sobre si el mercado para medicamentos genéricos era un mercado regulado en Ecuador¹²⁴.

64. Una vez concluida la fase probatoria, la presentación de varios informes periciales y alegatos escritos, la corte de apelaciones dictó su sentencia final el 23 de septiembre del 2011¹²⁵. La corte determinó que la conducta de Merck era dañosa, sostuvo que las disposiciones del Código Civil tenían la amplitud suficiente y cubrían todo tipo de acto ilícito civil, incluidas las

¹²⁰ Solicitud de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (30 de septiembre del 2010) (R-92); Anexo C-28, Providencia de la Corte de Apelaciones of 26 de octubre del 2010, *NIFA contra MSDIA*.

¹²¹ Petición de MSDIA, *MSDIA contra NIFA*, Corte de Apelaciones (27 de octubre del 2010) (R-97).

¹²² *Ver también* Expediente Electrónico, Caso No. 2008-0421, *NIFA contra MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primer Juzgado de lo Civil y Mercantil (Corte de Segunda Instancia), Entrada 159 (Orden de Procesos Judiciales del 25 de enero del 2010).

¹²³ *Ver id.*, Entrada 117.

¹²⁴ *Ver id.*, Entrada 303.

¹²⁵ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 23 de septiembre del 2011.

prácticas contrarias a la libre competencia¹²⁶. La corte de apelaciones redujo la cuantía de la indemnización por daños a US \$150 millones¹²⁷.

65. Merck alega que la sentencia de la corte de apelaciones demuestra que la corte consideró que Merck había renunciado a su derecho a utilizar su prueba. Como se analiza más adelante, esta alegación no es correcta. La propia sentencia fue clara cuando expresó que la única prueba de la cual consideró que Merck había desistido fue la prueba que Merck misma buscó excluir: “para que quede constancia en el expediente, la parte demandada en esta instancia desistió expresamente de la prueba que tiene la finalidad de descartar las razones del veredicto en la primera instancia, *tal como consta en la página 9940* de las órdenes de la corte”¹²⁸. La página 9940 del expediente contiene la renuncia de Merck a su derecho a nombrar un perito para que determinase si NIFA había sufrido daño originado en las negociaciones fracasadas¹²⁹, hecha por Merck cuando el Dr. De León emitió un informe favorable para ésta. Es claro que la sentencia en el juicio que Merck cita simplemente advierte mediante referencia el único asunto respecto al cual Merck renunció expresamente a sus derechos.

66. La corte de apelaciones no consideró que Merck renunció a otra prueba. La función primordial de la corte era revisar la decisión en la corte inferior. Por lo tanto, consideró el expediente de los procesos en la corte de primera instancia además de todas las nuevas pruebas presentadas por ambas partes en el nivel de apelación¹³⁰. Además, la sentencia reflejaba expresamente la consideración de la corte de los peritos en los cuales Merck se basó. Por lo tanto, la corte rechazó la justificación de Merck para la imposición de la cláusula de no competir basada en la defensa de que NIFA violó la propiedad intelectual de Merck. No encontró ninguna prueba de dicha violación. Por esta razón, la corte de segunda instancia no estuvo de acuerdo

¹²⁶ *Id.*, Considerando Séptimo.

¹²⁷ *Id.*, pág. 16.

¹²⁸ *Id.*, pág. 15 (énfasis agregado).

¹²⁹ Anexo C-26, Petición de MSDIA del 16 de abril del 2010, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones.

¹³⁰ Opinión de Aguirre, ¶ 5.4. *Ver también* Opinión de Aguirre, ¶¶ 5.5-5.7, 7.2.

con la opinión del Dr. León, con la cual Merck estaba a favor, porque ésta “se hacía eco de” la defensa de Merck rechazada por la corte¹³¹. De manera similar, la corte proveyó su exposición razonada de motivos para favorecer el informe del perito Sr. Jaramillo en lugar del informe del Sr. Manuel Silva, el perito que contaba con la preferencia de Merck¹³².

67. Las alegaciones adicionales de Merck acerca de la irregularidad de la sentencia también se desvanecen a continuación¹³³.

68. El 13 de octubre del 2011, tanto NIFA como Merck presentaron sus peticiones de casación en la cual solicitaron la revisión de la sentencia de la corte de apelaciones por parte de la Corte Nacional de Justicia (CNJ) de Ecuador¹³⁴. La corte de apelaciones declaró que ambas peticiones estaban en conformidad con los requisitos para petición de casación el 24 de octubre del 2011. En el mismo orden, la corte de apelaciones estableció en US \$23.500 la suma de la garantía de cumplimiento necesaria para dejar en suspenso la ejecución¹³⁵; la cual Merck pagó

¹³¹ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 23 de septiembre del 2011, Considerando Trece, pág. 13.

¹³² La corte expuso los motivos:

El archivo del caso demuestra que durante los años 2002 y 2003 había varias plantas industriales para la venta o arrendamiento, de modo que la demandada argumenta que la demandante bien podría haber optado por cualquiera de ellas o por expandir su planta. Sin embargo, durante el período probatorio dos revisiones periciales se llevaron a cabo para determinar la disponibilidad de plantas adecuadas para la industria farmacéutica en la ciudad de Quito. El primero (perito Manuel Silva) describe las plantas y edificios, pero no especifica si eran adecuadas para la industria farmacéutica y su cumplimiento con las reglas de las Buenas Prácticas de Fabricación, mientras el segundo (Marco Yerovi Jaramillo) deja en claro que aunque había varias plantas industriales, éstas no eran adecuadas para la industria farmacéutica. Es importante determinar este hecho puesto que se puede concluir que la planta industrial que pertenecía a la demandada llegó a ser el único activo en ese entonces, pues no había ninguna otra planta industrial en el área de la ciudad de Quito y su área de influencia que reuniera las características técnicas necesarias para una industria sensible como es la industria farmacéutica. . . . Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 23 de septiembre del 2011, Considerando Trece, págs. 11-12.

¹³³ *Ver infra* Sección VI(C)(2)(f).

¹³⁴ Anexo C-198, Petición de Casación de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011; Anexo C-199, Petición de Casación de NIFA, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 13 de octubre del 2011.

¹³⁵ Anexo C-53, Providencia de la Corte de Apelaciones of 25 de octubre del 2011, *NIFA contra MSDIA*.

oportunamente. Mediante orden de fecha 25 de octubre del 2001, la corte de apelaciones admitió las peticiones de casación de las partes, suspendió la ejecución de la sentencia dictada por ésta, y remitió el caso a la CNJ¹³⁶.

3. Los procedimientos de casación

69. La Corte Nacional de Justicia admitió las apelaciones el 11 de noviembre del 2011. El 18 de noviembre del 2011, Merck solicitó a la CNJ que fijase una fecha y hora para la vista oral¹³⁷. En respuesta a la solicitud de Merck, el 29 de noviembre del 2011, la CNJ programó la vista oral para el 12 de diciembre del 2011¹³⁸. Sin embargo, Merck solicitó se continuase la audiencia en una fecha posterior, afirmando que necesitaba más tiempo para prepararse para una vista oral, pero sin indicar ningún marco de tiempo específico¹³⁹. La CNJ accedió a esta solicitud y reprogramó la audiencia al final del mes, el 26 de diciembre del 2011¹⁴⁰. Merck no solicitó una reprogramación adicional. Como expresa en su Memorial, la vista oral tuvo lugar según lo programado el 26 de diciembre, y el abogado de Merck asistió a la audiencia y argumentó el caso de Merck¹⁴¹. Además, el abogado de Merck presentó un escrito posterior a la audiencia, en el cual se reservaba su derecho a interponer reclamos ulteriores, además de los asuntos expresados oralmente en la audiencia¹⁴².

70. Como se había previsto desde hace mucho tiempo en la ley como parte de la

¹³⁶ Anexo C-51, Providencia de la Corte de Apelaciones of 24 de octubre del 2011, *NIFA contra MSDIA*.

¹³⁷ Solicitud de Merck de Vista Oral, *NIFA contra MSDIA*, CNJ (18 de noviembre del 2011) (R-128).

¹³⁸ Anexo C-55, Orden de la CNJ del 29 de noviembre del 2011, *NIFA contra MSDIA*, en 1 (“[L]a Corte fijó la Audiencia ... para el lunes, 12 de diciembre del 201, las 15:00 horas ...”).

¹³⁹ Anexo C-56, Petición de MSDIA of 7 de diciembre del 2011, *NIFA contra MSDIA*, CNJ (7 de diciembre del 2011).

¹⁴⁰ Anexo C-57, Providencia de la Corte Nacional de Justicia 8 de diciembre del 2011, *NIFA contra MSDIA* (8 de diciembre del 2011).

¹⁴¹ Memorial de la Demandante, fn. 245. *Ver también* Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrafo 60.

¹⁴² Escrito de Merck ante la CNJ (27 de diciembre del 2011) (R-129).

implementación de la nueva Constitución de Ecuador del 2008, en enero del 2012, los jueces en la Corte Nacional de Justicia fueron reemplazados. El 26 de marzo del 2012 o cerca de esta fecha, tres de los nuevos jueces asignados a la Sala de lo Civil de la CNJ fueron seleccionados para que presidiesen el caso *NIFA contra MSDIA*. Ellos asumieron el caso el 20 de mayo del 2012¹⁴³.

71. El 21 de septiembre del 2012, la CNJ emitió su sentencia final sobre las apelaciones de las partes. Lo siguiente resume la decisión de la Corte Nacional de Justicia:

72. Después de especificar las causas de acción en las apelaciones respectivas de Propfar y Merck, la Corte Nacional se comprometió a llevar a cabo una revisión *de novo* de si las cortes inferiores habían aplicado los estándares legales correctos al caso y, si no lo hubieren hecho, debían corregir todos los errores en esas decisiones de las cortes mediante la aplicación de los estándares legales correctos, a la luz del expediente probatorio en la instancia inferior.

73. La Corte Nacional analizó en primer lugar los argumentos de Merck de que las decisiones de las cortes inferiores deberían anularse por razones jurisdiccionales y procesales. Sobre la base de ese análisis, la Corte Nacional concluyó que la anulación de las decisiones de las cortes inferiores no estaba justificada porque ninguna de las supuestas violaciones procesales del debido proceso había influido en una decisión final en el caso y Merck había recibido amplia oportunidad para defenderse en los procesos de las cortes inferiores. Entre sus hallazgos al respecto, la Corte Nacional: (1) rechazó el argumento de Merck de que la corte de primera instancia debió haber remitido el caso a la Corte de Justicia de la Comunidad Andina, porque el caso no estaba cubierto por la legislación de la Comunidad Andina y porque la consulta a la Corte de Justicia de la Comunidad Andina es obligatoria solo cuando, a diferencia de la presente situación, una parte no tiene ningún recurso de acuerdo a la ley interna de un país miembro de la Comunidad Andina; (2) rechazó el argumento de Merck de que la corte de primera instancia

¹⁴³ Anexo C-62, Orden de la CNJ del 30 de mayo del 2012, *NIFA contra MSDIA* (“asumiendo” el caso entre NIFA y MSDIA en cumplimiento del “nombramiento por parte del Consejo de la Judicatura Interino, a través de la Resolución 4-2012 del 25 de enero del 2012.”).

debió haber dejado en suspenso los procesos y consultado a la Corte Constitucional, si fuere necesario, en sujeción a lo que dispone el Artículo 428 de la Constitución Ecuatoriana, porque la cuestión bajo esa disposición de si las consultas a la Corte Constitucional son necesarias está dentro de la discreción exclusiva de la corte de primera instancia; y, (3) rechazó el argumento jurisdiccional de Merck de que el caso se rigiera por procedimientos acordes con la Ley de Propiedad Intelectual puesto que la denuncia de Prophar no se basó en la ley de propiedad intelectual sino en artículos del Código Civil junto con la Constitución.

74. La Corte Nacional procedió luego a examinar el contenido de las decisiones de las cortes inferiores sobre el fondo del caso. En las veintiséis páginas del análisis, la Corte Nacional encontró que la interpretación de la corte de apelaciones de la legislación aplicable y su aplicación a los hechos del caso fue errónea, porque ésta mezcló y confundió la legislación relacionada con los principios de libre mercado de la ley sobre la defensa de la competencia con las disposiciones del derecho civil que sancionan el ilícito civil extracontractual de la conducta injusta por parte de un competidor en el mercado en contra de otro. En una de sus conclusiones al respecto, la Corte Nacional observó:

El problema básico con la sentencia impugnada es que ésta intenta transformar, y en realidad sí transforma, un problema cuyo origen es manifiestamente civil y de competencia desleal, en un problema que es materia exclusiva de la Ley de Defensa de la Competencia, es decir, de un conflicto que puede afectar solo a las compañías PROPHAR S.A. y MERCK Corporation, se da un salto conceptual extraño para tratar de convertirlo en un problema acerca de los consumidores y usuarios de productos farmacéuticos en general, o lo que es peor, de un supuesto mercado pertinente para plantas industriales¹⁴⁴.

75. La Corte Nacional determinó que, aunque los principios de la ley de defensa de la competencia no se aplicaron a los reclamos de Prophar contra Merck, el *derecho civil* que rige el ilícito civil extracontractual de competencia desleal sí es de aplicación, y analizó si la negativa de Merck a vender su planta farmacéutica a Prophar sin una cláusula de no competencia constituía

¹⁴⁴ Anexo C-203, ¶ 9.1 (cintas internas omitidas)

un ilícito civil extracontractual. La Corte Nacional determinó que, después de diez meses de negociaciones con Prophar para la venta de la planta en las cuales Merck no planteó ninguna de las restricciones con las que Prophar podía producir, Merck había condicionado la venta al acuerdo de Prophar de no producir (entre otros medicamentos) los genéricos que competirían con los genéricos que Merck vendía en Ecuador. La Corte Nacional concluyó que la introducción de Merck de esta condición extraña constituía una práctica que impide y distorsiona la competencia, con lo cual da lugar a un ilícito civil extracontractual por el cual Merck es responsable por los daños a Prophar según el Artículo 244(3) de la Constitución de Ecuador y los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil.

76. La Corte Nacional analizó luego si el laudo de la corte de apelaciones de indemnización por daños de US \$150'000.000 contra Merck era apropiado y determinó que, como Merck había argumentado, “esa suma carece de toda proporción” dado que el ilícito civil extracontractual concernía a un acto de competencia desleal por parte de un competidor contra otro. También estuvo de acuerdo con el argumento de Merck de que el testimonio del testigo pericial Augusto Cabrera Fonseca, en el cual la corte inferior basó su laudo de indemnización por daños, debería rechazarse. Después de citar razones adicionales por las cuales el laudo de indemnización por daños en la suma de \$150'000.000 era desproporcionado y basado en supuestos erróneos, la Corte Nacional determinó que el período apropiado para determinar las pérdidas de Prophar es de dos años, en lugar de los 15 años utilizados por las cortes inferiores, dado que la denuncia de Prophar identificó dos años como el período durante el cual sus planes de expansión se demoraron debido a la negativa de Merck a vender. También examinó la doctrina legal sobre la “pérdida de oportunidades” y observó que la doctrina era aplicable a Prophar, dado su creciente total de ventas y sus utilidades netas durante los años que rodearon a las negociaciones de las partes y la negativa última de Merck a venderle la planta a ésta.

77. La Corte Nacional acabó por fallar a favor de una indemnización por daños a favor de Prophar en la suma de US \$1,57 millones, tomando en cuenta los factores siguientes:

- El período de dos años durante los cuales Prophar alegó se había retardado su plan de expansión;
- La última oferta de Prophar de \$1,5 millones como el precio de compra para la planta; y,
- La posición de Merck de que la pérdida máxima que ésta podía haber causado a Prophar era de US \$820.000 por cada año.

78. Después que la sentencia de la CNJ se notificó sobre a las partes el 24 de septiembre del 2012, tanto Merck como NIFA presentaron sus solicitudes de aclaración¹⁴⁵. La CNJ expidió su decreto de aclaración el 22 de octubre del 2012¹⁴⁶, después de lo cual la jurisdicción de la CNJ sobre la materia llegó a su fin. La sentencia de la CNJ se transfirió a la corte de primera instancia para su ejecución¹⁴⁷. Como indicó Merck en su Memorial, Merck cumplió la sentencia y pagó los US \$1,57 millones de la sentencia de la CNJ en su totalidad, el 29 de noviembre del 2012¹⁴⁸.

4. La acción de NIFA ante la Corte Constitucional de Ecuador

79. El 19 de noviembre del 2012, después que se había reenviado la sentencia de la CNJ para su ejecución a la corte inferior, Prophar presentó una “acción extraordinaria de protección” en la Corte Constitucional de Ecuador¹⁴⁹. Sin embargo, Merck, la cual tuvo la misma oportunidad de perseguir reparaciones en la Corte Constitucional por, *inter alia*, violaciones de

¹⁴⁵ Ver Anexo C-204, Orden de la CNJ del 22 de octubre del 2012, *NIFA contra MSDIA*. Aclaración de Merck de la Sentencia de la CNJ (27 de septiembre del 2012) (R-130).

¹⁴⁶ Anexo C-204, Orden de la CNJ del 22 de octubre del 2012, *NIFA contra MSDIA*.

¹⁴⁷ Ver Anexo C-207, Providencia de la Corte de Primera Instancia del 28 de noviembre del 2012, *NIFA contra MSDIA*, pág. 1.

¹⁴⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 156. Ver Anexo C-208, Presentación de Pago de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 29 de noviembre del 2012, en 1; Anexo C-209, Providencia de la Corte de Primera Instancia del 29 de noviembre del 2012, *NIFA contra MSDIA*.

¹⁴⁹ Anexo C-205, Acción Extraordinaria de Protección de NIFA, Corte Constitucional, de fecha 19 de noviembre del 2012.

sus derechos al debido proceso, optó por desaprovechar esa oportunidad.

80. Sin embargo, Merck fue una participante muy activa en el caso constitucional de Prophar, solicitó a la Corte Constitucional que desestimase la acción constitucional de Prophar a través de su escrito de fecha 9 de enero del 2013¹⁵⁰, presentando múltiples escritos y solicitando¹⁵¹ y participando en una audiencia oral que tuvo lugar el 30 de abril del 2013¹⁵². Como una parte interesada, Merck se ha opuesto enérgicamente a la acción constitucional de Prophar, ha argumentado contra el fondo a través de una serie de extensos planteamientos escritos¹⁵³. A través de su participación y aunque advirtió su desacuerdo con la CNJ, Merck defendió con vigor la validez y propiedad de la sentencia de la CNJ, precisamente la decisión que ésta impugna en este arbitraje como el vehículo primordial para la denegación de justicia que ésta reclama ha sufrido.

81. La Corte Constitucional aún no ha emitido su decisión sobre la acción constitucional de Prophar.

5. El inicio del presente arbitraje por Merck

82. Mientras su caso estaba pendiente ante la corte de apelaciones, y mucho antes de su sentencia del 23 de septiembre del 2011, Merck notificó sobre una “diferencia relativa a inversiones” al amparo del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos con su carta de fecha 8 de junio del 2009. Mediante la acción de dicha carta, Merck pretendió también aceptar la oferta hecha por Ecuador de someter las diferencias relativas a inversiones para su solución mediante

¹⁵⁰ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 9 de enero del 2013) (R-116).

¹⁵¹ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 20 de enero del 2013) (R-131); Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 13 de febrero del 2013) (R-132).

¹⁵² Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 30 de abril del 2013) (R-118); Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 13 de septiembre del 2013) (R-120), pág. 1.

¹⁵³ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 3 de abril del 2013) (R-117); Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 30 de abril del 2013) (R-118); Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 13 de septiembre del 2013) (R-120)

arbitraje vinculante ante el Centro Internacional para la Solución de Diferencias relativas a Inversiones¹⁵⁴. El 29 de noviembre del 2011, Merck presentó una notificación de arbitraje, en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI¹⁵⁵. El 12 de junio del 2012, Merck presentó una solicitud en la cual pedía la provisión de medidas provisionales por parte del Tribunal¹⁵⁶. Las Partes intercambiaron dos rondas de alegatos escritos, a los cuales siguió una audiencia del 4 al 5 de septiembre del 2012. Mediante solicitud de fecha 11 de marzo del 2013, Merck retiró su Solicitud de Medidas Provisionales¹⁵⁷. El 2 de octubre del 2013, Merck presentó su Memorial sobre el Fondo y la Jurisdicción.

III. ESTE TRIBUNAL DE LA CNUDMI CARECE DE JURISDICCIÓN PORQUE MERCK OPTÓ DE MANERA EXCLUSIVA E IRREVOCABLE POR BUSCAR LA SOLUCIÓN DE LA DIFERENCIA EN EL CIADI

A. Introducción

83. El derecho de un inversionista extranjero a invocar el arbitraje internacional directamente contra un Estado soberano es una concesión extraordinaria de la soberanía y una excepción a la falta general de disponibilidad de procedimientos para la solución de diferencias obligatoria a nivel internacional. No es de extrañar que una exención tan importante y de gran alcance se otorga solo bajo circunstancias delimitadas con mucho cuidado. Los efectos legales de dicha exención no pueden compararse o confundirse con el consentimiento mucho más abierto a arbitraje que se encuentra en los contratos comerciales, donde las partes privadas involucradas meramente sustituyen con el arbitraje los procesos judiciales ordinarios a los cuales estarían sujetas de lo contrario. Una disposición relativa al arbitraje en un tratado no es meramente una negociación de un proceso en lugar de otro; en ausencia del expreso consentimiento a la jurisdicción, el cumplimiento de un Estado de las obligaciones contempladas

¹⁵⁴ Notificación de Diferencia, C-2, págs. 1-2.

¹⁵⁵ Solicitud de Arbitraje de la Demandante, de fecha 29 de noviembre del 2011, ¶ 1.

¹⁵⁶ Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, de fecha 12 de junio del 2012.

¹⁵⁷ Oficio de la Demandante de fecha 11 de marzo del 2013, pág. 1.

en el Tratado no puede exigirse a nivel internacional. Y debido a que esta acción es tan extraordinaria, el derecho a compeler a un Estado a arbitraje vinculante es valioso, el cual no se ha de ejercer de manera informal o descuidada, para no desperdiciarlo.

84. Esto es precisamente lo que ocurre con respecto al derecho que los Estados Unidos y Ecuador han extendido mutuamente a sus respectivos nacionales para que estos sometan reclamos a un mecanismo de arbitraje particular por supuestas violaciones del Tratado: esta clase de derecho es limitado, de disponibilidad limitada. El Artículo VI(3) otorga al inversionista una, y solo una elección del mecanismo arbitral al cual ha de someter sus reclamos por violación del Tratado. Una vez que se hace dicha elección, ésta se vuelve exclusiva e irrevocable: los inversionistas no pueden cambiar de idea posteriormente y realizar una segunda elección para consentir en un procedimiento arbitral diferente. Les queda agotar cualquiera de las posibilidades que esa elección les otorgue.

85. Merck realizó esa elección con su Notificación de la Diferencia de fecha 8 de junio del 2009, cuando consintió al arbitraje en conformidad con la Convención del CIADI, una de las cuatro elecciones alternativas que pone a disposición el Artículo VI(3)(a) del Tratado¹⁵⁸. Pudo, en cambio, haber optado por consentir a arbitraje de acuerdo con las Reglas de la CNUDMI, una de las demás opciones alternativas posibles en los términos del Artículo VI(3)(a), pero no lo hizo. Habiendo optado primero por el arbitraje bajo los auspicios de la Convención del CIADI, tiene que sujetarse a esa elección hasta el final, sin que importe cómo va a desarrollarse; no está autorizada para decidir posteriormente consentir en el arbitraje de acuerdo a las Reglas de la CNUDMI.

86. Tal vez al darse cuenta de que no tiene ningún sustento legal que le permita prevalecer, Merck plantea una alegación relativa a lo “equitativo” en un esfuerzo por impresionar al Tribunal de que sería de algún modo “manifiestamente” injusto si no se le permitiere al amparo de los

¹⁵⁸ Oficio enviada al Dr. Diego García Carrión, Procurador del Estado de la República del Ecuador, por Ethan G. Shenkman y Howard M. Shapiro, Abogados de MSDIA (8 de junio del 2009) (C-2).

términos del Artículo VI(3)(a) una segunda elección de foro para el arbitraje de sus reclamos¹⁵⁹. La primera respuesta a esto es, desde luego, que el deber del Tribunal es determinar lo que el Tratado dispone, no si el Tratado es justo. En ausencia de autorización clara y explícita de las partes para decidir *ex aequo et bono*, un tribunal no puede reconfigurar un resultado claramente prescrito por una regla del derecho internacional en nombre de la equidad o justicia¹⁶⁰. Este Tribunal tiene una obligación de respetar el acuerdo de las Partes en el Tratado y exigir el cumplimiento de las condiciones para la jurisdicción contempladas por el TBI.

87. Segundo, el resultado en el Tratado que el Artículo VI(3)(a) prescribe no puede considerarse ni justo ni injusto cuando se evalúa a la luz de la posición establecida del derecho internacional. Esa posición es que las personas privadas no tienen ningún derecho *a priori* de arbitraje contra un Estado soberano. Como el tribunal en *ICS contra Argentina* puntualizó, “[m]ientras la jurisdicción inherente o la división hermética de la competencia sobre los reclamos ante cortes generales es un rasgo común de los sistemas judiciales municipales, la posición establecida bajo el derecho internacional es la ausencia de un foro ante el cual se presenten los reclamos”¹⁶¹.

88. Tercero, no existe nada injusto o inequitativo en el resultado. Merck podrá intentar perseguir sus reclamos ante el CIADI si así lo deseara. Después de todo, como Merck expresa en su Notificación de la Diferencia, su carta

sirve para perfeccionar el “consentimiento a la jurisdicción del Centro” para los fines del Artículo 72 de la Convención del CIADI, *preservando así los derechos de MSDIA si la República del Ecuador decidiera denunciar a la Convención del CIADI según el Artículo*

¹⁵⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 240.

¹⁶⁰ *Caso Concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Dinamarca contra Noruega)*, Sentencia (14 de junio de 1993), Opinión Separada del Juez Weeramantry, I.C.J. Reports 1993, ¶ 60 (RLA-37).

¹⁶¹ *ICS Inspection and Control Services Ltd. contra la República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción (10 de febrero del 2012) (Dupuy, Torres Bernárdez, Lalonde), ¶ 281 (RLA-113).

71¹⁶².

89. A la luz de lo antes expuesto, y como se demostrará adicionalmente a continuación, la elección original de Merck de consentir de acuerdo a los términos del Artículo VI(3)(a) del TBI al arbitraje ante el CIADI le impide que ahora consienta con carácter válido el arbitraje ante la CNUDMI. Por esta razón, este Tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos de Merck.

B. Los términos del Artículo VI(3)(a) impiden que Merck inicie el arbitraje en conformidad con las reglas de la CNUDMI después de haber iniciado previamente el arbitraje ante el CIADI

90. Los términos del Artículo VI(3)(a) exigen solo una interpretación – si bien el inversionista tiene en realidad “control total” sobre “cuál mecanismo arbitral utilizará si estuviere disponible más de uno”¹⁶³, ese control completo está sujeto a los términos del Tratado, es decir, que *el inversionista podrá elegir solo uno de dichos mecanismos*¹⁶⁴. Una vez que un inversionista ha realizado su elección, tendrá que agotar, en la mayor medida posible, las oportunidades para arbitraje internacional que el TBI otorga. Desde ese punto en adelante, lo que le queda al inversionista es aprovechar al máximo los términos del mecanismo seleccionado, en la medida que éste lo permita.

91. De la misma manera que los términos del Artículo VI(2) disponen una elección exclusiva e irrevocable (entre las cortes locales “o” los procedimientos que se acordaren previamente “o” el arbitraje internacional en conformidad con los términos del Artículo VI(3)(a)), así también los términos del Artículo VI(3)(a) establecen una elección exclusiva e irrevocable (entre el CIADI “o” la Facilidad Adicional del CIADI “o” la CNUDMI “u” otra

¹⁶² Oficio enviada al Dr. Diego García Carrión, Procurador del Estado de la República del Ecuador, por Ethan G. Shenkman y Howard M. Shapiro, Abogados de MSDIA (8 de junio del 2009), pág. 2 (C-2) (énfasis agregado).

¹⁶³ K. Vandeveld, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES: HISTORY, POLICY, AND INTERPRETATION* (2010), pág. 437, (CLM-109). En el párrafo 238 de su Memorial, Merck cita selectivamente la expresión del Profesor Vandeveld: se omite la cláusula “si estuviere disponible más de un [mecanismo arbitral]”.

¹⁶⁴ Opinión Pericial del Profesor Kenneth Vandeveld, ¶ 43 (“[el modelo de TBI 1982 de los EUA] deja en claro que la elección de foro debía estar dentro del control del inversionista, *dentro de los términos del TBI*”). (énfasis agregado).

institución de arbitraje que se acordare mutuamente).

92. El Artículo VI(2) y el Artículo VI(3)(a) operan por lo tanto exactamente de la misma manera. La naturaleza exclusiva e irrevocable de las elecciones en conformidad con el Artículo VI(2) y el Artículo VI(3)(a) es indiscutible a partir del uso operativo del término “o” común a estas dos disposiciones. Lo dicho es verdad de acuerdo al uso normal del término, como certifican autoridades en gramática. Pero también es cierto de acuerdo a la intención específica de los Estados Partes.

93. Y las autoridades secundarias que tratan sobre la cuestión son unánimes en su apoyo del efecto de la elección exclusiva e irreversible de las disposiciones como el Artículo VI(3)(a). Estas autoridades incluyen el Profesor Kenneth Vandavelde, a quien Merck admite como el “principal analista” sobre los TBI de los EUA¹⁶⁵, quien suplementa sus escritos monumentales que ya sirven de apoyo a la interpretación de Ecuador con su Dictamen Pericial escrito. En ese Dictamen, el Profesor Vandavelde explica en detalle la intención de las partes de que el Artículo VI(3)(a) opere como una elección irreversible y la política tras esa intención.

94. El contexto provisto por otras disposiciones del TBI establece adicionalmente que según lo dispone el Artículo VI(3)(a), los Estados Partes consintieron en arbitrar en conformidad con una sola elección del mecanismo arbitral por parte del inversionista. Además, como el Profesor Vandavelde señala puntualmente, esta interpretación no solo cumple por completo el objeto y propósito del TBI a este respecto, cualquier otra interpretación estaría en realidad en conflicto con ese objeto y propósito.

1. Significado ordinario de los términos del Artículo VI(3)(a)

95. El “significado ordinario” de los términos de la disposición sujeta a interpretación es el punto de partida natural¹⁶⁶. Cuando otros elementos de interpretación en el Artículo 31 lo

¹⁶⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 238.

¹⁶⁶ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) contra la Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, CNUDMI, Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad (30 de noviembre del 2009) (Fortier, Poncet, Schwebel), ¶

confirman o no lo contradicen, el “significado ordinario” se vuelve determinante¹⁶⁷. Como se demuestra a continuación, el significado ordinario de los términos del Artículo VI(3)(a) establece que la elección de un inversionista del consentimiento a un procedimiento arbitral de acuerdo a esa disposición es exclusiva e irrevocable.

96. El Artículo VI del Tratado dispone en su parte pertinente (énfasis agregado):

2. En el caso de una diferencia relativa a inversiones ... 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) a las cortes o tribunales administrativos de la Parte que sea una parte en la diferencia; *o*

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

(c) en conformidad con los términos que constan en el párrafo 3.

3. (a) ... el nacional o la compañía en cuestión podrá optar por consentir por escrito al sometimiento de la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante:

(i) al Centro Internacional para la Solución de Diferencias relativas a Inversiones (el “Centro”) ... a condición de que la Parte sea una parte en dicha Convención; *o*

(ii) al Mecanismo Complementario 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 en conformidad con cualesquiera otras reglas de arbitraje, que acordaren mutuamente las partes en la diferencia.

411 (RLA-98) (“de acuerdo al Artículo 31 de la [Convención de Viena], un tratado debe interpretarse primero sobre la base de su lenguaje llano”).

¹⁶⁷ R. Gardiner, TREATY INTERPRETATION (2008), pág. 166 (RLA-80).

97. El Párrafo 2 especifica el rango de elecciones de solución de diferencias que tiene el inversionista. La disposición establece que el inversionista debe optar por someter la diferencia para su solución a procedimientos aplicables acordados previamente *o* a las cortes o tribunales administrativos locales del país receptor de la inversión *o* a arbitraje en conformidad con los términos del párrafo 3. Esta disposición opera como una regla “de la elección exclusiva e irreversible”, cuando plantea, en las palabras del tribunal en *M.C.I. Power contra Ecuador*, que “una vez que se ha realizado la elección no existe ninguna posibilidad de recurrir a ninguna otra opción”¹⁶⁸.

98. En caso de que Merck optare por perseguir la última opción bajo el párrafo 2(c), el párrafo 3 especifica el rango de elecciones del inversionista de foros arbitrales. En particular, el inversionista podrá optar por el CIADI *o* el Mecanismo Complementario del CIADI *o* la CNUDMI *o* cualquier otra institución arbitral que se acordare mutuamente.

99. El uso del término disyuntivo “o” en referencia a la elección entre opciones de arbitraje – exactamente al igual que el mismo término que se usa en el párrafo 2 para indicar la elección entre las alternativas que allí se enumeran – significa que el párrafo 3 debe operar exactamente de la misma manera que el párrafo 2 para impedir elecciones posteriores de consentimiento siempre y cuando la misma diferencia relativa a inversiones estuviere en cuestión.

100. El hecho de que el Artículo VI(3)(a) no incluye la expresión “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” que consta en el Artículo VI(2) no le resta valor a esta conclusión. Como se demuestra en la siguiente sección, la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” no es lo que el Artículo VI(2) establece como una elección exclusiva e irreversible, puesto que ésta de hecho sirve solo para aclarar el significado de esa disposición. En realidad, lo que da al Artículo VI(2) su efecto de elección irreversible es el uso del término “o” en referencia a la elección que se debe hacer, y porque no puede haber duda alguna de que el Artículo VI(2) es una

¹⁶⁸ Ver, v.g., *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo (31 de julio del 2007) (Vinuesa, Greenberg, Irrázabal), ¶ 181 (CLM-66) (donde se interpreta el Artículo VI(2) del Ecuador- U.S. BIT).

verdadera encrucijada, el uso del término “o” en conexión con la elección que se ha de hacer según el Artículo VI(3)(a) debe surtir el mismo efecto.

101. La interpretación de Ecuador de “o” en ese sentido encuentra soporte en varias autoridades en gramática. La *Cambridge Grammar of the English Language*, considerada como “el intento más reciente de una gramática descriptiva general del inglés”, y un análisis más detallado de *o* puede encontrarse en la literatura sobre la redacción jurídica¹⁶⁹ dice que “o” se usa en general cuando el redactor de un documento jurídico “quiere transmitir que solo una de las proposiciones es correcta – *en efecto, desea que la o sea exclusiva*”¹⁷⁰. El Black’s Law Dictionary define asimismo “o” como una “partícula disyuntiva que se usa para expresar una alternativa o para proveer una elección *de una* entre dos o más cosas”¹⁷¹.

102. Esta comprensión se respalda adicionalmente por eruditos en lingüística jurídica. En su artículo *Revisiting the Ambiguity of “And” and “Or” in Legal Drafting*, el Profesor [sic] Adams y Kaye concluyen que, para los fines de la redacción jurídica, “o” sirve para distinguir alternativas, y es insostenible que se busque atribuir, en forma general, un significado inclusivo a *o*”¹⁷².

103. Por último, leer “o” en contexto con el verbo “seleccionar” confirma que “o” se usa en el Artículo VI(3)(a) en una función disyuntiva, para denotar, en otras palabras una elección, tal como lo hace en el contexto del Artículo VI(2).

2. La ausencia en el Artículo VI(3)(a) de una frase como “de acuerdo a

¹⁶⁹ K. Adams & A. Kaye, *Revisiting the Ambiguity of “And” and “Or” in Legal Drafting*, 80(4) ST. JOHN’S L. R.

1167, 1180 (2006) (RLA-77).

¹⁷⁰ *Id.*, pág. 1181 (énfasis agregado).

¹⁷¹ Nolan and Nolan-Haley, eds., *BLACK’S LAW DICTIONARY* (6th ed., 1990), pág. 1095 (énfasis agregado) (RLA-29).

¹⁷² K. Adams & A. Kaye, *Revisiting the Ambiguity of “And” and “Or” in Legal Drafting*, 80(4) ST. JOHN’S L. R. 1167, 1183 (2006) (RLA-77).

una de las siguientes alternativas” no niega el efecto de la disposición como una elección exclusiva e irrevocable

104. El Tratado entre los Estados Unidos y Ecuador se basa en el Modelo de TBI de 1992 de los EUA¹⁷³. El Artículo VI(2) del Modelo de TBI dispone, en la parte pertinente:

Si la diferencia no pudiere resolverse en términos amistosos, el nacional o la compañía en cuestión podrá optar por someter la diferencia para su solución:

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

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

(c) en conformidad con los términos que constan en el párrafo 3¹⁷⁴.

105. Puede observarse de inmediato que la frase “de acuerdo a una de las alternativas siguientes” no consta en absoluto en esta disposición. No obstante, esa disposición incorporada *verbatim* en siete TBI suscritos por los Estados Unidos, tuvo indiscutiblemente la intención de operar como una elección exclusiva e irrevocable, como se ilustra en la Tabla 1 siguiente. La columna de la izquierda muestra el lenguaje del Artículo VI(2) de cada uno de los TBI siguientes de los EUA: el TBI entre los EUA y Armenia¹⁷⁵, el TBI entre los EUA y Kazajstán¹⁷⁶, el TBI entre los EUA y Kirguistán¹⁷⁷, el TBI entre los EUA y Moldavia¹⁷⁸, el TBI entre los EUA y

¹⁷³ K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), pág. 644 (RLA-85). *Ver también* Opinión Pericial del Profesor Vandeveld, ¶ 47.

¹⁷⁴ The 1992 TBI Modelo de EUA (Art. VI(2)) *reimpreso en* U.S INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS 810 (K. Vandeveld, 2009), pág. 813 (RLA-31) (énfasis agregado).

¹⁷⁵ TBI entre los EUA y Armenia, suscrito el 23 de septiembre 1992; EIF 29 de marzo de 1996 (RLA-33).

¹⁷⁶ TBI entre los EUA y Kazakstán, suscrito el 19 de mayo de 1992; EIF 12 de enero de 1994 (RLA-32).

¹⁷⁷ TBI entre los EUA y Kirguistán, suscrito el 19 Jan. 1993; EIF 12 de enero de 1994 (RLA-35).

¹⁷⁸ TBI entre los EUA y Moldavia, suscrito el 21 de abril de 1993; EIF 25 de noviembre de 1994 (RLA-36).

Jamaica¹⁷⁹, el TBI entre los EUA y Estonia¹⁸⁰, y el TBI entre los EUA y Ucrania¹⁸¹. Como puede verse, ese lenguaje es idéntico al del Artículo VI(2) del Modelo del TBI de 1992. La columna de la derecha presenta fragmentos tomados de las Cartas de Presentación del Departamento de Estado de los Estados Unidos al Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos de cada uno de estos TBI:

Tabla 1

<p>Artículo VI(2) del TBI entre los EUA y Armenia, Artículo VI(2) del TBI entre los EUA y Kazajstán, Artículo VI(2) del TBI entre los EUA y Kirguistán, Artículo VI(2) del TBI entre los EUA y Moldavia, Artículo VI(2) del TBI entre los EUA y Jamaica, Artículo VI(2) del TBI entre los EUA y Estonia, Artículo VI(2) del TBI entre los EUA y Ucrania:</p> <p>Si la diferencia no pudiere resolverse en términos amistosos, el nacional o la compañía en cuestión podrán optar por someter la diferencia para su solución:</p> <p>(a) a las cortes o tribunales administrativos de la Parte que sea una parte en la diferencia; o</p>	<p>Cartas de Presentación del TBI entre los EUA y Armenia, el TBI entre los EUA y Kazajstán, el TBI entre los EUA y Kirguistán, y el TBI entre los EUA y Moldavia¹⁸²:</p> <p>Si dichas consultas fracasaren, los párrafos 2 y 3 especifican el rango de elecciones del inversionista de la solución de diferencias. El inversionista podrá hacer <i>una elección exclusiva e irrevocable</i> para: (1) emplear uno de los diversos procedimientos arbitrales descritos en el Tratado; (2) someter la diferencia a procedimientos acordados previamente por el inversionista y el gobierno del país receptor en un acuerdo de inversión o de otra manera; o, (3) someter la diferencia a las cortes locales o tribunales administrativos del país receptor.</p> <p>Cartas de Presentación del TBI entre los EUA y</p>
--	---

¹⁷⁹ TBI entre los EUA y Jamaica, suscrito el 4 de febrero de 1994; EIF 7 de marzo de 1997 (RLA-43).

¹⁸⁰ TBI entre los EUA y Estonia, suscrito el 19 abril de 1994; EIF 16 de febrero de 1997 (RLA-45).

¹⁸¹ TBI entre los EUA y Ucrania, suscrito el 4 marzo de 1994; EIF 16 de noviembre de 1996 (RLA-44).

¹⁸² Oficio de Presentación del TBI entre los EUA y Armenia (7 de septiembre de 1993) (RLA-38); Carta de Presentación del TBI entre los EUA y Kazajstán (7 de septiembre de 1993) (RLA-39); Carta de Presentación del TBI entre los EUA y Kirguistán (7 de septiembre de 1993) (RLA-40); Carta de Presentación del TBI entre los EUA y Moldavia (7 de septiembre de 1993) (RLA-41).

<p>(b) en conformidad con cualquiera de los procedimientos aplicables para la solución de diferencias que se acordare previamente; <i>o</i></p> <p>(c) en conformidad con los términos que constan en el párrafo 3.</p>	<p>Jamaica; el TBI entre los EUA y Estonia, y el TBI entre los EUA y Ucrania¹⁸³:</p> <p>El Párrafo 2 permite que el inversionista haga <i>una elección exclusiva e irrevocable</i> para: (1) emplear uno de los diversos procedimientos arbitrales descritos en el Tratado; (2) someter la diferencia a procedimientos acordados previamente por el inversionista y el gobierno del país receptor en un acuerdo de inversión o de otra manera; <i>o</i>, (3) someter la diferencia a las cortes locales o tribunales administrativos del país receptor.</p>
---	---

106. En todo caso, la Carta de Presentación de los EUA respectiva caracterizó la elección del inversionista de acuerdo a lo previsto por el Artículo VI(2) (y, como se analiza más adelante, el Artículo VI(3)(a)) como “exclusiva e irrevocable” pese a la ausencia de la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” que consta en el Artículo VI(2) del TBI entre Ecuador y los EUA. Varios tribunales que interpretan este lenguaje escueto del modelo de TBI de 1992 han aceptado este efecto “exclusivo e irrevocable” de la elección del inversionista bajo el Artículo VI(2)¹⁸⁴. Esto demuestra de manera concluyente que la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” no es la fuente del efecto de elección exclusiva e irrevocable del Artículo VI(2) del

¹⁸³ Carta de Presentación del TBI entre los EUA y Armenia (7 de septiembre de 1993) (RLA-38); Carta de Presentación del TBI entre los EUA y Kazajstán (7 de septiembre de 1993) (RLA-39); Carta de Presentación del TBI entre los EUA y Kirguistán (7 de septiembre de 1993) (RLA-40); Carta de Presentación del TBI entre los EUA y Moldavia (7 de septiembre de 1993) (RLA-41).

¹⁸⁴ Ver, v.g., *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (anteriormente, Compagnie Générale des Eaux) contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación (3 de julio del 2002) (Fortier, Crawford, Fernandez Rozas), ¶ 55 (RLA-52) (“[e]n opinión del Comité, un reclamo de CAA contra la Provincia de Tucumán por violación del Contrato de Concesión, planteado ante los tribunales de lo contencioso administrativo de Tucumán quedaría *prima facie* dentro del Artículo 8(2) y *constituiría* una elección “*final*” de foro y jurisdicción, si ese reclamo fuere coextensivo con una diferencia relativa a inversiones interpuesta al amparo del TBI”). (énfasis agregado); *CMS Gas Transmission Company contra la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Jurisdicción (17 de julio del 2003) (Orrego Vicuña, Lalonde, Rezek), ¶ 81 (RLA-56) (“SI la Demandante hubiera renunciado al recurso a arbitraje, por ejemplo, por ejemplo, recurriendo a las cortes de Argentina, este paso habría sido una *selección vinculante de acuerdo al TBI*”). (énfasis agregado).

Modelo de TBI de 1992 o de cualquiera de los siete TBI suscritos por los EUA que utilizan el lenguaje palabra por palabra del TBI modelo de 1992. Ese efecto – es decir, el “carácter alternativo y mutuamente excluyente” – de la elección del inversionista de acuerdo al Artículo VI(2) del Modelo de TBI de 1992 y estos siete TBI se deriva solamente del uso del término “o”.

107. De hecho, precisamente la Carta de Presentación del TBI entre Ecuador y los EUA señala que la frase pertinente simplemente “reiter[a]” lo que el lenguaje prototipo dispone; es decir, “que el inversionista podría escoger . . . entre tres alternativas”. Además, enfatiza que “[e]sta adición *no modifica el funcionamiento de esta disposición*”¹⁸⁵. Por consiguiente, el efecto de elección irreversible incorporada al TBI entre Ecuador y los EUA se deriva de un lenguaje escueto del Artículo VI(2) en el Modelo de TBI de 1992 y no de la frase agregada.

108. Esto se confirma además en el tratado del Profesor Vandeveldel sobre los Acuerdos Internacionales de Inversiones en los EUA, de acuerdo a los cuales la adición de esta frase en el TBI entre Ecuador y los EUA:

tenía la finalidad de dejar en claro que el inversionista podría optar solo por una de las alternativas, la cual es la intención del modelo de 1992 y, por consiguiente, *la adición de la frase no cambia la substancia de la disposición*¹⁸⁶.

109. El Profesor Vandeveldel amplía esta explicación en su Opinión cuando dice que, cuando esa frase se agregó al Artículo VI(2) en el Modelo de TBI de 1992 de los EUA, se hizo para “lograr que este significado fuese incluso más claro” y para

enfatizar la exclusividad e irrevocabilidad de la elección entre los recursos internos, los procedimientos acordados previamente y el arbitraje entre el inversionista y el Estado y NO indicar, mediante ninguna clase de implicación negativa, que la elección entre métodos

¹⁸⁵ Departamento de Estado, Carta de Presentación para el Tratado entre los EUA y Ecuador Concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“Carta de Presentación para el TBI de Ecuador”), *reimpreso en* S.TREATY DOC. NO. 103-15 (1993) (RLA-34) (énfasis agregado).

¹⁸⁶ K. Vandeveldel, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), pág. 644 (RLA-85) (énfasis agregado).

de arbitraje entre inversionista y Estado al amparo del TBI no fue exclusiva e irrevocable. En otras palabras, el lenguaje adicional tenía la finalidad de reforzar la política de los EUA de evitar la multiplicidad de procesos, no subvertirla¹⁸⁷.

110. Además, la frase no se agregó al Artículo VI(3)(a) del Modelo de 1994 para enfatizar asimismo su naturaleza exclusiva e irrevocable, porque:

No había existido nunca [] ninguna [] ambigüedad con respecto a si el inversionista pudiera consentir en más de un foro arbitral. Por lo tanto, *no era necesario ningún lenguaje clarificador con respecto a la exclusividad e irrevocabilidad de la elección de consentimiento entre diferentes formas de arbitraje entre el inversionista y el Estado de acuerdo al TBI*¹⁸⁸.

111. Por consiguiente, no se agregó la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” en el Artículo VI(2) deliberadamente *solo para confirmar* el “carácter alternativo y mutuamente excluyente del Artículo VI(2)” del lenguaje del TBI Modelo de 1992¹⁸⁹, en el cual la única intención gramaticalmente capaz de reflejar la intención de los Estados Partes de que la elección del inversionista funcionase como una elección exclusiva e irreversible es el término “o”. La frase, que aparece por primera vez en el TBI entre Ecuador y los EUA y posteriormente consta en el Modelo de TBI de 1994, tenía meramente la intención de resaltar la exclusividad e irrevocabilidad de la elección del inversionista en los términos del Artículo VI(2), y no de indicar, como el Profesor Vandeveldel afirma, “mediante ninguna clase de implicación negativa, que la elección entre métodos de arbitraje entre el inversionista y el Estado bajo el TBI no fuera exclusiva e irrevocable”,¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Informe Pericial del Profesor Vandeveldel, ¶ 57 (énfasis agregado).

¹⁸⁸ Informe Pericial del Profesor Vandeveldel, ¶ 58 (énfasis agregado).

¹⁸⁹ Es un lugar común en el derecho internacional que los términos en una disposición en un tratado podría servir como aclaración precautelada. *Ver Siemens A.G. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto del 2004), ¶ 90 (RLA-65) (“El Tribunal considera que las partes en un tratado no tienen impedimento en cuanto a hacer énfasis en ciertas cuestiones *ex abundante cautela*”).

¹⁹⁰ Opinión de Vandeveldel, ¶ 57.

112. Por lo tanto, al igual que el uso de la disyunción “o” es lo que da al Artículo VI(2) del TBI entre Ecuador y los EUA el efecto de una elección irreversible, y no la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas”, de modo que el uso de la disyunción “o” que da al Artículo VI(3)(a) del TBI entre Ecuador y los EUA el efecto de una encrucijada en el camino, pese a la ausencia de la frase o de un lenguaje similar. Esto se ilustra en la siguiente tabla que compara los términos del Artículo VI(3)(a) con los del Artículo VI(2) con la frase “de acuerdo a las siguientes alternativas”, que ahora se demuestra son superfluas, cuando se las elimina:

Tabla 2

<p>Artículo VI(2) del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos</p>	<p>Artículo VI(3)(a) del TBI entre Ecuador y los EUA</p>
<p>Si la diferencia no pudiere resolverse en términos amistosos, el nacional o la compañía en cuestión podrán optar por someter la diferencia, de acuerdo a una de las siguientes alternativas, para su solución:</p> <p>(a) a las cortes o tribunales administrativos de la Parte que sea una parte en la diferencia; <i>o</i></p> <p>(b) en conformidad con cualquiera de los procedimientos aplicables para la solución de diferencias que se acordare previamente; <i>o</i></p> <p>(c) en conformidad con los términos que constan en el párrafo 3.</p>	<p>A condición de que el nacional o la 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 se originó la diferencia, el nacional o la compañía en cuestión podrá optar por consentir por escrito al sometimiento de la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante:</p> <p>(i) al Centro Internacional para la Solución 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 [“C]onvención del CIADI”), siempre y cuando la Parte sea una parte en dicha Convención; <i>o</i></p> <p>(ii) a la Facilidad Adicional del Centro, si el Centro no estuviere disponible; <i>o</i></p> <p>(iii) en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), <i>o</i></p> <p>(iv) a cualquier otra institución de arbitraje, o en conformidad con cualesquiera otras reglas que se acordaren mutuamente entre las partes en la diferencia.</p>

113. Como puede verse, la estructura del lenguaje del cual el Artículo VI(2) deriva su efecto de encrucijada – “*podrá escoger (a) o (b) o (c)*” – se refleja exactamente en la estructura del

Artículo VI(3)(a) – “*podrá seleccionar (i) o (ii) o (iii) o (iv)*”. Su lenguaje operativo es idéntico y por lo tanto sus efectos son los mismos: crear una elección exclusiva e irreversible.

114. Sin embargo, existen pruebas adicionales de que los términos del Artículo VI(3)(a) tienen la finalidad de extender una opción exclusiva e irrevocable incluso sin la presencia de lenguaje como la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas”.

115. El Artículo VI(3)(a) del TBI entre Ecuador y los EUA adopta *al pie de la letra* el lenguaje del Artículo VI(3)(a) del TBI Modelo de los EUA de 1992, como puede verse en la siguiente tabla:

Tabla 3

Artículo VI(3)(a) del Modelo de TBI de los EUA de 1992	Artículo VI(3)(a) del TBI entre Ecuador y los EUA
<p>A condición de que el nacional o la 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 se originó la diferencia, el nacional o la compañía en cuestión <i>podrá optar por</i> consentir por escrito al sometimiento de la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante:</p> <p>(i) al Centro Internacional para la Solución 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</p> <p>(ii) a la Facilidad Adicional del Centro, si el Centro no estuviere disponible; o</p>	<p>A condición de que el nacional o la 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 se originó la diferencia, el nacional o la compañía en cuestión <i>podrá optar por</i> consentir por escrito al sometimiento de la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante:</p> <p>(i) al Centro Internacional para la Solución de Diferencias relativas a Inversiones (el “Centro”) establecido por la Convención sobre la Solución de Diferencias relativas 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</p> <p>(ii) a la Facilidad Adicional del Centro, si el Centro no estuviere disponible; o</p> <p>(iii) en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones</p>

<p>(iii) en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), <i>o</i></p> <p>(iv) a cualquier otra institución de arbitraje, o en conformidad con cualesquiera otras reglas que se acordaren mutuamente entre las partes en la diferencia.</p>	<p>Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), <i>o</i></p> <p>(iv) a cualquier otra institución de arbitraje, o en conformidad con cualesquiera otras reglas que se acordaren mutuamente entre las partes en la diferencia.</p>
--	--

116. El Artículo VI(3)(a) del Modelo de TBI de 1992, al igual que el Artículo VI(2) del Modelo, no contiene la frase “de acuerdo a una de las alternativas siguientes”. No obstante, esta ausencia no significa que el Artículo VI(3)(a) del Modelo no tuviera la finalidad de funcionar como una encrucijada que impone una decisión irreversible. Como el Profesor Vandeveldel expresa, los foros arbitrales disponibles son alternativas que se indican al “vincularlas, como en el Artículo VI(2), con la palabra disyuntiva ‘o’”¹⁹¹. Por consiguiente, aunque el Modelo de 1992 incrementó el número de foros de arbitraje entre el inversionista y el Estado disponibles para un inversionista, “esto no tuvo la intención de modificar la política de acuerdo a la cual el inversionista utilizaría solo uno, con exclusión de los demás”¹⁹². No cabe duda de que el mismo lenguaje en el Artículo VI(3)(a) del TBI entre Ecuador y los EUA también está destinado a funcionar como una encrucijada.

117. Esto encuentra soporte adicional en la experiencia de otros TBI suscritos con el lenguaje del Artículo VI(3)(a) del Modelo de TBI de 1992. El TBI entre los EUA y Armenia¹⁹³, el TBI entre los EUA y Kazajstán¹⁹⁴, el TBI entre los EUA y Kirguistán¹⁹⁵, y el TBI entre los EUA y

¹⁹¹ Opinión de Vandeveldel, ¶ 53.

¹⁹² Opinión de Vandeveldel, ¶ 53.

¹⁹³ TBI entre los EUA y Armenia, suscrito el 23 de septiembre de 1992; EIF 29 de marzo de 1996 (RLA-33).

¹⁹⁴ TBI entre los EUA y Kazajstán, suscrito el 19 de mayo de 1992; EIF 12 de enero de 1994 (RLA-32).

¹⁹⁵ TBI entre los EUA y Kirguistán, suscrito el 19 de enero de 1993; EIF 12 de enero de 1994 (RLA-35).

Moldavia¹⁹⁶ todos adoptaron *verbatim* la redacción del Artículo VI(3)(a) en el Modelo del TBI de 1992. Como puede verse en la siguiente tabla, las Cartas de Presentación relacionadas con estos TBI expresan de manera uniforme que los “párrafos 2 y 3 especifican el rango de elecciones del inversionista de la solución de diferencias. El inversionista podría hacer una *elección exclusiva e irrevocable* para (1) emplear *uno de los diversos procedimientos arbitrales* descritos en el Tratado”. Al expresarse así, las Cartas de Presentación dejan en claro que las elecciones que esos TBI permiten, y las cuales se consideran por lo tanto “*exclusivas e irrevocables*” incluyen la elección del procedimiento arbitral:

Tabla 4

<p>Artículo VI(3)(a) del TBI entre los EUA y Armenia, Artículo VI(3)(a) del TBI entre los EUA y Kazajstán, Artículo VI(3)(a) del TBI entre los EUA y Kirguistán, Artículo VI(3)(a) del TBI entre los EUA y Moldavia</p>	<p>Cartas de Presentación del TBI entre los EUA y Armenia, el TBI entre los EUA y Kazajstán, el TBI entre los EUA y Kirguistán, y el TBI entre los EUA y Moldavia¹⁹⁷:</p>
<p>A condición de que el nacional o la 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 se originó la diferencia, el nacional o la compañía en cuestión <i>podrá optar por</i> consentir por escrito al sometimiento de la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante:</p> <p>(i) al Centro Internacional para la Solución de</p>	<p>Si dichas consultas fracasaren, los párrafos 2 y 3 especifican el rango de elecciones de inversionista de la solución de diferencias. El inversionista podrá hacer <i>una elección exclusiva e irrevocable</i> para: (1) emplear uno de los diversos procedimientos arbitrales descritos en el Tratado; (2) someter la diferencia a procedimientos acordados previamente por el inversionista y el gobierno del país receptor en un acuerdo de inversión o de otra manera; o, (3) someter la diferencia a las cortes locales o tribunales administrativos</p>

¹⁹⁶ TBI entre los EUA y Moldavia, suscrito el 21 de abril de 1993; EIF 25 de noviembre de TBI entre los EUA y Moldavia, suscrito el 21 de abril de 1993; EIF 25 de noviembre de 1994 (RLA-36).

¹⁹⁷ Carta de Presentación para el TBI entre los EUA y Armenia (7 de septiembre de 1993) (RLA-38); Carta de Presentación para el TBI entre los EUA y Kazajstán BIT (7 de septiembre de 1993) (RLA-39); Presentación para el TBI entre los EUA y Kirguistán (7 de septiembre de 1993) (RLA-40); Presentación para el TBI entre los EUA y Moldavia (7 de septiembre de 1993) (RLA-41).

<p>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 [“C]onvención del CIADI”), siempre y cuando la Parte sea una parte en dicha Convención; <i>o</i></p> <p>(ii) a la Facilidad Adicional del Centro, si el Centro no estuviere disponible; <i>o</i></p> <p>(iii) en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), <i>o</i></p> <p>(iv) a cualquier otra institución de arbitraje, o en conformidad con cualesquiera otras reglas que se acordaren mutuamente entre las partes en la diferencia.</p>	<p>del país receptor.</p>
--	---------------------------

118. Esto no es menos cierto con respecto al TBI entre Ecuador y los EUA. Al igual que las Cartas de Presentación con respecto a estos otros TBI, la Carta de Presentación del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos también indica que “los párrafos 2 y 3 especifican el rango del inversionista de las elecciones de solución de diferencias. El inversionista podrá hacer *una elección exclusiva e irrevocable* para: (1) emplear *uno de los diversos procedimientos arbitrales* descritos en el Tratado”¹⁹⁸:

Tabla 5

<p>Artículo VI(3)(a) del TBI entre Ecuador y los EUA</p>	<p>Cartas de Presentación del TBI entre Ecuador y los EUA:</p>
---	---

¹⁹⁸ Departamento de Estado, Carta de Presentación para el Tratado entre los EUA y Ecuador Concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“Carta de Presentación para el TBI de Ecuador”) *reimpreso en* S.TREATY DOC. NO. 103-15 (1993) (RLA-34) (énfasis agregado).

<p>A condición de que el nacional o la 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 se originó la diferencia, el nacional o la compañía en cuestión podrá optar por consentir por escrito al sometimiento de la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante:</p> <p>(i) al Centro Internacional para la Solución de Diferencias relativas a Inversiones (el “Centro”) establecido por la Convención sobre la Solución de Diferencias relativas entre Estados y Nacionales de otros Estados, dado en Washington el 18 de marzo de 1965 (la [“C]onvención del CIADI”), siempre y cuando la Parte sea una parte en dicha Convención; o</p> <p>(ii) a la Facilidad Adicional del Centro, si el Centro no estuviere disponible; o</p> <p>(iii) en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o</p> <p>(iv) a cualquier otra institución de arbitraje, o en conformidad con cualesquiera otras reglas que se acordaren mutuamente entre las partes en la diferencia.</p>	<p>Si dichas consultas fracasaren, los párrafos 2 y 3 especifican el rango de elecciones de inversionista de la solución de diferencias. El inversionista podrá hacer <u>una elección exclusiva e irrevocable</u> para: (1) emplear <u>uno de los diversos procedimientos arbitrales</u> descritos en el Tratado; (2) someter la diferencia a procedimientos acordados previamente por el inversionista y el gobierno del país receptor en un acuerdo de inversión o de otra manera; o, (3) someter la diferencia a las cortes locales o tribunales administrativos del país receptor.</p>
---	--

119. El Profesor Vandeveldel indica en su Opinión que, de acuerdo al Modelo de TBI de 1992 y todos los TBI basados en dicho modelo, “una vez que un inversionista consiente en someter una diferencia a arbitraje entre el inversionista y el Estado en concordancia con el consentimiento de una parte en un TBI especificado en el TBI, el arbitraje entre el inversionista y el Estado bajo cualquier otro foro ya no está disponible. La elección es exclusiva e

irrevocable”¹⁹⁹. El Profesor Vandeveldel expresa además que una lectura contraria del Artículo VI(3)(a) subvertiría la política arraigada de EUA de evitar múltiples procesos que sirven de base a la elección de las disposiciones sobre recursos en los TBI de los EUA:

Haber permitido al inversionista que sometiera la diferencia tanto al CIADI, así como a un tribunal *ad hoc* de acuerdo a las reglas de la CNUDMI, sea en forma simultánea o consecutiva [...] habría significado que, por primera vez en la práctica de los TBI de los EUA, el TBI posiblemente habría multiplicado el número de foros a los cuales el inversionista podría someter una diferencia. [...] Haber permitido al inversionista que sometiera la diferencia a más de una forma de arbitraje entre el inversionista y el Estado habría significado que, por primera vez, el TBI habría autorizado múltiples procesos arbitrales entre el inversionista y el Estado en lugar de otros recursos. Dicho resultado habría sido incoherente con la política de los EUA de evitar múltiples procesos.

Habría sido irónico y, tal vez más concretamente, increíblemente incoherente, que los Estados Unidos, exactamente en el momento que ponía mayor énfasis en evitar la multiplicidad de procesos al realizar, por primera vez, la elección entre las tres alternativas en el Artículo VI(2) – los recursos internos, los procedimientos y el arbitraje entre el inversionista y el Estado acordados previamente – explícitamente exclusiva e irrevocable, para decidir de manera simultánea por primera vez permitir al inversionista que someta una diferencia a más de un foro arbitral entre el inversionista y el Estado²⁰⁰.

120. Explicaciones detalladas posteriores del Modelo de TBI de los EUA confirman esta lectura del Artículo VI(3)(a) del TBI entre Ecuador y los EUA²⁰¹. El Profesor Reinisch y Loretta Malintoppi escriben con respecto a la similitud de la redacción del Artículo 24(3) del Modelo de

¹⁹⁹ Opinión de Vandeveldel, ¶ 60 (énfasis agregado).

²⁰⁰ *Id.*, ¶¶ 55-56.

²⁰¹ Los Tribunales Arbitrales han enfatizado que un modelo de TBI actualizado sería pertinente para la interpretación de tratados de inversión basados en modelos de TBI previos. *Ver Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. & Vivendi Universal, S.A. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Laudo sobre Jurisdicción (3 de agosto del 2006) (Salacuse, Kaufmann-Kohler; Nikken), ¶ 58 (RLA-75); *El Paso Energy International Company contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo sobre Jurisdicción (27 de abril del 2006) (Caflich, Stern, Bernardini), ¶ 80 (CLM-9).

TBI del 2004 de los EUA²⁰²:

El amplio rango de diferentes métodos de solución de diferencias se refleja en las llamadas cláusulas de solución de diferencias escalonada, es decir, disposiciones que se refieren al CIADI como la única de varias posibilidades de solución de diferencias [...]. Este es el caso del modelo de TBI más reciente adoptado por los EUA el cual estipula un período de seis meses antes de que un reclamo pueda someterse a arbitraje e indica que la parte demandante puede presentar su reclamo a arbitraje en conformidad con la Convención del CIADI o de acuerdo a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o a cualquier otra institución, a condición de que ambas partes estén de acuerdo [...]. En esta clase de disposición, *cuando se selecciona un foro para la solución de diferencias, esta elección se hace con exclusión de cualquier otro (electa una via, non datur recursus ad alteram)*²⁰³.

121. La máxima latina que Reinisch y Malintoppi usan para describir cómo funciona el Artículo 24(3) del Modelo de TBI de los EUA del 2004 demuestra que la disposición es una cláusula del tipo de una elección exclusiva e irreversible a la ausencia de la frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas”. Es claro que, textualmente, este efecto de una-elección-

²⁰² En esa disposición se lee lo siguiente:

A condición de que hayan transcurrido seis meses contados a partir de la fecha en la cual se originó la diferencia, una demandante podrá optar someter un reclamo al cual se hace referencia en el párrafo 1:

(a) de acuerdo a la Convención del CIADI y las Reglas de Arbitraje, siempre y cuando tanto la parte demandada, así como también la parte no litigante sean partes en la Convención del CIADI;

(b) de acuerdo a las Reglas de la Facilidad Adicional del CIADI, siempre y cuando bien sea la parte demandada o la parte no litigante sea una parte en la Convención del CIADI; o

(c) en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, o

(d) si la demandante y la demandada estuvieren de acuerdo, a cualquier otra institución de arbitraje o en conformidad con cualesquiera otras reglas de arbitraje.

Modelo de TBI de los EUA 2004, Artículo 24(3) (énfasis agregado), (RLA-60).

²⁰³ A. Reinisch & L. Malintoppi, *Methods of Dispute Resolution*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 691 (Muchlinski *et al.*, eds., 2008), págs. 692-93 (RLA-81) (se han omitido las citas internas) (énfasis agregado). El principio de *electa una via* significa que “cuando se ha elegido una vía, no se otorga ningún recurso a otra”. Ver Garner, ed., BLACK’S LAW DICTIONARY (9ª. ed., 2009), pág. 1828 (RLA-86).

exclusiva-e-irreversible se debe a la “o”.

122. En síntesis, todas las pruebas disponibles confirman que debido a la estructura común de su lenguaje el Artículo VI(2) y 3(a) del TBI entre Ecuador y los EUA funcionan exactamente de la misma manera para proveer a un inversionista una sola elección exclusiva e irrevocable entre las alternativas. La frase “de acuerdo a una de las siguientes alternativas” en el Artículo VI(2) actúa como una aclaración precautelada y, por consiguiente, su ausencia en el Artículo VI(3)(a) es irrelevante.

3. El contexto del Artículo VI(3)(a)

123. Las palabras u oraciones que se encuentran en estrecha proximidad a los términos sujetos a interpretación – por ejemplo, en otros párrafos dentro del artículo en el cual se encuentran esos términos – quedan dentro de la noción de “contexto”,²⁰⁴.

124. El Artículo VI(3)(b) dispone que una vez que el nacional o compañía en cuestión haya consentido en uno de los procesos de arbitraje alternativos, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje en conformidad con *la elección* que se especifica en el consentimiento. Además, el Artículo VI(4) estipula el consentimiento de cada Estado Parte al “sometimiento de toda diferencia relativa a inversiones para su solución mediante arbitraje vinculante en conformidad *con la elección* que se especifica en el consentimiento escrito del nacional o la compañía de acuerdo al párrafo 3”. Tanto el Artículo VI(3)(b) y (4) contemplan *una* elección, la creación de *un* vínculo consensual entre el inversionista demandante y el Estado

²⁰⁴ Ver *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. contra la República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4 (anteriormente, *Industria Nacional de Alimentos, A.S. and Indalsa Perú S.A. contra la República de Perú*), Decisión sobre Anulación (5 de septiembre del 2007) (Danelius, Berman, Giardina), ¶ 80 (RLA-79) (en la cual se considera que la segunda oración del TBI entre Perú y Chile “debe leerse en contexto; *i.e.*, junto con la primera oración del mismo artículo”.); *Plama Consortium Limited contra República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción (8 de febrero del 2005) (Salans, van den Berg, Veeder), ¶ 30 (RLA-69). Ver también *Caso of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Sentencia, 7 June 1932, PCIJ Series A/B, No. 46, pág. 140 (RLA-15) (“Sobre todo, no debe pasarse por alto que el Artículo 435, tanto en razón de su posición en el Tratado de Versalle, así como de su origen, forma un todo completo: por lo tanto, sería imposible interpretar el segundo párrafo sin considerar el primer párrafo”).

receptor de la inversión²⁰⁵.

125. Se infiere por lo tanto que nada en el texto del Artículo VI sugiere que la elección del inversionista del consentimiento a uno de los procedimientos de arbitraje alternativos en el párrafo 3 podrá incluir más de una opción.

4. Objeto y propósito del Artículo VI(3)(A) y del TBI como un todo

126. La naturaleza singular, exclusiva e irrevocable de la elección del consentimiento para un arbitraje internacional prevista de acuerdo a los términos del Artículo VI(3)(a) es totalmente coherente con el objeto y propósito del Artículo VI²⁰⁶. Como el Profesor Vandavelde explica, el Artículo VI(3)(a) es una elección de la disposición relativa a los recursos. Dichas disposiciones han sido un rasgo constante de la práctica con los tratados de inversiones de los EUA, con la intención de evitar la multiplicidad de procesos²⁰⁷. La interpretación de Ecuador del Artículo VI(3)(a) como si se extendiere a una sola elección de consentimiento para una de las alternativas de arbitraje enumeradas es por consiguiente completamente coherente con la intención de los EUA de evitar procesos múltiples con respecto a la misma diferencia relativa a inversiones.

127. Lo que es más importante, la interpretación de Ecuador es totalmente coherente con el objeto y propósito del TBI como un todo, como se refleja en su lenguaje introductorio²⁰⁸. El preámbulo del TBI entre Ecuador y los EUA se refiere al deseo de las Partes de “promover una

²⁰⁵ Informe Pericial según la Opinión del Profesor Vandavelde, ¶ 54.

²⁰⁶ Muchos tribunales han hecho considerable énfasis en el objeto y propósito no solo del Tratado como un todo, sino de la disposición específica sujeta a interpretación. *Ver, v.g., Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. contra la República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción (14 de noviembre del 2005) (Kaufmann-Kohler, Berman, Böckstiegel), ¶ 96 (CLM-1); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra la República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción (6 de agosto del 2003) (Feliciano, Faurès, Thomas), ¶ 164 (CLM-76).

²⁰⁷ Informe Pericial del Profesor Vandavelde, ¶¶ 36-50.

²⁰⁸ El preámbulo del tratado en general sirve como un indicador objetivo importante de su “objeto y propósito”. *Ver, v.g., Tokios Tokelés contra Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción (29 de abril del 2004) (Weil, Bernardini, Price), ¶ 31 (CLM-81); *Aguas del Tunari, S.A. contra la República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre Objeciones de la Demandada a la Jurisdicción (21 de octubre del 2005) (Caron, Alberro-Semerena, Álvarez), ¶ 241 (RLA-70).

mayor cooperación económica entre ellos, con respecto a la inversión por parte de nacionales y compañías de una Parte en el territorio de la otra Parte”. Admite en cuanto a las Partes: (i) su reconocimiento mutuo de que el “acuerdo sobre el trato que se ha de otorgar a dicha inversión estimulará el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las Partes”; (ii) el acuerdo de que “el trato justo y equitativo de la inversión es conveniente a fin de mantener un marco estable para la inversión y el aprovechamiento efectivo óptimo de los recursos económicos”; y, (iii) el reconocimiento de que “el desarrollo de vínculos económicos y comerciales contribuya al bienestar económico de los trabajadores en ambas Partes y promuevan el [respeto] hacia los derechos laborales reconocidos internacionalmente”. Este lenguaje es esencialmente similar al del TBI entre Los Países Bajos y la República Checa, el cual fue analizado por el tribunal en *Saluka contra la República Checa* para exigir un método equilibrado de la interpretación de las disposiciones de los TBI:

La protección de las inversiones extranjeras no es el único objetivo final del Tratado, sino mas bien un elemento necesario junto con el objetivo general de estimular la inversión extranjera y ampliar y fortalecer las relaciones económicas de las partes. Eso a su vez requiere un método equilibrado para la interpretación de disposiciones substantivas del Tratado para la protección de las inversiones, puesto que *una interpretación que exagere la protección que se ha de otorgar a las inversiones extranjeras podría servir para disuadir a los Estados receptores de admitir inversiones extranjeras y así socavar el objetivo general de ampliar y acrecentar las relaciones económicas mutuas de las partes*²⁰⁹.

128. Limitar la exclusividad e irrevocabilidad de la elección de procedimientos de solución de diferencias solo a aquellos que se enumeran en el Artículo VI(2) exageraría la protección otorgada a los inversionistas que optaren por el arbitraje internacional, en detrimento de aquellos que seleccionaren las cortes locales. No puede negarse que dicho resultado difícilmente es conducente a la promoción de una “mayor cooperación económica entre las partes”, lo cual implica necesariamente la confianza mutua en el sistema legal de la otra Parte, así como también

²⁰⁹ *Saluka Investments BV (Los Países Bajos) contra la República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial (17 de marzo del 2006) (Watts, Fortier, Behrens), ¶ 300 (CLM-144) (énfasis agregado).

al desarrollo económico de las Partes, el cual no puede separarse del desarrollo de sus respectivos sistemas jurídicos.

129. Por último, en el supuesto de que el objeto y propósito del Tratado se limitare a proteger las inversiones, que no lo es, esta protección consistiría en la protección de las “inversiones” de acuerdo con los términos acordados. Que Merck no pueda beneficiarse de todos modos tal como desea hacerlo no es algo intrínsecamente incoherente con un tratado que esté destinado a proteger la inversión, *si éste es el propósito para el cual las Partes han contratado*. Como expresó el Tribunal en *Austrian Airlines*, en respuesta al argumento del inversionista demandante de que “una cláusula que prevé el arbitraje solamente sobre la cuantía de la compensación no está en conformidad con el objeto y propósito de un TBI, el cual es *inter alia* la protección de inversionistas extranjeros”²¹⁰.

Al evaluar el alcance del Artículo 8 del Tratado a la luz del objeto y propósito del Tratado, el Tribunal no puede ignorar el régimen de protección de inversiones establecido por los Estados Contratantes. [...] La observación de que estos no prevén el arbitraje sobre cada uno de los aspectos de todas las violaciones de tratados no puede considerarse que sea contrario al objeto y propósito del Tratado de proteger la inversión. *Todo depende de la protección para la cual se ha contratado*²¹¹[.]

130. El tribunal en *Daimler contra Argentina* enfatizó asimismo que

al igual que los tratados internacionales, los TBI constituyen un ejercicio de soberanía mediante el cual los Estados logran alcanzar un delicado equilibrio entre sus diversas consideraciones políticas internas. Por esta razón, el Tribunal debe tener cuidado de no permitir ninguna presuposición concerniente a los tipos de mecanismos del derecho internacional (incluidas las cláusulas sobre solución de diferencias) que puedan proteger y promover de la mejor manera la inversión a fin de llevarla más allá de los límites del marco acordado

²¹⁰ *Austrian Airlines contra la República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final (9 de octubre del 2009) (Kaufmann-Kohler, Brower, Trapl), ¶ 101 (RLA-96).

²¹¹ *Austrian Airlines contra la República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final (9 de octubre del 2009) (Kaufmann-Kohler, Brower, Trapl), ¶ 103 (RLA-96) (énfasis agregado).

por los estados partes contratantes. *Les corresponde a los Estados decidir cuál es la mejor manera de proteger y promover la inversión. Los textos de los tratados que estos suscriben son la guía definitiva en cuanto a cómo ellos han optado por hacerlo.*

Al interpretar las disposiciones sobre las soluciones de controversias en los TBI – al igual que con cualquier otra disposición del tratado – el objetivo último es determinar lo que las partes contratantes consintieron en realidad. En consecuencia, el hecho de que las cláusulas sobre solución de diferencias se construyan ni de manera liberal ni restrictiva *no autoriza a los tribunales internacionales a interpretar dichas cláusulas de manera que excedan el consentimiento de las partes contratantes que se expresa en el texto. Ir más allá de esos límites sería actuar ultra vires*²¹².

131. Se infiere que si el texto real del Artículo VI(3)(a) prescribe una elección única, exclusiva e irrevocable de consentimiento a un procedimiento arbitral internacional, como Ecuador argumenta, dicha prescripción no puede desplazarse mediante interpretaciones subjetivas del objeto y propósito del Tratado²¹³.

5. Otras reglas pertinentes del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes en el TBI

132. Una interpretación apropiada del Artículo VI también debe tener en cuenta “todas las reglas pertinentes del derecho internacional aplicables en las relaciones entre partes”, tal como exige el Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena.

133. Una regla de esa clase es el principio fundamental del derecho internacional de acuerdo con el cual las cortes y tribunales internacionales solo pueden ejercer la jurisdicción sobre un Estado sobre la base de su consentimiento. Como advirtió la Corte Permanente de Justicia

²¹² *Daimler Financial Services AG contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo (22 de agosto del 2012) (Dupuy, Brower, Bello Janeiro), ¶¶ 164, 172 (RLA-116) (énfasis agregado) (se han omitido las citas internas).

²¹³ *Ver Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contra la República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo (16 de agosto del 2007) (Fortier, Cremades, Reisman), ¶ 340 (RLA-78) (“aunque un tratado debería interpretarse a la luz de sus objetos y propósitos, sería una violación de todos los cánones de interpretación pretender usar sus objetos y propósitos, los cuales son, por su naturaleza misma, una deducción por parte del intérprete, de anular cuatro disposiciones explícitas”).

Internacional, “[e]stá bien establecido en el derecho internacional que ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser obligado a someter sus diferencias ... sea a mediación o arbitraje, o a cualquier otra clase de solución pacífica”²¹⁴.

134. Un corolario de que el principio es que el consentimiento de un Estado a arbitraje “no deberá presuponerse frente a la ambigüedad”²¹⁵. Como consecuencia, “cuando una demandante no logra probar el consentimiento con certeza suficiente, se declinará la jurisdicción”²¹⁶.

135. Para despejar toda duda, Ecuador no está invocando la pertinencia del llamado principio de interpretación restrictiva en este proceso. Los principios interpretativos del derecho consuetudinario de la Convención de Viena se aplican invariablemente a todas las cláusulas de los tratados. No obstante, dentro de las prescripciones interpretativas de la Convención, no es posible presuponer que un Estado ha dado ese consentimiento. Como expresó el tribunal en *Daimler contra Argentina*:

[n]o es permisible [] presuponer el consentimiento de un Estado en razón de la imposibilidad del Estado de negar proactivamente la jurisdicción del tribunal. La ausencia de consentimiento es la regla general; el consentimiento es la excepción. Por lo tanto, para establecer el consentimiento se requiere prueba afirmativa. Pero la imposibilidad de basar el consentimiento de un Estado en una mera presunción no debería adoptarse como un método “estricto” o “restrictivo” en términos de la interpretación de las cláusulas sobre solución de diferencias. Es simplemente el resultado de que el respeto hacia la regla de acuerdo con la cual el Estado consiente es el requisito incontrovertible para toda clase de procedimiento de solución de

²¹⁴ *Caso Concerning Status of Eastern Carelia*, Opinión Consultiva, 23 de julio de 1923, PCIJ Series B, No. 5, pág. 27 (RLA-6).

²¹⁵ *ICS contra Argentina*, ¶ 280 (RLA-113). Ver también *Wintershall Aktiengesellschaft contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo (8 de diciembre del 2008) (Nairman, Torres Bernárdez, Bernardini), ¶ 160(3) (RLA-90) (“... un principio del derecho internacional es que las cortes y tribunales internacionales pueden ejercer la jurisdicción sobre un Estado solo con su consentimiento. El principio se describe a menudo como un corolario a la soberanía e independencia del Estado. Se considera que la presunción de consentimiento no es suficiente, porque las cortes no pueden presuponer alguna restricción a la independencia de un Estado (no acordada ...)”) (énfasis en el original).

²¹⁶ *Id.*, ¶ 280.

diferencias internacionales . . . *Lo que es verdad sobre la existencia misma del consentimiento para recurrir a un mecanismo específico de solución de diferencias internacionales también es verdad en lo que respecta al alcance de este consentimiento*²¹⁷.

136. Se desprende que el principio del consentimiento del Estado manda que Merck establezca afirmativamente que el consentimiento de Ecuador según el Artículo VI se extiende a este proceso: no puede haber presunción de jurisdicción.

6. Conclusión

137. Lo antes expuesto, incluido el texto del Artículo VI(3)(a), en su contexto inmediato, a la luz del objeto y propósito del Tratado y, teniendo en cuenta otras reglas pertinentes del derecho internacional, todo apoya la conclusión de Ecuador de que el Artículo VI(3)(a) exige una elección única, exclusiva e irrevocable de consentir un procedimiento arbitral²¹⁸.

²¹⁷ *Daimler contra Argentina*, ¶ 175 (RLA-116) (énfasis agregado).

²¹⁸ La interpretación del Artículo VI(3)(a) del TBI entre Ecuador y los EUA también estuvo en cuestión en el caso *Murphy Exploration & Production Company – International contra la República del Ecuador* (CNUDMI, Caso CPA No. AA434). Como informa el Relator de Arbitrajes (*el tribunal de la CNUDMI rechaza la objeción a la jurisdicción con respecto al reclamo previo ante el CIADI en la diferencia de Ecuador relativa al gravamen impuesto a los ingresos extraordinarios*, 20 de enero del 2014 (RLA-129)), la mayoría consideró que no existe ninguna limitación explícita al derecho del inversionista de consentir a los procedimiento de arbitraje que se enumeran en el Artículo VI(3)(a) y que Ecuador no logró establecer que dicha restricción existiera de otra manera. El Profesor Abi-Saab estuvo en desacuerdo con la opinión de la mayoría, criticó a la mayoría por tomarse libertades con la interpretación de los términos del Artículo VI(3)(a). El laudo del tribunal y la opinión discrepante del Profesor Abi-Saab están sujetos a acuerdos de confidencialidad y continúan siendo reservados para el público. Ecuador está en desacuerdo con la manera en que la mayoría evacuó el caso *Murphy contra Ecuador* y se ha reservado el derecho a impugnar el laudo en las cortes holandesas (en cuyo caso La Haya fue también el lugar de arbitraje). En todo caso, el presente Tribunal no está obligado por las decisiones del tribunal en *Murphy*. Como el tribunal en *Romak contra Uzbekistán* señaló:

Con respecto a los laudos arbitrales, este Tribunal Arbitral considera que *no está obligado a seguir o citar decisiones arbitrales previas como autoridad para su razonamiento o conclusiones*. Incluso en el supuesto de que se pudieran condensar los principios pertinentes a partir de laudos arbitrales previos (lo cual ha resultado difícil con respecto a muchas de las decisiones citadas por las partes en estos procesos), *no puede considerarse que estos constituyan la expresión de un consenso general de la comunidad internacional, y mucho menos de una fuente formal del derecho internacional*. Los laudos arbitrales siguen siendo *meras fuentes de inspiración, tranquilidad y referencia para los árbitros*.

C. Antes de iniciar este arbitraje de acuerdo a las Reglas de la CNUDMI, Merck definitivamente consintió al arbitraje de esta diferencia en conformidad con la Convención del CIADI

1. Merck ejerció su derecho de acuerdo al Artículo VI(3)(A) a favor del Arbitraje ante el CIADI

138. Mediante su carta del 8 de junio del 2009, Merck optó por consentir por escrito al sometimiento de la diferencia para su solución mediante arbitraje vinculante de acuerdo a la Convención del CIADI:

Mediante esta carta, MSDIA acepta la oferta hecha por la República del Ecuador de someter las diferencias relativas a inversiones para su solución mediante arbitraje vinculante ante el Centro Internacional para la Solución de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”), en conformidad con el 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, preservando así los derechos de MSDIA si la República del Ecuador decidiera denunciar la Convención del CIADI en los términos que dispone el Artículo 71²¹⁹.

Por último, el Tribunal Arbitral no ha recibido de las Partes o se le ha delegado de otra manera una misión de asegurar la coherencia o el desarrollo de una “jurisprudencia arbitral”. *La misión del Tribunal Arbitral es más prosaica, pero no menos importante: resolver la presente diferencia entre las Partes de manera razonada y persuasiva, independientemente de las consecuencias no intencionadas que el análisis de este Tribunal Arbitral podría tener en diferencias futuras en general.* Le corresponde a la doctrina jurídica expresada en artículos y libros, y no a los árbitros en sus laudos, enunciar, promover o criticar los puntos de vista generales con respecto a las tendencias en el derecho sobre inversiones y la evolución que se espera en este campo. Esto no quiere decir que el Tribunal Arbitral simplemente ignore los laudos dictados por distinguidos árbitros. *El Tribunal Arbitral podrá examinar los y lo hará para los fines de extraer de ellos preceptos jurídicos, pero como medios de proveer contexto a las alegaciones y argumentos de las Partes, y para explicar de manera sucinta el propio razonamiento del Tribunal Arbitral.*

Romak S.A. contra la República de Uzbekistán, CNUDMI, Caso CPA No. AA280, Laudo (26 de noviembre del 2009), ¶¶ 170-171 (RLA-97) (se han omitido las notas a pie de página) (énfasis agregado).

²¹⁹ Notificación de Diferencia, págs. 1-2 (énfasis agregado) (C-2).

139. La carta de Merck representa una “elección de consentimiento” definitiva al arbitraje del CIADI, con una clara intención de “asegurar” a la República a esa elección. Por consiguiente, las referencias a los Artículos 25²²⁰ y 72²²¹ de la Convención del CIADI, de acuerdo con la cual una vez las partes en un arbitraje ante el CIADI hayan dado su consentimiento, ninguna parte podrá retirar su consentimiento unilateralmente, a través de la denuncia de la Convención o de otra manera.

140. El Profesor Vandeveldelde confirma que “[l]a carta del 8 de junio del 2009 constituye una elección explícita de MSDIA de consentir el arbitraje ante el Centro”²²². Puesto que dicha elección de consentimiento es “exclusiva e irrevocable”, Merck “no podrá optar por consentir el sometimiento de la misma diferencia a arbitraje en ningún otro foro”²²³.

141. Mediante esta Notificación de la Diferencia de fecha 8 de junio del 2009, Merck ha agotado por lo tanto su derecho de acuerdo al Artículo VI(3)(a). Se infiere que Merck tenía impedimento para optar por consentir al arbitraje en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI con su Notificación de Arbitraje.

2. El consentimiento de Merck fue no menos efectivo porque estaba acompañado de “una reserva de derechos”

142. La elección de Merck de consentimiento al arbitraje ante el CIADI de acuerdo a los términos del Artículo VI(3)(a) del TBI estuvo acompañado de la siguiente declaración:

²²⁰ La disposición se lee en la parte pertinente: “Cuando las partes han dado su consentimiento, ninguna parte podrá retirar su consentimiento de manera unilateral”.

²²¹ La disposición reza así: “Notificación por parte de un Estado Contratante en cumplimiento de los Artículos 70 ó 71 no afectarán los derechos u obligaciones de acuerdo a esta Convención de ese Estado o de cualquiera de sus subdivisiones o agencias constituyentes o de cualquier nacional de ese Estado que se originaren del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por uno de ellos antes de que el depositario recibiera dicha notificación”. Se considera que el Artículo 72 constituye una aplicación especial del principio de irrevocabilidad consagrado en el Artículo 25(1). *Ver* C. Schreuer, *et al.*, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY 1285 (Cambridge U. Press, 2d ed. (2009)), ¶ 2 (RLA-87).

²²² Informe Pericial del Profesor Vandeveldelde, ¶ 66.

²²³ Informe Pericial del Profesor Vandeveldelde, ¶ 66.

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 cualquier forma de arbitraje expresada de acuerdo al Artículo VI(3)(a) del TBI²²⁴.

143. Como se explicó anteriormente, la elección del inversionista de consentir según lo dispone el Artículo VI(3)(a) es exclusiva e irrevocable. Por consiguiente, una vez que ésta optó por consentir al arbitraje, Merck agotó en la mayor medida posible las oportunidades de arbitraje internacional que le otorga el TBI. Por lo tanto, como el Profesor Vandeveldel indica, “MSDIA intentaba reservar un derecho que, como resultado de la carta del 8 de junio del 2009, ya no poseía”²²⁵. Además, de acuerdo al Profesor Vandeveldel:

Al parecer, MSDIA creyó erróneamente que su elección no era exclusiva e irrevocable y, basada en esa creencia errónea, buscó reservar un derecho a consentir para un foro diferente – *un derecho que, en realidad, ésta no tenía*²²⁶.

144. La “reserva de derechos” tampoco era una condición o un plazo para la elección de Merck del consentimiento al CIADI, de modo que ésta de algún modo produjo la “nulidad *ab initio*” de esta elección de consentir²²⁷. Pero lo que es más importante, el argumento de Merck es incoherente con el texto y el espíritu de la carta de Merck, como el Profesor Vandeveldel explica en su opinión pericial.

145. *Primero*, el lenguaje de la reserva de derechos “no pretende, mediante sus términos expresos, imponer ninguna condición a la elección de consentimiento de MSDIA”²²⁸. Esto es incluso más claro cuando la declaración se lee en contexto: al describir el antecedente fáctico para la supuesta diferencia relativa a inversiones con Ecuador, la carta indica que “estos hechos

²²⁴ Notificación de Diferencia, pág. 2, (C-2).

²²⁵ Informe Pericial del Profesor Vandeveldel, ¶ 68.

²²⁶ Informe Pericial del Profesor Vandeveldel, ¶ 68 (énfasis agregado).

²²⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 239.

²²⁸ Informe Pericial del Profesor Vandeveldel, ¶ 69.

dan lugar a un reclamo de que Ecuador ha consentido en resolver a través del CIADI”²²⁹. De acuerdo al Profesor Vandeveldel, “[l]a carta describe el consentimiento como un hecho consumado”²³⁰

146. Segundo, la lectura de la “reserva de derechos” como una condición a la elección de Merck del consentimiento al arbitraje del CIADI es contraria a la intención expresa de la carta de bloquear la oferta de Ecuador de consentimiento a arbitraje ante el CIADI.

147. Tercero, la carta indica que Merck “acepta” la oferta de arbitraje de Ecuador. Sin embargo, “una aceptación de una oferta por definición no añade nuevos términos o condiciones a la oferta”²³¹. El Profesor Vandeveldel prosigue a afirmar que “[a]gregar nuevos términos condiciones [sic] convertiría la aceptación en una *contraoferta*. Si MSDIA hubiera estado aceptando la oferta de Ecuador, entonces no estaba necesariamente haciendo una contraoferta con términos y condiciones adicionales”²³².

148. Por todas las razones antes mencionadas, la “reserva de derechos” no era una condición para la elección de Merck de consentimiento al CIADI ni formaba parte de dicha elección. Mas bien, la reserva representa un esfuerzo por conservar una oportunidad de cambiar la elección de consentimiento de Merck. Sin embargo, la reserva no puede cambiar el carácter de la primera acción como una “elección”, de lo cual, como se explicó anteriormente, Merck obtuvo una.

D. Conclusión

149. Estos procedimientos acordes con las Reglas de la CNUDMI, de acuerdo al TBI entre Ecuador y los EUA carecen de consentimiento de Ecuador, el cual es la piedra angular de la autoridad de este Tribunal. El Artículo VI del Tratado tiene una oferta permanente general de Ecuador de resolver las diferencias relativas a inversiones con inversionistas de los EUA a través

²²⁹ Notificación de Diferencia, pág. 2, (C-2).

²³⁰ Informe Pericial del Profesor Vandeveldel, ¶ 69.

²³¹ Informe Pericial del Profesor Vandeveldel, ¶ 69.

²³² Informe Pericial del Profesor Vandeveldel, ¶ 69 (énfasis en el texto original).

de varios métodos de solución de diferencias. De los términos del Artículo VI se desprende con claridad que, a fin de remitir una diferencia relativa a inversiones para su solución, un inversionista tiene que hacer una elección entre los diferentes métodos alternativos disponibles. Cada alternativa tiene sus propias ventajas y desventajas relativas. Por consiguiente, un inversionista está obligado a evaluar sus opciones y hacer una “elección exclusiva e irrevocable”. Lo que no es permisible es que el inversionista realice más de una elección; o haga una elección y reserve sus derechos para recurrir a una segunda opción a su antojo. Una vez que ha realizado una elección, un inversionista tiene que atenerse a ésta de manera permanente. Con su Notificación de la Diferencia de fecha 8 de junio del 2009, Merck hizo su elección a favor del Arbitraje ante el CIADI. Como resultado, Ecuador solicita respetuosamente que el Tribunal dicte un laudo a favor de Ecuador y contra Merck, en el cual desestime los reclamos de Merck por falta de jurisdicción en su totalidad.

IV. EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN Y LOS RECLAMOS CARECEN DE MÉRITO PORQUE LA DIFERENCIA NO SE ORIGINA DE LOS DERECHOS CON RESPECTO A UNA INVERSIÓN O NO SE RELACIONA CON ESOS DERECHOS

A. Introducción

150. De acuerdo al Artículo VI del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, el arbitraje internacional como una modalidad de solución de diferencias está disponible solo con respecto a “diferencias relativas a inversiones”, como se define en el Artículo VI(1)²³³.

151. Merck asevera que la diferencia en cuestión es una “diferencia relativa a inversiones” dentro del significado del TBI porque es una diferencia “que se origina de, o se relacionan con . . . una supuesta violación de . . . *derecho[s]* conferidos o creados por este Tratado *con respecto a*

²³³ El Artículo VI(1) reza lo siguiente: “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 origina de, o se relaciona con (a) un acuerdo de inversión entre esa Parte y dicho nacional o compañía; (b) una autorización de inversión otorgada por la autoridad de inversiones extranjeras de esa Parte; o, (c) una supuesta violación de algún derecho conferido o creado por este Tratado con respecto a una inversión”.

una inversión”, como se dispone en el Artículo VI(1)(c) (énfasis agregado)²³⁴.

152. Sin embargo, como se demuestra a continuación, ninguno de los derechos contemplados en el Tratado que Merck asevera se han violado son “*derechos . . . con respecto a una inversión*”, dentro del significado del TBI. En cumplimiento del Artículo I(1) del TBI, “Para los fines de este Tratado ... “inversión” significa toda clase de inversión en el territorio de una parte que pertenciere o estuviere bajo control directo o indirecto de nacionales o compañías de la otra Parte”. Como el Profesor Vandeveldel – el analista principal sobre el programa de modelos de TBI de los EUA y el perito de Ecuador en este arbitraje – ha escrito, la disposición refleja la intención consciente de los negociadores de los EUA de que un activo “estaría cubierto por la definición solo si ésta tuviere el carácter de una inversión”²³⁵.

153. Los derechos en el Tratado que Merck asevera se violaron en el contexto del litigio subyacente son derechos con respecto a la propia Merck – es decir, que las cortes de Ecuador le otorguen “un trato justo y equitativo y no se le deniegue justicia”²³⁶ – y no con respecto a ninguna inversión en Ecuador que pertenezca a Merck o esté bajo su control. Esto se debe a que la materia del litigio que Propfar / NIFA iniciaron es la propia conducta de Merck y los derechos que ésta hace valer en este arbitraje conciernen a cómo se ha tratado a la propia Merck con respecto a la atribución de esa conducta. El litigio no implica ninguno de los derechos de Merck en ninguno de los activos que ésta posea o controle en Ecuador.

154. Merck intenta eludir este hecho de dos maneras. Primero, Merck sugiere que la conducción de sus actividades comerciales a través de su sucursal en Ecuador es suficiente para calificarla para protección del Tratado²³⁷, y que su negocio en Ecuador es en sí mismo una

²³⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 199.

²³⁵ K. Vandeveldel, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), págs. 114-115 (RLA-85) (énfasis agregado).

²³⁶ Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, ¶ 29.

²³⁷ Memorial de la Demandante, ¶¶ 212-213.

inversión²³⁸. Segundo, argumenta que su anterior inversión en la planta de producción que NIFA había buscado comprar constituye una inversión continuada en Ecuador aun cuando Merck haya vendido la planta a un tercero en julio del 2003.

155. Ninguno de estos argumentos establece una inversión nueva que promovería los propósitos del TBI. En consecuencia, la diferencia con respecto a la cual Merck inició el presente arbitraje no es una “diferencia relativa a inversiones” dentro del significado del TBI, y este Tribunal carece de jurisdicción.

B. La conducción de Merck de las actividades comerciales y de distribución a través de una sucursal en Ecuador no constituye una “inversión” dentro del significado del TBI

156. Al parecer, Merck se aferra al argumento planteado en conexión con su Solicitud de Medidas Provisionales que sucursal en Ecuador en sí misma constituye una inversión. Ésta argumenta que “[n]o existe nada en la definición de inversión en el Tratado que limite las inversiones a una forma corporativa particular o que impida que una sucursal califique como una inversión de acuerdo al Tratado”²³⁹. A tal efecto, Merck cita el comentario del Profesor Vandeveldel sobre acuerdos de inversión internacionales de los EUA y el laudo del tribunal en el caso *M.C.I. Power Group contra Ecuador* bajo el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos²⁴⁰. Sin embargo, un examen más detenido revela que es engañoso que Merck se basara en estas autoridades.

157. En *M.C.I Power contra Ecuador*, las demandantes argumentaron que como entidades legales de los Estados Unidos éstas poseían y controlaban otra corporación de los EUA, Seacoast, la cual, a su vez, “invirtió en Ecuador a través de la operación de una sucursal”²⁴¹. Las

²³⁸ Memorial de la Demandante, ¶¶ 205-211, 214-219.

²³⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 212.

²⁴⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 213.

²⁴¹ *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine, Inc. contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo (31 de julio del 2007), ¶ 39 (CLM-66).

demandantes alegan además que la sucursal había “llevado a cabo el negocio de adquirir, ensamblar e instalar dos plantas de generación de energía eléctrica y vender la energía eléctrica a INECEL, una entidad de propiedad del Estado Ecuatoriano”²⁴². Después que se concluyeron estas operaciones y se realizó la venta de los bienes para generación de energía eléctrica, Seacoast “continuó en posesión y con el control de sus cuentas por cobrar y otros derechos contractuales contra INECEL”²⁴³. Por consiguiente, en cuanto al caso de las demandantes y de *M.C.I.*, “la sucursal Seacoast en Ecuador y sus activos intangibles calific[aban] como inversiones de acuerdo a la definición general de “inversiones” en el TBI”²⁴⁴.

158. El tribunal fue claro: fueron los “derechos e intereses que las demandantes haber subsidiado como consecuencia del proyecto Seacoast ... como, por ejemplo, los activos intangibles de cuentas por cobrar, la existencia de un permiso de operación ... [los que] encajaría en la definición” de una inversión protegida²⁴⁵. No la Sucursal Seacoast en Ecuador *como tal*.

159. La *ratio decidendi* del tribunal en *M.C.I.* es, desde luego, totalmente coherente con otra jurisprudencia sobre la cuestión. Los casos *Murphy contra Ecuador* y *Middle East Cement contra Egipto* – que Merck cita en su Réplica en la fase de Medidas Provisionales del caso pero ahora, al parecer, abandonados²⁴⁶ – representan la proposición de que lo que determina si existe una “inversión” que califique para protección al amparo de un TBI es la naturaleza de las actividades llevadas a cabo por la sucursal, así como también la propiedad y los derechos contractuales que se tienen a través de la sucursal, no el hecho de la existencia de una sucursal²⁴⁷.

²⁴² *Id.* (CLM-66).

²⁴³ *Id.* (CLM-66).

²⁴⁴ *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine, Inc. contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo (31 de julio del 2007), ¶ 147 (CLM-66) (énfasis agregado).

²⁴⁵ *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine, Inc. contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo (31 de julio del 2007), ¶ 164 (CLM-66).

²⁴⁶ Réplica de la Demandante a la Oposición de Ecuador a su Solicitud de Medidas Interinas, ¶ 81 fn. 120.

²⁴⁷ *Ver además* Dúplica de Ecuador en Oposición a la Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, ¶¶ 119-120.

160. Que Merck se basara en el tratado del Profesor Vandeveldde es igualmente inútil. En el fragmento que Merck Cita, el Profesor Vandeveldde analiza la inclusión de la “sucursal” bajo el modelo de TBI de los EUA de 1994 en la lista de entidades que quedan dentro de la definición de “compañía” y las implicaciones de la inclusión para la definición de “inversión” e “inversionista” de acuerdo al modelo del TBI. Esta discusión es sencillamente irrelevante en el presente contexto, porque la definición de “compañía” en el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos no enumera la “sucursal” dentro de las entidades que califican para el estatus de “compañía”. El Artículo 1(b) define “compañía” de una Parte como:

*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 sea o no organizada con fines de lucro, o que pertenezca o esté bajo control privado o gubernamental*²⁴⁸.

161. De hecho, esta definición sencillamente no incluye el establecimiento de una sucursal en Ecuador porque, como dio fe el perito de la Demandada, Profesor Roberto Salgado Valdez, de acuerdo a las leyes y regulaciones de Ecuador el término “legalmente constituido” se refiere a la formación de una persona jurídica con personería jurídica *independiente* y el establecimiento de una sucursal de una compañía extranjera no equivale a constituir una nueva persona jurídica independiente de la personalidad jurídica de su compañía principal extranjera²⁴⁹.

162. En todo caso, el Profesor Vandeveldde considera que una sucursal, incluso si no se ha constituido por separado y por lo tanto no es una “compañía” de acuerdo a los términos del modelo de TBI de 1994, “*podría*” quedar comprendida dentro de la definición de “inversión” bajo el modelo de TBI²⁵⁰. Al respecto, el punto de vista del Profesor Vandeveldde es totalmente coherente con la jurisprudencia que se analizó anteriormente: dependiendo de la naturaleza de

²⁴⁸ TBI entre Ecuador y los EUA, Artículo 1(b) (énfasis agregado).

²⁴⁹ Informe Pericial del Profesor Roberto Salgado Valdez, págs. 6-7. *Ver también* Declaración Testimonial de Canan, ¶ 5 fn. 1 (donde se dice que “Yo uso “MSDIA” como una referencia a la oficina de la sucursal de MSDIA en Ecuador. La sucursal es parte de MSDIA y no es una entidad corporativa separada”).

²⁵⁰ K. Vandeveldde, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), pág. 122 (CLM-105).

las actividades llevadas a cabo por la sucursal, así como también de cualquier propiedad y derechos contractuales que se tuvieran a través de ésta, una sucursal podrá en realidad quedar dentro de la definición de “inversión” en el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos.

163. En consecuencia, operar una oficina de una sucursal dentro del territorio de Ecuador, por sí solo, no puede considerarse una inversión que califique a Merck para protección bajo el TBI. Esto es particularmente cierto cuando el propósito de la sucursal es llevar a cabo transacciones comerciales fronterizas.

164. Merck también argumenta que su “negocio” en Ecuador constituye una inversión en Ecuador dentro del significado del TBI y la definición de “inversión” en el derecho internacional general²⁵¹. Merck no define en qué aspecto su “negocio” es diferente de la conducción de operaciones de ventas en Ecuador. Este concepto amorfo de “negocio” no califica como una inversión dentro del significado del Tratado, por las tres razones siguientes.

165. *Primero*, Merck no logra establecer que haya hecho alguna contribución en el territorio de Ecuador²⁵². Después de tres rondas de argumentación, Merck persiste en basarse

²⁵¹ Memorial de la Demandante, ¶¶ 205-211, 214-219. Las Partes están de acuerdo en que la contribución de capital; la duración de la inversión, y el riesgo para el inversionistas son rasgos distintivos de una “inversión” y constituye la esencia de la definición objetiva de la inversión a la cual han llegado varios tribunales en tratados de inversiones. *Ver* Memorial de la Demandante, ¶ 207 y fn. 370. *Ver también* Oposición de Ecuador a la Solicitud de la Demandantes de Medidas Provisionales, ¶¶ 82-85; Dúplica de Ecuador en Oposición a Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, ¶¶ 99-104.

²⁵² *Ver, v.g., Saipem S.p.A. contra la República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07 (TBI entre Bangladesh e Italia), Decisión sobre Jurisdicción, 21 de marzo del 2007 (Kaufmann-Kohler, P., Schreuer, Otton) (“*Saipem contra Bangladesh*”), ¶ 101 (CLM-15) (en la cual se advierte la contribución significativa de la compañía en términos de recursos humanos y técnicos); *Patrick Mitchell contra la República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7 (US/DRC BIT), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo (1 de noviembre del 2006) (Dimolitsa, P.; Dossou; Giardina), ¶ 27 (énfasis agregado) (RLA-76) (“*Patrick Mitchell (Anulación)*”) (donde se advierte que el compromiso podría ser financiero o a través del “*know-how*”); *Jan de Nul N.V. and Dredging International N. Contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción (16 de junio del 2006) (RLA-72) (donde se determina la contribución significativa de la demandante con base en la cantidad de trabajo en la operación de dragado en el Canal de Suez y la compensación que la demandante recibió); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contra la República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción (14 de noviembre del 2005), ¶ 131 (CLM-1) (con énfasis de que Bayindir hizo una contribución significativa tanto en términos financieros, de “*know-how*”, equipos y personal).

exclusivamente en declaraciones testimoniales de su Presidente y Director Sr. Jean Marie Canan²⁵³, sin haber producido ni una sola prueba documentaria que sustancie sus alegaciones a la contribución “en el territorio” de Ecuador²⁵⁴.

166. Además, como Ecuador explicó en su Dúplica en la fase sobre Medidas Provisionales del caso²⁵⁵, Merck no puede demostrar que haya hecho alguna contribución substancial en el territorio de Ecuador en razón de la naturaleza puramente comercial de sus operaciones (importación, venta y distribución de productos farmacéuticos) desde la disposición de la Planta del Valle de los Chillos en el 2003. La carta mediante la cual el Gobierno de los EUA presentó el Tratado ante el Senado de los EUA para su ratificación confirma que las inversiones protegidas de acuerdo al Artículo I(1)(a) no incluyen “reclamos originados exclusivamente de transacciones comerciales”.

*La definición no provee ninguna lista de activos, reclamos y derechos no excluyentes que constituyen una inversión ... El requisito de que un “reclamo monetario” esté asociado con una inversión excluye que los reclamos originados exclusivamente de transacciones comerciales, como, por ejemplo, un simple movimiento de mercancías a través de una frontera, se consideren inversiones cubiertas por el Tratado*²⁵⁶.

²⁵³ Ver Primera Declaración Testimonial de Jean Marie Canan, ¶ 9; Segunda Declaración Testimonial de Jean Marie Canan, ¶ 4; Tercera Declaración Testimonial de Jean Marie Canan, ¶¶ 9-11, 20.

²⁵⁴ La posición legal de la parte demandante para reclamar al amparo del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos depende de su posibilidad de establecer de manera concluyente, tal como la jurisdicción exige, que ésta tiene una inversión en el territorio de Ecuador. Ver, v.g., *Abaclat and Others (Caso anteriormente conocido como Giovanna a Beccara and Others) contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5 (Italia/Argentina BIT), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (4 de agosto del 2011) (Tercier, Abi-Saab, van den Berg), ¶ 678 (en la cual se sostiene que “[s]i las Demandantes que tienen la responsabilidad de probar que se reúnen *todas* las condiciones para la jurisdicción del Tribunal y para la aprobación de los reclamos sustantivos”) (RLA-106) (énfasis agregado); *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013),

¶ 150 (“Apotex (como la parte Demandante) tiene la carga de la prueba con respecto a los elementos fácticos necesarios para establecer la jurisdicción del Tribunal al respecto.”) (RLA-122).

²⁵⁵ Dúplica de Ecuador en Oposición a la Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, ¶¶ 108-110.

²⁵⁶ Departamento de Estado, Carta de Presentación para el Tratado entre los EUA y Ecuador Concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, *reimpreso en* SENATE TREATY DOC. NO. 103-15 (1993),

167. En realidad, la mera transferencia del título de dominio sobre las mercancías a cambio del pago total no se considera una “contribución” para los fines de la existencia de una inversión protegida al amparo de un TBI²⁵⁷. Lo mismo se aplica a la conducción ordinaria de una empresa para la importación y venta de mercancías²⁵⁸.

168. Además, el inventario, las cuentas por cobrar, ciertos activos fijos (vehículos, computadoras y equipos de oficina), contratos laborales, contratos de distribución y almacenaje son todos sin duda complementarios para el comercio transfronterizo de Merck de productos farmacéuticos y por lo tanto no califican por sí solos como inversión o cambio de la naturaleza inherente de las actividades de Merck²⁵⁹, o son simples contratos comerciales para la venta de servicios que tampoco pueden considerarse como “inversiones” que califiquen para la protección al amparo del TBI²⁶⁰.

169. Por último, la supuesta inversión de Merck “a fin de obtener y mantener varios registros y autorizaciones de marketing [y] para mantener el cumplimiento reglamentario”²⁶¹ tampoco cumplen el requisito del Tratado en tanto en cuanto Merck nunca habría incurrido en estos gastos si no se la hubiera obligado a hacerlo en conformidad con los requisitos regulatorios

pág. 7 (RLA-34) (énfasis agregado).

²⁵⁷ *Romak S.A. contra la República de Uzbekistán*, Caso CPA No. AA280, CNUDMI, Laudo (26 de noviembre del 2009) (Mantilla-Serrano, Rubins, Molfessis), ¶ 222 (RLA-97).

²⁵⁸ *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013), ¶ 235 (RLA-122) (“[l]a opinión razonada del Tribunal es que esto es inapropiado para cumplir los requisitos del Artículo 1139 del TLCAN. Los “intereses” 9. Los “intereses” identificados equivalen a no más que la conducción normal de una empresa para la exportación y venta de mercancías”).

²⁵⁹ *Ver Joy Mining Machinery contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción (6 de agosto del 2004) (Orrego Vicuña, Weeramantry, Craig), ¶ 55 (RLA-66); *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. contra los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (12 de enero del 2011), ¶ 85 (RLA-103) (donde se determina que el nombramiento de una compañía separada para distribuir los productos de las demandantes no transformó al distribuidor en una “inversión” en los términos del TLCAN”).

²⁶⁰ *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013), ¶ 236 (RLA-122).

²⁶¹ Memorial de la Demandante, ¶ 210.

ecuatorianos²⁶². Adicionalmente, dichos gastos son incidentales a las actividades comerciales de Merck, los cuales constituyen una razón independiente por la cual estos no pueden calificarse como “inversión” dentro del significado del Tratado²⁶³.

170. *Segundo*, Merck considera que ésta satisface el requisito de duración porque “primero invirtió en Ecuador en 1973 y su inversión subsistió en el país cerca de cuarenta años más tarde”²⁶⁴. Sin embargo, amalgamar todas las actividades de MSDIA llevadas a cabo en el lapso de 40 años distorsiona la realidad de sus actividades comerciales en Ecuador al abarcar el período de tiempo en que ésta operó en la Planta del Valle de los Chillos. Si bien podría ser verdad que MSDIA tenía una inversión en Ecuador antes del 2003, luego de la venta y disposición de la planta y equipos en julio del 2003, MSDIA dejó de tener derechos de propietario o contractuales relacionados con una inversión. Tomó una decisión comercial de terminar su “inversión” y continuar sus operaciones en Ecuador sobre una base puramente comercial.

171. *Tercero*, Merck no logra demostrar algo más que un “riesgo puramente comercial, de contraparte, o, dicho de otra manera, el riesgo de hacer negocio en general”²⁶⁵. En palabras del tribunal en *Romak contra Uzbekistán*, un “riesgo de inversión” implica “una clase diferente de *alea*, una situación en la cual el inversionista no pueda estar seguro de un retorno sobre su inversión, y podría no saber la cantidad que acabe por gastar, incluso si todas las contrapartes pertinentes cumplieren sus obligaciones contractuales”²⁶⁶.

172. Merck alega que ésta cumple el requisito del “riesgo de la inversión” porque, de

²⁶² *Ver Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013), ¶ 183 (RLA-122).

²⁶³ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. contra los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (12 de enero del 2011), ¶ 115 (RLA-103).

²⁶⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 215.

²⁶⁵ *Romak S.A. contra la República de Uzbekistán*, Caso CPA No. AA280, CNUDMI, Laudo (26 de noviembre del 2009) (Mantilla-Serrano, Rubins, Molfessis), ¶ 229 (RLA-97).

²⁶⁶ *Id.*, ¶ 230 (RLA-97).

acuerdo al Sr. Canan, “MSDIA optó por invertir en Ecuador a sabiendas de que el mercado farmacéutico ecuatoriano era competitivo y había un riesgo de que su negocio no tuviera éxito”, y de que “no tenía ninguna garantía de que sus inversiones significativas en Ecuador resultaran un negocio exitoso”²⁶⁷.

173. Sin embargo, los riesgos relacionados con actividades comerciales puramente transfronterizas en un mercado competitivo son riesgos comerciales normales, distinguibles de los “riesgos de inversión”. Por lo tanto, Merck no logra cumplir el requisito relativo al riesgo porque su riesgo no es otro que el riesgo general inherente a las transacciones comerciales.

174. En conclusión, el “negocio en marcha” de MSDIA de la venta y distribución transfronteriza de sus productos a distribuidores privados en Ecuador no constituye una inversión porque por su propia naturaleza éste involucra “transacciones comerciales” ordinarias. Por lo tanto, no logra calificar para la protección en conformidad con los términos del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos.

C. La Planta del Valle de los Chillos no constituye una inversión continua en Ecuador

175. Merck alega finalmente que la planta que ésta poseía anteriormente es una “inversión” dentro del significado del TBI porque sus reclamos se relacionan con la “disposición” de dicha Planta en el 2003²⁶⁸. Pero este argumento también fracasa.

176. *Primero*, el litigio subyacente no tiene nada que ver con la disposición de la Planta efectuada por Merck. La naturaleza de la denuncia de la parte ecuatoriana fue que Merck había incurrido en una violación de las reglas de la competencia al no haber tenido nunca la intención de venderle a aquélla la planta, sino mas bien usar la negociación como una táctica para impedirle la expansión al mercado de medicamentos genéricos en Ecuador. En otras palabras, ninguno de los derechos con respecto a la disposición de la Planta del Valle de los Chillos estuvo

²⁶⁷ Tercera Declaración Testimonial de Jean Marie Canan, ¶ 12.

²⁶⁸ Memorial de la Demandante, ¶¶ 220-225.

en cuestión en el litigio subyacente. En consecuencia, al momento de la decisión de la corte de primera instancia ecuatoriana, la cual Merck alega dio lugar a la existencia de una diferencia relativa a inversiones de acuerdo al Tratado²⁶⁹. (17 de diciembre del 2003), la Demandante no poseía la Planta, habiéndola vendido a Ecuaquímica en julio del 2003²⁷⁰. En esa fecha, la disposición última de la inversión de Merck se había concluido; se “había liquidado” su inversión²⁷¹.

177. *Segundo*, un examen más detenido de los casos *Mondev* y *Chervron I* y *Chevron II*, los cuales Merck cita en apoyo de su argumento²⁷², revela que la teoría sobre la vida útil sencillamente no es de aplicación en este caso. En esos casos, los tribunales estuvieron dispuestos a aceptar que, de acuerdo a esta teoría, tres clases de actividades podrían estar protegidas: (a) los reclamos monetarios continuos originados *directamente* de actividades llevadas a cabo en cumplimiento de contratos de concesión que constituyan la inversión original²⁷³; (b) *reclamos monetarios* por violación e interferencia ilícita con un contrato, que lleve a la destrucción de la inversión subyacente²⁷⁴; y, (c) litigios cuyo “*principal asunto*” tuviera que ver con *actividades del inversionista bajo su inversión original*²⁷⁵.

178. Es claro que ninguna de estas circunstancias se aplica al litigio subyacente. Merck no

²⁶⁹ Solicitud de Arbitraje de la Demandante, ¶ 12

²⁷⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 36.

²⁷¹ *Chevron Corp. (U.S.A.) & Texaco Petroleum Co. (U.S.A.) contra la República del Ecuador (Chevron I)*, Caso CPA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Provisional (1 de diciembre del 2008), ¶ 183 (CLM-44).

²⁷² Memorial, ¶ 221.

²⁷³ *Chevron I*, ¶ 184 (“Por consiguiente, las inversiones de las Demandantes no han dejado de existir: sus demandas judiciales continuaron su inversión original a través de la entrada en vigencia del TBI y hasta la fecha de inicio de este arbitraje”). (CLM-44).

²⁷⁴ *Mondev International Ltd. contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2. Laudo (11 de octubre del 2007), ¶ 77 (RLA-54).

²⁷⁵ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) contra la República del Ecuador (II)*, Caso CPA No. 2009-21, Tercer Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad (27 de febrero del 2012), ¶ 4.13 (CLM-108).

está haciendo valer reclamos monetarios originados directamente de sus actividades llevadas a cabo de acuerdo a su propiedad de la planta del Valle de los Chillos; Merck no está haciendo valer reclamos monetarios por violación y/o interferencia ilícita con su inversión en la forma de la planta del Valle de los Chillos; y el “asunto principal” del litigio subyacente no tiene ninguna relación de la naturaleza que fuere con las actividades relacionadas con la inversión de Merck. (En realidad, el litigio subyacente de NIFA surgió del “abuso de derechos”, el “engaño”, y la “actuación dolosa” de MSDIA supuestamente destinada a implementar una estrategia por parte de Merck para demorar el ingreso de NIFA al mercado de productos genéricos en Ecuador)²⁷⁶.

179. Adicionalmente, las preocupaciones que motivaron la formulación original en *Mondev* de la teoría de la “vida útil” no es de aplicación al presente caso. En ese caso, el tribunal estaba preocupado por una situación en la cual el inversionista tenía una inversión que un Estado demandado había expropiado o destruido. Sin embargo, simplemente eso no es lo que ocurre en el presente caso, en el cual Merck dispuso de sus derechos mucho antes de que comenzara el litigio subyacente.

180. Cualesquiera que fueren los límites externos de la teoría de la “vida útil” de las inversiones, sin duda ésta no puede extenderse a este caso, donde ya se había dispuesto de una inversión y se la había “liquidado”, y donde Merck no busca proteger derechos o hacer valer reclamos originados en la inversión anterior. De lo anterior se desprende que el litigio subyacente no involucra la inversión anterior de Merck. En ausencia de derechos con respecto a una inversión, la diferencia surgida en este arbitraje no está dentro de la jurisdicción de este Tribunal.

D. Conclusión

181. En síntesis, Merck no logra establecer que la diferencia sea tal que se origine de, o se relacione con, derechos contemplados en el Tratado con respecto a una “inversión”, tal como el

²⁷⁶ *NIFA contra MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha de lo Civil y Mercantil, Sentencia (23 de septiembre del 2011) (C-4).

Artículo VI(1)(c) exige. Como consecuencia, el Tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos de Merck. Adicionalmente, la imposibilidad de Merck de establecer la existencia de una inversión calificada también frustra sus reclamos en cuanto al fondo puesto que todas las disposiciones del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos que ésta alega se han violado se relacionan exclusivamente con inversiones²⁷⁷.

V. 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

A. Introducción

182. Éste no es un caso de denegación de justicia en un manual. Más bien, es un caso típico con respecto a un inversionista que intenta invocar el arbitraje basado en un tratado y constituir un tribunal arbitral permanente en caso de que confrontare, en algún momento *futuro*, una denegación de justicia *futura* en violación del Tratado. Pero ésta no es la función apropiada de las disposiciones sobre diferencias entre un inversionista y un Estado en los tratados de inversión²⁷⁸. Dicha acción tampoco es una demanda apropiada sobre la oferta de Ecuador de arbitrar supuestas violaciones del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos.

183. El derecho internacional asegura que dichos abusos no prevalezcan. En su

²⁷⁷ La Demandante alega violaciones de los Artículos II(3)(a) (“[l]a inversión deberá recibir 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 internacional” Memorial de la Demandante, ¶¶ 255, 380 (énfasis agregado)); II(3)(b) (“[n]inguna parte deteriorará de manera alguna a través de medidas arbitrarias o discriminatorias la administración, operación, mantenimiento, uso, disfrute, adquisición, expansión, o disposición de las inversiones” *id.*, ¶ 395 (énfasis agregado)) y; II(7) (“[c]ada Parte deberá establecer medios efectivos de hacer valer los reclamos y respetar los derechos con respecto a la inversión, acuerdos de inversión, y autorizaciones de inversión” *id.*, ¶ 395(énfasis agregado)).

²⁷⁸ *Emilio Agustín Maffezini contra el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Laudo (13 de noviembre del 2000), ¶ 64 (RLA-49) (“Los Tratados Bilaterales de Inversiones no son pólizas de seguros que protejan de malas decisiones comerciales.”); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. contra Chile* (Caso CIADI No ARB/01/7), Laudo (25 de mayo del 2004), ¶ 178 (“Los TBI no son pólizas de seguros que protejan del riesgo comercial y el Tribunal considera que las Demandantes deberían asumir las consecuencias de sus propias acciones como experimentadas personas de negocios”).

apresuramiento por convertir su diferencia interna con un competidor local en una diferencia internacional sobre las obligaciones de Ecuador de acuerdo con el TBI entre Ecuador y los EUA, Merck incumplió su deber fundamental de agotar los recursos internos antes de hacer valer sus reclamos por denegación de justicia a nivel internacional. Este incumplimiento continúa incluso ahora. Como se establece en esta Sección, la Corte Constitucional de Ecuador era un recurso disponible y efectivo en términos razonables que Merck debió haber perseguido. En cambio, después del resultado favorable en la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Merck optó de manera deliberada por desaprovechar sus opciones al amparo de la ley ecuatoriana. Al describir la noción que subyace a la regla de agotamiento de los recursos internos, la Comisión de Derecho Internacional declaró que “la demandante debe demostrar que ésta desea ganar el caso”²⁷⁹. Dada su decisión de renunciar a las opciones disponibles, Merck no está en ninguna posición de hacer esa demostración y esto es fatal para el fondo de sus reclamos y la jurisdicción de este Tribunal.

184. En ausencia del agotamiento de Merck de los recursos internos disponibles y efectivos en términos razonables, no puede haber ninguna responsabilidad civil por una denegación de justicia en los términos del Tratado, independientemente de cuál disposición del tratado Merck alegue se ha violado de ese modo. Además, en razón de que son prematuros, los reclamos de Merck son inadmisibles. Por último, la omisión de Merck en agotar los recursos internos priva al Tribunal de jurisdicción: una “diferencia relativa a inversiones” accionable dentro del significado del Artículo VI del TBI nunca ha existido y Merck, como consecuencia, no ha cumplido los prerequisites jurisdiccionales del Artículo VI.

B. La Demandante no agotó todos los recursos disponibles y efectivos en el sistema jurídico ecuatoriano

1. No se podría sostener que el Estado es responsable por una denegación de justicia antes de que se agoten los recursos internos

²⁷⁹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de 29ª Sesión, Doc. A/32/10, [1977 II/2] Y. B. INT'L L. COMM. 31, U.N. Doc. A/CN.4/SER. A/1977 Add. I (Parte 2), en 47 (RLA-27).

185. Merck acepta que, a fin de establecer la responsabilidad civil de Ecuador por una denegación de justicia, ésta “debe haber agotado los recursos internos “disponibles en términos razonables” ... para “corregir la acción impugnada”²⁸⁰. El perito de Merck, Profesor Paulsson, concuerda²⁸¹. Como ha escrito él en artículos previos que se reflejan en la autoridad legal internacional significativa: “la definición misma del ilícito de denegación de justicia incluye la noción de agotamiento de los recursos internos. *No puede haber ninguna denegación antes del agotamiento*”²⁸².

186. Ecuador concuerda con estas declaraciones del principio jurídico²⁸³. En realidad, como advirtió el tribunal en *Loewen contra EUA*, no ha habido ningún caso en el cual “un tribunal internacional haya considerado a un Estado responsable por una violación del derecho internacional constituido por una decisión de una corte inferior cuando había una apelación efectiva y apropiada disponible dentro del sistema jurídico del Estado”²⁸⁴.

²⁸⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 375.

²⁸¹ Opinión Pericial del Profesor Paulsson, ¶¶ 53-54.

²⁸² J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), pág. 111 (RLA-68) (énfasis agregado). *Ver también id.*, pág. 100 (“[e]l derecho internacional atribuye responsabilidad estatal por la actuación judicial *solo si se demostrar que no ha habido ningún mecanismo nacional disponible en términos razonables para corregir la actuación impugnada*”) (énfasis agregado). Aunque estos sirven para diferentes propósitos, el principio de finalidad judicial y la regla de agotamiento de los recursos locales de admisibilidad de los reclamos internacionales son “similares en contenido”. *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶ 159 (RLA-55). *Ver también* Informe Pericial del Profesor Caflisch, ¶ 10 (en el cual se analiza el International Law Commission’s Draft Articles on Diplomatic Protection y se concluye que la Comisión “no cuestionó que el agotamiento como una condición sustantiva para una denegación de justicia esté sujeto a los mismos requisitos que aquellos correspondientes al agotamiento como una condición procesal para la admisibilidad de solicitudes de protección diplomática”).

²⁸³ *Ver también* Informe Pericial del Profesor Caflisch, ¶ 8 (“el establecimiento de responsabilidad internacional por denegación de justicia requiere que la parte demandante haya agotado los recursos locales razonablemente disponibles y efectivos.”); Informe Pericial del Profesor Amerasinghe, ¶ 8 (“[d]e acuerdo al sistema del Tratado Bilateral de Inversiones entre EUA y Ecuador ... no está en discusión que en casos de supuesta denegación de justicia por parte de las cortes de cualquiera de las partes, los recursos locales deberán agotarse a fin de establecer la responsabilidad civil por una denegación de justicia”).

²⁸⁴ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶ 154 (RLA-55). *Ver further Alps Finance and Trade AG contra la República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo (5 de marzo del 2011), ¶ 251 (RLA-105) (“[a]demás, la Demandada ha objetado por conveniencia que otros recursos estaban disponibles aún para la Demandante en la ley interna a fin

187. Sin embargo, las Partes están en desacuerdo en cuanto a si Merck ha cumplido su deber de agotar los recursos que tiene a su disposición en el sistema jurídico ecuatoriano.

188. El argumento de Ecuador es que los alegatos de Merck de trato inapropiado de parte del sistema judicial de Ecuador y en particular la CNJ pudieron haber servido de fundamento para una acción extraordinaria de protección (“petición constitucional”)²⁸⁵. Por lo tanto, Merck pudo

de que tratase de obtener la revisión de la sentencia que consideraba perjudicial para sus intereses. *El no agotamiento de recursos locales es per se suficiente para excluir la responsabilidad del Estado en el derecho internacional por acciones u omisiones de su sistema judicial*.”) (énfasis agregado); *Toto Costruzioni Generali S.p.A. contra la República de Lebanon*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción (11 de septiembre del 2009), ¶ 164 (RLA-95) (“[P]uede considerarse que un Estado tiene responsabilidad civil por denegación de justicia solo cuando éste no ha remediado su denegación internamente”).

²⁸⁵ Ver Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶¶ 15-16, 75. El Profesor Guerrero identifica las razones constitucionales implicadas por los argumentos de la Demandante con respecto a las supuestas deficiencias de la sentencia de la CNJ, si se demostrare que son verdaderas:

a. Los Párrafos 11, 13(a), 147, 331, 332 y 356 en el Memorial de MSDIA advierten que la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene facultad exclusiva para conocer las controversias relacionadas con la “competencia desleal” y que, en consecuencia, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia carecía de jurisdicción para emitir la decisión en este proceso. Si se probare la veracidad de este hecho al cual se hace referencia en el Memorial de MSDIA, habría dado lugar a una violación del derecho a ser escuchado por un juez competente, como se dispone en el Artículo 76, numeral 7, literal k) de la Constitución – violación que sirviera de base para la admisión por parte de la Corte Constitucional de las Acciones Extraordinarias de Protección bajo la Sentencia No. 192 – 10 - SEP - CC, dictada en el Proceso No. 1225-11- EP y la Sentencia No. 022-10-SEP-CC dictada en el Proceso No. 0049-09-EP y, por consiguiente, se hubiera declarado que las decisiones defectuosas eran nulas y sin efecto alguno.

b. Los Párrafos 12-14, 280 y 291-374 en el Memorial argumentan que MSDIA estaba sujeta a restricción con respecto a la posibilidad de que se la escuchara, e interpusiera sus reclamos ante la Corte Nacional de Justicia, lo cual, si fuere verdad, se traduciría en una violación de la garantía del derecho a la defensa, prevista por el Artículo 76, numeral 7, literal c) de la Constitución, así como también del derecho a la seguridad jurídica, establecida por el Artículo 82 de la Constitución. Esta violación de estos derechos ha servido como base para la admisión por parte de la Corte Constitucional vía Sentencia No. 024-09-SEP-CC, de la acción extraordinaria de protección en el Proceso No. 0009-09-EP, vía Sentencia No. 003-10-SEP-CC, de la acción extraordinaria de protección en el Proceso No. 0290-09 EP; y, vía Sentencia No. 016-12-SEP-ECC, de la acción extraordinaria de protección No. 0998-11-EP.

c. En los párrafos 150, 151 y 278-290 en el Memorial, MSDIA alega específicamente violaciones al debido proceso dado que al emitir la sentencia, la

haber recurrido a la Corte Constitucional de Ecuador, utilizando para el efecto los Artículos 94 y 437 de la Constitución Ecuatoriana²⁸⁶. El propósito de este tipo de apelación, como el Profesor Guerrero explicó, uno de los juristas en derecho constitucional ecuatoriano más prominentes, es “la protección de derechos fundamentales que hayan sido conculcados por una sentencia, un decreto o resolución final que tuviera la fuerza de una sentencia”²⁸⁷. Puesto que Merck no hizo uso de dicho recurso, no puede decirse que ésta haya cumplido su deber de agotar todos los recursos disponibles y efectivos en el sistema jurídico ecuatoriano.

189. Durante la fase de medidas provisionales en estos procesos, Merck argumentó que el recurso a la Corte Constitucional no habría sido un recurso disponible y efectivo porque (a) la revisión por parte de la Corte Constitucional es “discrecional, y que la corte no conoce de la mayoría de los casos que se apelan ante ésta”; y, (b) incluso si la Corte Constitucional aceptare

Corte Nacional de Justicia podría haber omitido evaluar las pruebas introducidas por las partes, al admitir la valoración de las pruebas hecha en la primera y segunda instancia sin tomar en cuenta las pruebas de MSDIA presentadas durante este proceso. Si esto fuere verdad, la implicación de este reclamo sería que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia no cumplió su obligación de justificar sus decisiones dado que, como la Corte Constitucional advirtió en la Sentencia No. 138-12-SEP-CC dictada con respecto a la acción extraordinaria de protección No. 0847-11-EP, la ausencia de reflexión y análisis apropiados de un elemento de prueba en la solución de una diferencia constituye una violación del derecho previsto en el Artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución, lo cual afectaría la validez de la decisión en la cual este análisis se haya omitido.

d. Los Párrafos 146, 148, 274(a), 355-360 en el Memorial, alegan que MSDIA fue sancionada supuestamente por haber violado la Ley de Defensa de la Competencia, aun cuando no había ningún cuerpo de ley en Ecuador que regulara al momento esta institución. Si se probare la veracidad de este reclamo, esto se traduciría en una supuesta violación del derecho al debido proceso y, más en particular, de la garantía establecida de acuerdo al Artículo 76, numeral 3 de la Constitución, el cual sirvió como base para que la Corte Constitucional anulase la decisión defectuosa en la Sentencia No. 037-13-SEP-CC en el Proceso del Caso No. 1747-11-EP.

Estas razones podrían servir “como base suficiente para plantear una acción extraordinaria de protección contra la decisión [de la CNJ]”. *Ver* Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 17 (a)-(d) (se han omitido las notas a pie de página).

²⁸⁶ Primer Informe Pericial del Profesor Moscoso, ¶ 14; Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 20.

²⁸⁷ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 10; Primer Informe Pericial del Profesor Moscoso, ¶ 15.

una apelación en este caso, los procesos de la Corte Constitucional no suspenderían la ejecución de la sentencia durante esos procesos²⁸⁸.

190. En su Memorial, Merck ha modificado sus planteamientos. Argumenta ahora que ha cumplido su deber de agotar los recursos internos, no porque la Corte Constitucional sea un recurso no disponible o inefectivo, sino porque la sentencia dictada “contra Merck” por la CNJ es “definitiva e inapelable” y la compañía la ha pagado²⁸⁹. Merck argumenta además que “[s]i pudiera decirse que MSDIA podía haber iniciado un ataque colateral contra la sentencia de la CNJ ante la Corte Constitucional de Ecuador es irrelevante para la cuestión del agotamiento”²⁹⁰. Esto es pese al hecho de que, en sus escritos en conexión con la petición de Prophar ante la Corte Constitucional de Ecuador, ésta ha admitido la naturaleza judicial de la petición constitucional y su accesibilidad y efectividad basada en principios²⁹¹. Merck plantea finalmente que “de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, una demandante necesita agotar los recursos internos solo en la “*línea directa*” desde una corte de primera instancia estatal hasta su corte de casación, sin consideración de otras impugnaciones ‘oblicuas’ o ‘indirectas’, como, por ejemplo una acción en la Corte Constitucional”²⁹². Merck substancia esta afirmación general categórica mediante referencia a la opinión del Profesor Paulsson y un laudo arbitral en el cual él participó

²⁸⁸ Réplica de la Demandante a la Oposición de Ecuador a la Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, de fecha 5 de agosto del 2012, ¶ 193. *Ver también id.*, fn. 457. La Demandante argumentó además que como una cuestión general los recursos legales ecuatorianos son “fútiles e inefectivos”. *id.*, ¶ 34. La Demandante no ha recurrido nuevamente a sus estos argumentos en conexión con su supuesta exención del deber de recurrir a la Corte Constitucional. En todo caso, como el Profesor Amerasinghe observa en su Informe Pericial, la supuesta prueba de ausencia del debido proceso y de corrupción “no guardan ninguna relación con las prácticas de la Corte Constitucional”, y “[l]o que es pertinente para la cuestión del agotamiento de recursos locales es si la corrupción en la Corte Constitucional haría que el recurso de la Demandante a esa Corte fuera “obviamente fútil””. Le corresponde a la Demandante probar esto. Informe Pericial del Profesor Amerasinghe, ¶¶ 32-33.

²⁸⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 377; Opinión Pericial del Profesor Paulsson, ¶ 56.

²⁹⁰ Memorial de la Demandante, fn. 678.

²⁹¹ Planteamiento de MSDIA ante la Corte Constitucional (recibido por la Corte el 3 de abril del 2013), ¶¶ 55, 58, 81 (R-117) (en el cual admite la “naturaleza judicial” de la petición constitucional, la intención del legislador de usarla “para garantizar el debido proceso”, y el hecho de que los recursos de naturaleza constitucional podrían incluir “obligaciones tanto monetarias como morales”).

²⁹² Memorial de la Demandante, fn. 678 (énfasis in the original).

como árbitro único.

191. Finalmente, los argumentos de Merck en la fase sobre medidas interinas de los procesos, así como también su argumento de la “línea directa” recientemente urdido no son de ninguna utilidad. Las apelaciones constitucionales están *per se* dentro del concepto de los recursos que se han de agotar. Además, la Corte Constitucional de Ecuador estuvo accesible en términos razonables para Merck y podía otorgarle una reparación efectiva. Por estas razones, no se puede permitir que Merck alegue reclamos de denegación de justicia ante este Tribunal.

2. Las apelaciones constitucionales se encuentran *per se* dentro del concepto de recursos que deben agotarse, a condición de que otorguen un recurso razonable accesible y efectivo

192. La evaluación de Merck del derecho internacional consuetudinario sobre el alcance de su deber de agotar los recursos internos es sencillamente erróneo. El derecho internacional no distingue entre recursos “directos o indirectos”, “oblicuos o menos oblicuos”, como Merck desea lograr. El derecho internacional tampoco limita el deber de agotar los recursos “en la línea directa”. Mas bien, el derecho internacional exige que una parte demandante recurra a la corte de “último recurso” que sea “razonablemente disponible” para ésta a la luz de su situación²⁹³ y que sea capaz de proveer reparación²⁹⁴. Este es el principio que se expresa de manera sistemática en las decisiones y laudos de cortes y tribunales internacionales, en las codificaciones notables del derecho internacional consuetudinario y en las opiniones de distinguidos analistas.

193. Por ejemplo, la Comisión de Reclamaciones entre los EUA y Venezuela en el caso *Corwin contra Venezuela* consideró “bien establecido” en derecho internacional que “en ... las sentencias judiciales en general cuando las apelaciones son generalmente alcanzables en términos razonables ... la responsabilidad civil de un Estado comienza solo cuando la corte de

²⁹³ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶ 169 (RLA-55).

²⁹⁴ *The Ambatielos Claim (Grecia contra los Estados Unidos)*, UNRIIAA vol. XII, págs. 83-152, en 119 (RLA-21).

último recurso, accesible a través de medios razonables, ha actuado al respecto”²⁹⁵. De manera similar, de acuerdo al tribunal en *ATA Construction contra Jordania*, “una denegación de justicia ocasionada mediante acción judicial ocurre cuando la *instancia judicial final, que sea disponible en términos verosímiles*, haya pronunciado su decisión”²⁹⁶.

194. Los analistas han enfatizado también que la responsabilidad del Estado por una denegación de justicia se activa solo como resultado de “una decisión judicial definitiva emanada de una corte de *último recurso*”²⁹⁷, que sea “solo la *corte de más alto nivel ante la cual un caso sea apelable*” que “pueda considerarse como una autoridad que involucre la responsabilidad del Estado”²⁹⁸; y que puesto que “[l]a actuación judicial es una sola acción de principio a fin”, “no puede decirse que el Estado ha hablado la última palabra *sino cuando se han agotado todas las apelaciones*”²⁹⁹. Como el Profesor Amerasinghe escribe: “desde el punto de vista de la regla de agotamiento de los recursos internos *per se*, es claro el requisito de que un extranjero o individuo necesita y está obligado a recurrir solo a la corte *superior o última de la cual éste pudiera haber obtenido un recurso efectivo*”³⁰⁰.

195. El principio es un corolario natural del elemento sistémico de la denegación de justicia.

²⁹⁵ *Caso of Amos B. Corwin contra Venezuela (the schooner Mechanic case)*, UNRIAA vol. XXIX, págs. 260-269, en 268 (RLA-111) (énfasis agregado).

²⁹⁶ *ATA Construction, Industrial and Trading Company contra el Reino Hashemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo (18 de mayo del 2010), ¶ 107 (énfasis agregado) (CLM-34).

²⁹⁷ A. Freeman, *THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE* (1938), págs. 311-312 (RLA-18) (énfasis agregado). *Ver también* F. K. Nielsen, *INTERNATIONAL LAW APPLIED TO RECLAMATIONS* (1933), en 28 (RLA-17) (una denegación de justicia “puede fundamentarse solo en una decisión de una corte de *último recurso*. Una parte litigante debe agotar sus recursos antes de que pueda decirse que ésta ha tenido la determinación judicial final de su causa que la ley otorga”.) (énfasis agregado).

²⁹⁸ E. M. Borchard, *THE DIPLOMATIC PROTECTION OF CITIZENS ABROAD* (1919), en 198 (RLA-5) (énfasis agregado).

²⁹⁹ E. M. Borchard, *Responsibility of States at the Hague Codification Conference*, 24 *AJIL* 517 (1930), en 532 (RLA-10) (énfasis agregado).

³⁰⁰ C. Amerasinghe, *LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW* (2nd ed., 2004), pág. 199 (RLA-61) (énfasis agregado).

Como el tribunal en *Loewen* sostuvo, el requisito de agotamiento de los recursos internos pretende “otorgar al Estado la oportunidad de reparar a través de su *sistema jurídico* la violación en grado de tentativa del derecho internacional por la decisión de las cortes inferiores”³⁰¹. A tal efecto, “[e]s *todo el sistema legal de protección*, provisto por la ley municipal, el que debe haberse puesto a prueba”³⁰². Como el tribunal en *Apotex contra USA* señaló, “una parte demandante no puede plantear un reclamo de que una actuación judicial constituya una violación del derecho internacional, sin haber procedido primero a través del *sistema judicial* que ésta pretenda cuestionar, y así permitir que el *sistema* tenga una oportunidad de corregirse a sí mismo”³⁰³. Al respecto, de acuerdo al Juez Greenwood:

sin embargo, la decisión de una corte nacional, no importa cuán defectuosa sea, no equivaldrá a una denegación de justicia que implique la responsabilidad internacional del Estado a menos que el sistema de apelaciones y otras impugnaciones que existan en ese Estado o bien no corrija las deficiencias de la decisión de la corte inferior o sea de tal naturaleza que no otorgue una posibilidad de corregir esas deficiencias que sea razonablemente accesible para el extranjero que haya sufrido como resultado de esa decisión³⁰⁴.

196. En su tratado sobre denegación de justicia en derecho internacional, el Profesor Paulsson escribe de manera similar que “los Estados están sujetos a cumplir una obligación de establecer un *sistema* de justicia justo y eficiente, no a un compromiso de que nunca habrá un

³⁰¹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶ 156 (RLA-55) (énfasis agregado).

³⁰² *The Ambatielos Claim (Grecia contra los Estados Unidos)*, UNRIAA vol. XII, págs. 83-152, en 120 (RLA-21) (énfasis agregado).

³⁰³ *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013), ¶ 282 (RLA-122) (énfasis agregado).

³⁰⁴ Sir C. Greenwood, *State Responsibility for the Decisions of National Courts* [in:] M. Fitzmaurice & D. Sarooshi (eds), *ISSUES OF STATE RESPONSIBILITY BEFORE INTERNATIONAL JUDICIAL INSTITUTIONS* 61 (2004), en 68 (RLA-62) (énfasis agregado). Ver también D. R. Mummery, *The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies*, 58 AJIL 389 (1964), en 413 (RLA-22) (la denegación de justicia implica “medir el *sistema* de justicia del Estado demandado con respecto a un estándar internacional”). (énfasis agregado).

caso de mala conducta judicial”³⁰⁵. En consecuencia, “[l]a responsabilidad nacional por denegación de justicia ocurre *solo cuando el sistema como un todo ha sido sometido a prueba y el ilícito inicial ha quedado sin corregirse*”³⁰⁶.

197. En el mismo contexto, el Artículo 14.2 del Borrador de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional para la Protección Diplomática, un artículo que refleja el derecho internacional consuetudinario³⁰⁷, define que los recursos internos son

recursos legales que están abiertos para la persona perjudicada ante las cortes o entidades judiciales o administrativas, sean ordinarias o especiales, del Estado que se alega es responsable de causar el perjuicio³⁰⁸.

198. Por lo tanto, la conclusión debe ser que cuando el sistema legal del Estado receptor de la inversión incluye una apelación constitucional, las demandantes deben perseguir este recurso. Después de todo, en los sistemas legales que adoptan el modelo de justicia constitucional, la corte constitucional del país *es* la corte jerárquicamente superior³⁰⁹ (y por lo tanto, la corte de último recurso, según sea el caso). Las apelaciones constitucionales están por lo tanto *per se* incluidas en los recursos que se deben agotar, a menos que estos no otorguen a una parte demandante, en las circunstancias del caso, un recurso razonablemente accesible y efectivo.

199. La referencia del Profesor Paulsson en calidad de árbitro único en *Pantechniki contra*

³⁰⁵ . Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), pág. 100 (RLA-68) (énfasis in the original).

³⁰⁶ J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), pág. 100 (RLA-68) (énfasis agregado).

³⁰⁷ Informe Pericial del Profesor Caflisch, ¶ 12.

³⁰⁸ ILC Draft Artículos on Diplomatic Protection, article 14.2 (CLM-110). *Ver también* Informe Pericial del Profesor Amerasinghe, ¶ 11 (“ha sido usual considerar los recursos disponibles a través de cortes especiales, a condición de que estos se hayan constituido legalmente, en el concepto de “recursos judiciales””).

³⁰⁹ Como la Demandante ha admitido en el contexto de los procesos ante la Corte Constitucional de Ecuador con respecto a la petición constitucional de PROPHAR. *Ver* MSDIA escrito presentado ante la Corte Constitucional (recibido por la corte el 3 de abril del 2013), ¶ 58 (R-117) (donde se cita con aprobación el punto de vista académico de que “la supremacía de la Corte Constitucional de Justicia debe definirse como natural”).

Albania a las “aplicaciones oblicuas o indirectas a jurisdicciones paralelas” no le resta valor a lo antes expuesto. La afirmación del Profesor Paulsson dice en su totalidad:

las aplicaciones oblicuas o indirectas a jurisdicciones paralelas (v.g. una apelación administrativa para retirar a un juez con actitud dilatoria) podrían asimismo considerarse innecesarias. Dichas determinaciones deben por fuerza hacerse caso por caso³¹⁰.

200. Dichos recursos “podrán considerarse . . . innecesarios” no debido a exclusiones *per se*³¹¹ sino porque dadas las circunstancias del caso (“caso por caso”) dichos recursos no podrán ser razonablemente disponibles y/o proveer a una demandante reparación apropiada y efectiva.

201. En coherencia con lo antes expuesto, las cortes y tribunales internacionales han considerado normalmente los recursos constitucionales y otros recursos extraordinarios en conexión con la regla de agotamiento de los recursos internos, y a menudo han desestimado reclamos por omisión en buscar el recurso para dicho procedimiento³¹².

³¹⁰ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) contra la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo (30 de julio del 2009), ¶ 96 (RLA-94) (énfasis agregado).

³¹¹ En la medida que la declaración del Profesor Paulsson implica la validez de las exclusiones *per se*, ésta es sencillamente errónea. La regla sobre el agotamiento exige, por ejemplo, el uso de las facilidades procesales que la ley municipal pone a disposición de las partes litigantes, en la medida que éstas “sean esenciales para establecer el caso de la parte demandante ante las cortes municipales” (*The Ambatielos Claim (Grecia contra los Estados Unidos)*, UNRIAA vol. XII, págs. 83-152, en 119(RLA-21)), independientemente de si éstas sean “oblicuas o indirectas”. Además, el tribunal en *Loewen contra EUA* contempló el recurso a jurisdicciones paralelas, *i.e.*, procesos en cumplimiento del Capítulo Once del Código de Quiebras de los EUA. Como el tribunal puntualizó:

La presentación de una solicitud de quiebra de acuerdo al Capítulo Once del Código de Quiebras habría dado como resultado una suspensión de la ejecución. Al respecto, el Capítulo Once habría permitido que la apelación de Loewen procediera sin generar todas las consecuencias que habrían emanado de la ejecución ... La cuestión es entonces si, en estas circunstancias, la necesidad de perseguir recursos locales se extiende a exigir a una demandante que la presentación de una petición a fin de asegurar que un derecho de apelación continúe vigente y disponible en términos razonables. *Sin duda existen algunas situaciones en las cuales sería razonable esperar que una parte demandante indigente presente una petición en conformidad con el Capítulo Once a fin de ejercer un derecho de apelación disponible.*

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶ 169 (RLA-55) (énfasis agregado).

³¹² *Ver C. Amerasinghe, LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW* (2nd ed., 2004), págs. 183-189

202. En su Informe Pericial, el Profesor Caflisch, ex Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos (*European Court of Human Rights*) (EctHr), se refiere a la jurisprudencia coherente de la Corte, donde se establece más allá del argumento que la obligación de agotar incluye “un deber de plantear el asunto ante las cortes constitucionales, siempre y cuando la acción de las segundas sea efectiva, *i.e.* capaces de proveer reparación a demandantes individuales”³¹³.

203. En el mismo sentido, después de un estudio amplio de la jurisprudencia acorde con la Convención Europea de Derechos Humanos, el Profesor Amerasinghe expresa en su monografía fundamental sobre agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional (la cual él suplementó con su Dictamen Pericial por escrito en el presente caso) que la naturaleza extraordinaria de los recursos constitucionales “no afecta el requisito de agotamiento” porque “la respuesta a la cuestión de si el recurso debería haberse agotado depende enteramente de si el recurso ha sido apropiado y efectivo”³¹⁴. En consecuencia:

las apelaciones constitucionales están *per se* dentro del concepto de recursos que deben agotarse, aunque en determinadas circunstancias tal vez no estén sujetos a agotamiento por otras razones³¹⁵.

204. Y como recordó el Comité de Derechos Humanos:

además de las apelaciones judiciales y administrativas ordinarias, los

(RLA-61). En el *Caso of the Pacific Mail Steamship Company contra Colombia*, por ejemplo, la omisión de la demandante en buscar una declaración de inconstitucionalidad de la ley impugnada fue fatal para sus reclamos ante la Comisión de Reclamos entre los EUA y Colombia por no haber agotado los recursos locales. La Comisión sostuvo que la ausencia de todo procedimiento ante una corte investida de la facultad de declarar la ley cuestionada inconstitucional constituyó “una grave objeción a este reclamo”, puesto que “un principio admitido en el derecho internacional es ... que las partes que son agraviadas por las actuaciones ilícitas de una autoridad pública están obligadas a agotar cada medio legal otorgado por la constitución del país para lograr que la ilegalidad declarada y las actuaciones se anulen”. *Caso of the Pacific Mail Steamship Company contra Colombia (Caso Capitation Tax)*, decisión del Juez Dirimente, Sr. Frederick W. A. Bruce, de fecha 8 de agosto de 1865, UNRIAA vol. XXIX, págs. 117-120, en 118 (RLA-1).

³¹³ Informe Pericial del Profesor Caflisch, ¶ 18 (donde se analiza *Sürmeli contra Alemania*, ECHR (Grand Chamber) Solicitud No. 75529/01, Sentencia (8 de junio del 2006)).

³¹⁴ C. Amerasinghe, LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW (2nd ed., 2004), pág. 313 (RLA-61).

³¹⁵ C. Amerasinghe, LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW (2nd ed., 2004), pág. 314 (RLA-61) (énfasis agregado); Informe Pericial del Profesor Amerasinghe, ¶ 15.

autores deben también aprovechar por sí mismos todos los recursos judiciales, incluidas las denuncias constitucionales, para cumplir el requisito de agotamiento de todos los recursos internos accesibles, mientras estos parezcan ser efectivos en el caso dado y estén de hecho disponibles para un autor³¹⁶.

205. El hecho de que una apelación constitucional se inicie contra el “juez, tribunal o corte que emitió la decisión impugnada” y no contra la otra parte litigante, y el hecho de que ésta dé lugar a un proceso nuevo e independiente, y no sea una fase de procesos previos”, como se afirma en la opinión del Profesor Oyarte presentada por Merck³¹⁷ son sencillamente irrelevantes y no afectan la naturaleza de la Corte Constitucional como un recurso que debe considerarse en conexión con la regla de agotamiento de los recursos internos. Como el Profesor Guerrero explica, la apelación constitucional es “enteramente efectiva en casos en los cuales una persona natural o jurídica crea que se han violado sus derechos consagrados constitucionalmente”³¹⁸. Y es así que “la acción extraordinaria de protección es un mecanismo idóneo que el sistema jurídico ecuatoriano otorga para reparar todos los derechos constitucionales que una decisión judicial ha conculcado”³¹⁹. El recurso a la Corte Constitucional estuvo en realidad razonablemente accesible para Merck y podía otorgarle reparación efectiva. Estas son las únicas condiciones que el derecho internacional adscribe a la pregunta en cuanto a en qué medida los recursos internos deben perseguirse, y la Corte Constitucional las satisface fácilmente en las

³¹⁶ Human Rights Committee, Comunicación No. 1403/2005, *Gilberg contra Alemania*, Opiniones adoptadas el 25 de julio del 2006, ¶ 6.5 (RLA-74) (que cita Comunicación No. 1003/2001, *P.L. contra Alemania*, Opiniones adoptadas el 22 de octubre del 2003, ¶ 6.5) (énfasis agregado); Comunicación No. 1188/2003, *Riedl-Riedenstein et al. contra Alemania*, Opiniones adoptadas el 2 de noviembre del 2004, ¶ 7.2 (RLA-67).

³¹⁷ Opinión Pericial del Profesor Oyarte, ¶¶ 35, 37.

³¹⁸ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 12. *Ver también id.*, ¶ 13: “[l]a acción extraordinaria de protección busca específicamente ... reparación por violaciones de derechos que podrían surgir en un proceso judicial cuando los recursos de la jurisdicción ordinaria disponibles al amparo del sistema jurídico no proveen reparación para dicha violación o cuando los recursos de la jurisdicción ordinaria a través de los cuales podría obtenerse reparación ya no están accesibles”. (se han omitido las notas a pie de página). Además, como el Profesor Oyarte admite, la parte contraria en el proceso principal podría intervenir como un tercero. Opinión Pericial del Profesor Oyarte, fn. 9. De hecho, la Demandante intervino en los procesos en la Corte Constitucional iniciados por Prophar, interponiendo un escrito muy substancial extenso de 107 páginas. El escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (recibido por la Corte el 3 de abril del 2013) (R-117).

³¹⁹ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 14. *Ver también id.*, ¶ 74.

presentes circunstancias.

3. El recurso a la Corte Constitucional estuvo accesible en términos razonables para la Demandante

206. De acuerdo al derecho internacional, se considera que un recurso es “accesible en términos razonables” si la parte demandante puede perseguirlo sin dificultades o impedimentos, en las circunstancias del caso particular. Como el tribunal en *Loewen* puntualizó, “[l]a accesibilidad no es un estándar que se ha de determinar o aplicar en abstracto”; mas bien, el recurso debe estar “disponible en términos razonables para la parte demandante a la luz de su situación, incluidas sus circunstancias financieras y económicas como inversionista extranjero, pues éstas se encuentran afectadas por todas las condiciones relacionadas con el ejercicio de todo recurso local³²⁰”. En consecuencia, “[s]i un Estado adscribe condiciones a un derecho de apelación que vuelvan al ejercicio del derecho inviable” o “si un Estado entorpece el ejercicio del derecho de manera directa o indirecta de modo que exponga a la demandante a severas consecuencias financieras”, el recurso en cuestión no sería ni accesible ni efectivo³²¹.

207. Durante la fase de medidas interinas de estos procesos, como se advirtió previamente, Merck cuestionó la disponibilidad de la apelación constitucional por dos razones: (a) que la revisión por parte de la Corte Constitucional es “discrecional, y que la corte no conoce de la mayoría de los casos que se interponen para apelación ante ésta”; y, (b) que incluso si la Corte Constitucional aceptare una apelación en este caso, los procesos en la Corte Constitucional no suspenderían la ejecución de la sentencia durante esos procesos³²².

208. Merck no puede continuar tomando como base estos alegatos porque su perito, Profesor Paulsson, supone para los fines de su opinión que el recurso a la Corte Constitucional de Ecuador

³²⁰ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶ 169 (RLA-55).

³²¹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶ 170 (RLA-55) (énfasis agregado).

³²² Réplica de la Demandante a la Oposición de Ecuador a la Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, de fecha 5 de agosto del 2012, ¶ 193.

“estaba disponible”³²³. No obstante, con suma cautela, Ecuador establece en los párrafos siguientes la disponibilidad razonable de apelaciones constitucionales en el sistema jurídico ecuatoriano.

209. Como el Profesor Guerrero explica, una petición constitucional se plantea ante la autoridad judicial de la última instancia, *i.e.*, la CNJ, la cual después de verificar que los requisitos procesales para iniciar los procesos se han cumplido, traslada la acción a la Corte Constitucional³²⁴. Luego, la Corte Constitucional examina si la acción cumple los requisitos esenciales para la admisión de la acción³²⁵. Como el Profesor Guerrero opina, “[n]inguno de

³²³ Opinión Pericial del Profesor Paulsson, ¶ 56.

³²⁴ Estos requisitos se enuncian en el Artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional e incluyen los siguientes:

Artículo 61. – Requisitos. – La denuncia debe incluir: ... 3. Prueba de que se hayan agotado todos los recursos ordinarios y especiales, a menos que estos sean inefectivos o inapropiados o que la omisión en plantear estos recursos no sea atribuible a negligencia de la parte cuyo derecho constitucional se ha conculcado. 4. La designación del sistema judicial, sala o tribunal que dicte la decisión que viole un derecho constitucional. 5. La identificación específica del derecho constitucional conculcado por la violación judicial ...

No cabe duda de que dichos requisitos formales se habrían cumplido en las circunstancias del presente caso. *Primero*, la sentencia de la CNJ es, por definición un acto judicial. *Segundo*, no se la sometió a ninguna apelación ordinaria ulterior. *Tercero*, el acto en cuestión se dictó supuestamente en violación de normas y principios constitucionales. Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶¶ 18-19, 33.

³²⁵ Dichos requisitos incluyen los siguientes:

1. Que exista un claro argumento concerniente al derecho conculcado, y la relación directa e inmediata, sea por acción u omisión, de parte de la autoridad judicial, independientemente de los hechos que dan lugar al proceso;
2. Que la parte apelante justifique con argumentos, la relevancia constitucional del problema legal y el reclamo;
3. Que la base para la acción no se agote por sí misma solamente al considerar si la sentencia es injusta o errónea;
4. Que la base para la acción no dependa de falla de la ley que se ha de aplicar o de la aplicación errónea de la misma;
5. Que la base de la acción no sea en referencia a la evaluación de la prueba por parte del juez;

[]

estos prerequisites de Admisibilidad incluye un análisis o decisión de la Sala de Admisiones de la Corte Constitucional en cuanto a la existencia o falta de dicho análisis de una violación de derechos fundamentales, sino mas bien, una verificación preliminar que concierne al contenido de la denuncia, y los debates allí incluidos . . .”³²⁶ De lo anterior se desprende que “la admisión de una acción extraordinaria de protección no es un acto discrecional ... sino un acto regulado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con respecto a la cual, si la denuncia que se plantea cumple todos los prerequisites de admisibilidad, la Sala de Admisiones debe admitirla”³²⁷.

210. A la luz de las circunstancias de este caso, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional³²⁸, el Profesor Guerrero no tiene ninguna dificultad en concluir que la Corte Constitucional pudo haber admitido la petición constitucional de Merck³²⁹.

211. En todo caso, las perspectivas de admisión de apelaciones en la Corte Constitucional de Ecuador son nada menos que las posibilidades de éxito de una petición de *certiorari* ante la Corte Suprema de los EUA. En *Loewen*, el tribunal no cuestionó que la petición de *certiorari* pudo estar “razonablemente disponible” para otorgar reparación efectiva y de hecho sostuvo que

8. Que la aprobación de una acción extraordinaria de protección permita la solución de la seria conculcación de derechos, el establecimiento de precedentes judiciales, la reversión de la inobservancia de los precedentes provistos por la Corte Constitucional, y el pronunciamiento del dictamen sobre asuntos de relevancia y significación nacional.

Artículo 62 of Ley Orgánica de Garantía Judiciales y Control Constitucional del Ecuador, reproducido en el Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 25.

³²⁶ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 27. *Ver también id.*, ¶ 28 (“[l]a Sala de Admisiones debe, por lo tanto, verificar si la denuncia ha satisfecho los requisitos de acuerdo al Artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y su análisis no debe alargarse hasta los procesos de la decisión jurisdiccional cuestionada por la acción extraordinaria de protección”).

³²⁷ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 29.

³²⁸ *Ver* Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 17 (donde se cita la jurisprudencia de la Corte Constitucional que corrobora la validez de las bases legales de las denuncias de la Demandante contra el procedimiento que la CNJ ha seguido para dictar su sentencia, si se probare su veracidad).

³²⁹ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶¶ 30-31, 76.

la omisión de la demandante en perseguir sus opciones en la Corte Suprema fue suficiente para rechazar el fondo de sus reclamos por violación del derecho internacional consuetudinario y del TLCAN³³⁰.

212. En *Apotex contra EUA*, el tribunal sostuvo asimismo que “incluso si la probabilidad de que la Corte Suprema de los EUA estuviera de acuerdo en conocer del caso de Apotex fuera remota, la disponibilidad de un recurso [a manera de una petición de *certiorari*] era cierta”³³¹. Apotex había argumentado que puesto que las probabilidades de un resultado exitoso eran “irreales”, una petición ante la Corte Suprema de los EUA era “objetivamente fútil”³³². El tribunal desestimó el argumento, enfatizando en las implicaciones de la posición de Apotex:

En efecto, se está pidiendo al Tribunal determine la probabilidad de un resultado exitoso ante la Corte Suprema de los EUA, determinación que el Tribunal no considera sea su tarea apropiada, o en realidad la indagación correcta ... la consecuencia del planteamiento de Apotex en cuanto a sus probabilidades de éxito ante la Corte Suprema de los EUA (basada en parte en el pequeño número de casos que esta corte considera cada año) sería, en efecto, excluir a la Corte Suprema de los EUA de la regla sobre el agotamiento de los recursos en casi todos los casos. Esto no puede ser correcto³³³.

213. Considerando las posibilidades significativamente más altas de que se admitan las peticiones constitucionales en Ecuador, la misma conclusión legal está justificada en el presente caso.

214. En síntesis, como el Profesor Caflisch opina:

³³⁰ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶¶ 210-217 (RLA-55).

³³¹ *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013), ¶ 287 (RLA-122).

³³² *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013), ¶ 288 (RLA-122).

³³³ *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013), ¶¶ 288-289 (RLA-122) (énfasis agregado).

La petición de la Demandante pudo muy bien admitirse; y si no lo hubiera sido, la decisión de la Corte de no asumir el caso habría alcanzado el agotamiento³³⁴.

215. La segunda impugnación de Merck en cuanto a la disponibilidad de la Corte Constitucional se centra en la ausencia de suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada mientras los procesos están pendientes de solución. En *Loewen*, un caso que Merck cita en apoyo de su argumento³³⁵, el tribunal sostuvo que si una apelación no eliminare el riesgo de ejecución inmediata contra los activos de la parte perdedora, éste no sería un recurso “disponible en términos razonables”³³⁶.

216. Pero *Loewen* fue un caso muy diferente del presente. En *Loewen*, la suma en riesgo de ejecución inmediata era de \$500 millones y el requisito de garantía de cumplimiento en la apelación se fijó en \$625 millones. Al contrario, la sentencia de la CNJ ordenó el pago de una mera suma de \$1,57 millones, una cuantía que se ajusta bien a las capacidades financieras de Merck. Como Ecuador demostró en su Oposición a la Solicitud de la Demandante de Medidas Interinas, basado en los propios estados financieros de Merck, Merck pudo haber pagado la totalidad de la sentencia de la corte inferior de 150 millones – dentro de un lapso incluso de un mes y medio, y sin sufrir ningún efecto adverso – de sus \$1,2 mil millones en activos y más de \$636 millones en ingresos anuales³³⁷. De lo anterior se desprende por lo tanto que el pago de Merck de una sentencia de \$1,57 millones, cifra que representa el 0,13% de sus activos y el 0,25% de sus ingresos anuales, no le causaría ningún daño apreciable, de la naturaleza que fuere.

217. Las ramificaciones financieras de la amenaza de ejecución en el presente caso eran, por lo tanto, mucho menores que las que estaban en juego en *Loewen*. Por esta razón, *Loewen* no le

³³⁴ Informe Pericial del Profesor Caflisch, ¶ 26 (énfasis agregado).

³³⁵ Réplica de la Demandante a la Oposición de Ecuador a la Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, de fecha 5 de agosto del 2012, fn. 457.

³³⁶ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶ 208 (RLA-55).

³³⁷ Oposición de Ecuador a la Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, de fecha 24 de julio del 2012, ¶¶ 156-158.

ayuda en nada a Merck³³⁸.

218. En síntesis, no cabe duda alguna de que la Corte Constitucional estuvo “accesible en términos razonables” para Merck. Y, como la sección siguiente demuestra, la Corte Constitucional de Ecuador también era capaz de otorgar reparación efectiva.

4. El recurso a la Corte Constitucional habría podido otorgar reparación efectiva a la Demandante

219. Los recursos internos deben no solo estar accesibles en términos razonables, también deben ser capaces de proveer a una parte demandante reparación efectiva y apropiada en relación con la situación particular en cuestión³³⁹. La prueba de ineffectividad de los recursos internos es la de futilidad *obvia*³⁴⁰. De acuerdo al Profesor Amerasinghe, “[l]a prueba de futilidad obvia exige claramente más que la probabilidad de fracaso o la improbabilidad de éxito, pero tal vez menos que la absoluta certeza de fracaso. Podría decirse que la prueba requiere evidencia de la

³³⁸ Ver también Informe Pericial del Profesor Caflisch, ¶ 27.

³³⁹ *The Ambatielos Claim (Grecia contra el Reino Unido)*, UNRIAA vol. XII, págs. 83-152, en 119 (RLA-21) (“[l]os recursos que no podían rectificar la situación no pueden ser tomados como base por el Estado demandada como un impedimento para una acción internacional”.);

³⁴⁰ Laudo en *The Finnish Ships Arbitration*, 9 de mayo de 1934, UNRIAA vol. III, págs. 1479-1550, en 1505 (CLM-51) (“se considerará que el recurso local es ineffectivo solo cuando el recurso es *obviamente fútil*”) (énfasis agregado). Ver también *The Ambatielos Claim (Grecia contra los Estados Unidos)*, UNRIAA vol. XII, págs. 83-152, en 119 (RLA-21) (“[l]os puntos de vista expresados por escritores y en los precedentes judiciales coinciden, sin embargo, en que se considera que la existencia de recursos que son *obviamente ineffectivos* no es suficiente para justificar la aplicación de la regla.”) (énfasis agregado); *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013), ¶ 268 (RLA-122) (“[e]l asunto clave es por lo tanto la base sobre la cual Apotex optó por no agotar todos los recursos disponibles, y si dichos recursos eran (de acuerdo a la prueba común de las Partes) eran *“obviamente fútiles”*.) (énfasis in the original); Informe Pericial del Profesor Amerasinghe, ¶¶ 20-24 (donde se concluye que “[e]n la ley el principio de que no es necesario agotar los recursos locales que sean *“obviamente fútiles”* está establecido”). El International Law Commission’s Draft Artículos on Diplomatic Protection adopta el estándar de la “ausencia de posibilidad razonable de éxito”. ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, article 15(a) (CLM-110). De acuerdo al Profesor Caflisch, este estándar exige que se demuestre que las posibilidades de obtener reparación sean tenues y que las apelaciones ulteriores sean difíciles o costosas. Para la ILC, la prueba no es si un resultado exitoso sea posible o probable, sino si el sistema jurídico del Estado demandado sea “razonablemente capaz” de procurar la reparación efectiva en el contexto de la ley local y de las circunstancias existentes ...

Informe Pericial del Profesor Caflisch, ¶ 17.

cual se pueda concluir en términos razonables que el recurso sería inefectivo”³⁴¹. Como el tribunal en *Apotex contra EUA* observó, este umbral es “alto”³⁴²:

Debido a que debe permitirse que todo sistema judicial se corrija a sí mismo, la excepción de la “finalidad obvia” debe construirse en sentido restringido. Requiere que exista una falta de disponibilidad real del recurso, o que el recurso resulte ser “manifiestamente inefectivo” – lo cual a su vez requiere más que un lado simplemente proponga su mejor estimación o predicción en cuanto a sus probables posibilidades de éxito, si se hubiera perseguido el recurso disponible.

Por lo tanto, no basta con alegar la “ausencia de una posibilidad razonable de éxito o la improbabilidad de éxito, las cuales son pruebas menos estrictas”. En palabras (citadas a menudo) del Profesor Borchard, una parte demandante no se “exime del agotamiento de sus recursos internos con alegar ... una supuesta imposibilidad o futilidad de acción ante las cortes locales”³⁴³.

220. Mientras Ecuador es el que debe probar que la apelación está disponible en términos razonables, le corresponde a Merck establecer la inefectividad de la apelación constitucional³⁴⁴, y es evidente que ésta no ha logrado hacerlo. Una vez más, con suma cautela, Ecuador demuestra en este caso que el recurso a la Corte Constitucional habría podido proveer a Merck reparación apropiada y efectiva.

221. Como se demuestra en la opinión pericial del Profesor Guerrero, si se probare que las alegaciones de Merck son veraces, la Corte Constitucional podría haber determinado que la

³⁴¹ Informe Pericial del Profesor Amerasinghe, ¶ 23.

³⁴² *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013), ¶ 279 (RLA-122)

³⁴³ *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013), ¶¶ 284-285 (RLA-122) (se han omitido las notas a pie de página). Ver también *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo (18 de agosto del 2008), ¶ 401 (RLA-83) (“la falta de claridad no es suficiente para demostrar que un recurso sea fútil”) (énfasis agregado); C. Amerasinghe, LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW (2nd ed., 2004), pág. 209 (RLA-61) (“La falta de suficiencia y propiedad del recurso para el objeto específico debe probarse más allá de toda duda razonable”) (énfasis agregado).

³⁴⁴ Informe Pericial del Profesor Amerasinghe, ¶¶ 30-31.

sentencia de la CNJ se dictó en violación de varias disposiciones de la Constitución ecuatoriana³⁴⁵. Como resultado, la Corte Constitucional podía haber anulado la sentencia³⁴⁶.

222. Dos consecuencias adicionales habrían sobrevenido de manera automática, en coherencia con la noción de reparación general de las violaciones de derechos constitucionales, la finalidad última de la petición constitucional de acuerdo a la ley ecuatoriana³⁴⁷.

223. *Primero*, a la anulación, la Corte Constitucional devolvería el caso a la CNJ³⁴⁸. En ese caso, se reabría el proceso judicial y se pediría a la CNJ que emitiera una nueva sentencia “sin incurrir en las deficiencias eventuales que detectara la Corte Constitucional y que sirvieran de fundamento para la aceptación de la reclamación en una acción extraordinaria de protección”³⁴⁹.

224. En circunstancias similares, las cortes y tribunales internacionales han denegado el agotamiento de recursos internos. En consecuencia, el hecho de que la Corte Suprema de los EUA aprobara un escrito de *certiorari* [] revocara la sentencia de una corte de apelaciones de los EUA desestimando la demanda de Interhandel y devolviera el caso a una corte distrital de los EUA mientras estuvieron pendientes los procesos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), fue considerado por la Corte como un hecho fatal para la admisibilidad de los reclamos de Suiza. La CIJ sostuvo que “[a] partir de entonces Interhandel tuvo abierta la oportunidad de valerse por sí misma una vez más de los recursos a los cuales tendría acceso de acuerdo a la llamada *Trading with the Enemy Act*, y de buscar la restitución de sus acciones mediante procedimientos en las cortes de los Estados Unidos”³⁵⁰. En *Pantechniki contra Albania*, el perito de Merck, Profesor Paulsson, en calidad de Árbitro único, se resistió al intento de la demandante inversionista de

³⁴⁵ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 17.

³⁴⁶ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 37, 78.

³⁴⁷ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 34.

³⁴⁸ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 37.

³⁴⁹ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 40.

³⁵⁰ *Interhandel (Suiza contra EUA), Objeciones Preliminares*, I.C.J. Rep 1959, pág. 6, en 26-27 (CLM-156).

eludir su deber de apelar ante la Corte Suprema de Albania argumentando, *inter alia*, que todo lo que la Corte Suprema podía hacer era perpetuar su “maratón legal” en el sistema legal albanés³⁵¹.

El Profesor Paulsson fue categórico:

Tampoco puedo aceptar que la continuación del proceso debía ser necesariamente un ejercicio inútil debido a que la Corte Suprema (actuando como una Corte de Casación en lugar de una corte de apelación) no podía nada más que devolver el caso al nivel de apelación con el inevitable resultado de otra mala decisión³⁵².

225. Segundo, puesto que la decisión anulada sería una nulidad legal, todo pago efectuado en conexión con su cumplimiento sería recuperable por parte de Merck³⁵³. El Profesor Moscoso explicó en la fase sobre medidas provisionales de estos procesos, no cuestionados por Merck y sus peritos, de la manera siguiente:

Si después de examinar el caso la Corte Constitucional llegare a considerar que la sentencia de la Corte Nacional está en violación de la Constitución, ésta podría anular la sentencia. Si esto llegare a ocurrir ... MSDIA tendría derecho a hacer que se restituyan sus derechos, y se le indemnice por todos los daños que podría haberle causado alguna ejecución indebida³⁵⁴.

226. El Profesor Guerrero concuerda:

Puesto que la nulidad produce un efecto cuando se debe restablecer las cosas al estado en el cual estuvieron antes de la ocurrencia del acto defectuoso, de manera coherente con el derecho a reparación general, si se han efectuado todos los pagos en virtud de que la Corte Constitucional ha declarado que la decisión judicial es nula, uno de los escenarios siguientes sería factible. 1) El juez de sentencia asignado para ejecutar la decisión judicial de la Corte Constitucional puede

³⁵¹ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) contra la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo (30 de julio del 2009), ¶ 101 (RLA-94).

³⁵² *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) contra la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo (30 de julio del 2009), ¶ 102 (RLA-94) (énfasis agregado).

³⁵³ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶¶ 28-29.

³⁵⁴ Primer Informe Pericial del Profesor Moscoso, ¶ 17.

ordenar las medidas ejecutorias necesarias para la restitución de dichos pagos, o 2). En el caso de que la Corte Constitucional no haya ordenado el pago en restitución, se establecería el “pago sin causa” en virtud del cual se otorgaría a la persona que realizó los pagos un proceso civil sumario ordinario en el cual solicite el reembolso del pago hecho por la parte receptora³⁵⁵.

227. En conclusión, el recurso a la Corte Constitucional de Ecuador estaría en capacidad de proveer reparación efectiva y apropiada a Merck³⁵⁶. La Corte Constitucional podía haber anulado la sentencia, creando así de manera automática un fundamento para la recuperación de la suma pagada para su cumplimiento. La Corte Constitucional también podía, a la anulación, haber devuelto el caso a la CNJ. En todo caso, Merck no logra establecer que el recurso a la Corte Constitucional sería obviamente fútil (o, adoptando la expresión de la CIJ³⁵⁷, el recurso a la Corte Constitucional no proveería “ninguna posibilidad razonable” de reparación efectiva).

5. La aplicabilidad y cumplimiento de la sentencia de la CNJ no exime a la Demandante de su deber de agotar los recursos disponibles y efectivos en términos razonables

228. Por último, el hecho de que la sentencia de la CNJ llegara a ser ejecutable y que Merck cumpliera la sentencia no dispensa a Merck del deber de agotar los recursos internos disponibles en términos razonables que pudieran ser efectivos en anular esa sentencia y en conferirle el derecho a recuperar su pago a satisfacción.

229. La aplicabilidad, y la subsiguiente garantía de satisfacción de la sentencia impugnada no

³⁵⁵ Informe Pericial del Profesor Guerrero, ¶ 43 (se han omitido las notas a pie de página). *Ver también id.*, ¶¶ 79-80.

³⁵⁶ *Ver también* Informe Pericial del Profesor Caflisch, ¶ 24 (“en estas circunstancias, no tengo duda alguna en concluir que el recurso al procedimiento de la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional Ecuatoriana habría constituido, en principio, un recurso disponible y efectivo dentro del significado que se analiza en la sección previa de mi Opinión”.); Informe Pericial del Profesor Amerasinghe, ¶ 29 (“[e]n estas circunstancias, la Corte Constitucional Ecuatoriana no solo sería un recurso legal accesible, también sería efectivo y, por lo tanto, se tenía que haber recurrido a éste en conexión con el deber de la Demandante de agotar los recursos locales antes de hacer valer una denegación de justicia al amparo del derecho internacional y las disposiciones del TBI entre los Estados Unidos y Ecuador”).

³⁵⁷ Debe advertirse que la CIJ no señaló otras posibles pruebas de control como “futilidad obvia”. *Ver* Informe Pericial del Profesor Caflisch, ¶ 16.

es, desde luego, diferente de otros daños que una demandante podría sufrir en el curso de agotar los recursos (v.g., costas legales, cumplimiento provisional de una prohibición judicial, pérdida financiera interina sin reparación). Estos daños no son suficientes en sí mismos para excusar el incumplimiento del deber de agotamiento. En *Interhandel*, por ejemplo, la pérdida provisional sufrida por Interhandel debido a la desinversión de sus acciones, la cual quedó sin reparación durante sus solicitudes de restitución en las cortes de los EUA, no tuvo ninguna relación con las conclusiones de la CIJ con respecto a la medida en la cual Interhandel tuvo que perseguir los recursos internos en los EUA. Para la CIJ, era pertinente que ésta continuara disponible para que Interhandel “buscase la restitución de sus acciones mediante procesos en las cortes de los Estados Unidos”, las cuales estaban destinadas a obtener el resultado que Suiza buscaba ante la Corte, *i.e.*, “la restitución de los activos de Interhandel otorgada en los Estados Unidos”³⁵⁸.

230. En realidad, el requisito mismo que el derecho internacional impone sobre la medida en la cual tienen que perseguirse los recursos internos y que esos recursos internos puedan proveer a una demandante *reparación* efectiva y apropiada, presupone que exista daño o se incurra en daño en el período provisional.

231. Solo cuando la magnitud de los daños incurridos por una demandante durante su proceso a través del sistema judicial del Estado receptor impusiere una carga de tal naturaleza que impida su posibilidad de buscar reparación ulterior se podría eximir a dicha demandante de su deber de agotar los recursos internos. Como el tribunal en *Loewen* enfatizó, un recurso debe ser “disponible en términos razonables para la parte demandante a la luz de su situación, incluidas sus circunstancias económicas y financieras en calidad de inversionista extranjero, dado que éstas se ven afectadas por todas las condiciones relacionadas con el ejercicio de cualquier recurso local”³⁵⁹.

232. Las implicaciones financieras de la ejecución de la sentencia de \$500 millones en

³⁵⁸ *Interhandel (Suiza contra EUA), Objeciones Preliminares*, I.C.J. Rep 1959, pág. 6, en 27 (CLM-156).

³⁵⁹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶ 169 (RLA-55).

Loewen fueron precisamente de la clase de “circunstancias económicas y financieras” que hicieron que la apelación directa bajo un requisito de una garantía de cumplimiento de \$650 millones fuera inefectiva en opinión del tribunal en ese caso. Ninguna de dichas circunstancias está presente en este caso, en el cual el pago de la sentencia de \$1,57 millones no deterioró de ninguna manera el acceso de Merck a los recursos que la Corte Constitucional ofrece, o bien la efectividad plena de dichos recursos. La suma de esa sentencia fue insignificante en relación con las capacidades financieras de Merck³⁶⁰.

³⁶⁰ La propia teoría de la Demandante sobre cuándo ésta *debería pagar* una sentencia apoya la conclusión de que el pago de la sentencia de la CNJ se ajustaba bien a las capacidades financieras y, además, de acuerdo a la fórmula propuesta por el perito financiero de la Demandante en la fase sobre medidas interinas de estos procesos, “creadora de valor” a favor de la Demandante y su empresa. En la fase de medidas interinas del caso, la Demandante planteó dos proposiciones por las cuales ésta *no debería pagar* una sentencia de hasta el total de \$150'000.000. La primera proposición de la Demandante se basaba en el testimonio de su perito financiero Sr. Calvert y su Presidente Sr. Canan, a partir del cual la Demandante argumentó que sería “racional” pagar una sentencia – y, por lo tanto, ésta pagaría una sentencia – solo si el valor de los activos que ésta conservaría al pagar excediera la suma de la sentencia. De acuerdo al Presidente de la Demandante, no sería racional pagar una sentencia de \$150'000.000, porque esa cantidad “excede enormemente” sus \$27 millones en ventas anuales de su operación en Ecuador y \$15,3 millones en activos a finales del año 2011. Segunda Declaración Testimonial del Sr. J. M. Canan, ¶ 8. El perito financiero del Sr. Calvert redujo eso a una “simple fórmula” que él declaró se “usa en las finanzas corporativas para demostrar si sería racional pagar una suma de dinero a fin de adquirir o mantener un activo”: $V - P = VC$, donde “V” es el valor del activo (*i.e.*, los activos e ingresos de la Demandante en Ecuador, es decir, \$27 millones en ventas anuales y un total de activos de \$15,6 millones (Segunda Declaración Testimonial del Sr. J. M. Canan, ¶¶ 6-7)), “P” es el precio que un comprador debe pagar para obtener o mantener el activo (*i.e.*, la cuantía de la sentencia de la CNJ contra la Demandante, es decir, \$1,57 millones), y “VC” es la diferencia entre el valor “V” del activo para el comprador y el precio “P” que el comprador debe pagar por éste. Informe Pericial de R. Brian Calvert, ¶¶ 16-17. De acuerdo al Sr. Calvert, si “VC” es un número positivo, entonces “la transacción sería creadora de valor y coherente con el comportamiento económico racional”. *id.*, ¶ 18. Si se aplicare la fórmula del Sr. Calvert a cualquiera de los valores anteriores para “V” arroja un “VC” positivo, de la manera siguiente:

$$\$27,000,000 - \$1,570,000 = \$25,430,000 \text{ } \underline{\text{a}}$$

$$\$15,300,000 - \$1,570,000 = \$13,730,000$$

Estos dos cálculos están de acuerdo con las circunstancias en las cuales – de acuerdo a la Demandante – ésta pagaría una sentencia en su contra, pues de acuerdo a ambas, el pago sería “creador de valor y coherente con el comportamiento económico racional” y está, por lo tanto, justificado a fin de mantener los activos de la Demandante en Ecuador. Es quizá por esta razón que, como se demuestra a continuación, la Demandante ha defendido de manera tan enérgica la sentencia de la CNJ ante la Corte Constitucional.

En particular, el Profesor Paulsson no explica cómo el pago de esa sentencia, a la luz de las circunstancias financieras y económicas de la Demandante, volverían a dicho recurso a la Constitucional [sic] de Ecuador irrazonable y/ o inefectiva. *Ver* Opinión Pericial del Profesor Paulsson, ¶ 56.

233. En síntesis, el cumplimiento de la sentencia de la CNJ no releva a Merck de su deber de agotar los recursos internos disponibles y efectivos en términos razonables, puesto que el pago no le imponía una carga tan significativa que impidiera su posibilidad de buscar el recurso ante la Corte Constitucional de Ecuador.

6. Conclusión

234. Puesto que las apelaciones constitucionales están *per se* dentro del concepto de recursos que deben agotarse, la posibilidad de la apelación ante la Corte Constitucional de Ecuador debe considerarse cuando se evalúe la aplicación de la regla de agotamiento de los recursos internos en este caso. En las presentes circunstancias, la disponibilidad de dicha apelación para Merck era razonable y le habría otorgado reparación efectiva. El pago de Merck de la sentencia de la CNJ no la relevó del deber de haber recurrido a la Corte Constitucional de Ecuador. Estas conclusiones encuentran confirmación adicional en los informes periciales preparados por dos de los peritos más renombrados en la cuestión del agotamiento de recursos internos: Profesores Caflisch y Amerasinghe³⁶¹.

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

235. No importa cuál disposición Merck invoque, a fin de establecer la responsabilidad de Ecuador por acción judicial, Merck debe cumplir el *mismo* requisito de agotamiento de los recursos internos³⁶². La omisión de Merck en agotar los recursos internos conlleva por lo tanto

³⁶¹ Informe Pericial del Profesor Caflisch, ¶ 30; Informe Pericial del Profesor Amerasinghe, ¶ 34.

³⁶² La Demandante no ha citado ninguna otra de las medidas estatales, tampoco ha planteado otros argumentos fácticos, que cambiarían el carácter de la conducta del Estado materia de la queja a algo diferente de una denegación de justicia. En circunstancias similares, los tribunales han expuesto una doctrina de *reclamos incorporados*. Ver, v.g., *Malicorp Ltd contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo (7 de febrero del 2011) (Tercier, Baptista, Tschanz), ¶ 124 (RLA-104) (“[c]uando un inversionista basa su acción principalmente en el hecho de que éste ha sido la víctima de una expropiación, esa medida necesariamente implica el trato que no fue, precisamente, ni justo ni equitativo. *A fin de basarse en ambas disposiciones implica necesariamente, el inversionista debe ser capaz de establecer que ha sido la víctima de otras medidas, diferentes de la expropiación*. Esta condición no se ha cumplido en el presente caso puesto que preocupaciones únicas pero esenciales de la Demandante conciernen a la rescisión del Contrato. Ésta no explica en absoluto en sus alegatos

la misma significación para todos sus reclamos al amparo del Tratado.

236. Varios tribunales han enfatizado que el requisito de agotamiento de los recursos internos impregna los reclamos por mala conducta judicial originados bajo los TBI.

237. En *Loewen*, el tribunal sostuvo expresamente que el requisito de finalidad judicial “tiene aplicación a violaciones de los Artículos 1102 [trato nacional] y 1110 [expropiación] así como también el Artículo 1105 [el estándar mínimo de trato, incluido el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas] [del TLCAN]”³⁶³.

238. En *Jan de Nul contra Egipto*, el inversionista demandante intentó eludir el requisito de agotamiento de los recursos internos con el argumento de que “una sentencia injusta de una corte inferior podría *per se* constituir un trato injusto e inequitativo y, por lo tanto, denegación de justicia sin que se cumpliera ninguna de las condiciones previas”³⁶⁴. El tribunal rechazó este argumento, luego de determinar que:

Es menester que se ponga al Estado demandado en posición de reparar las actuaciones ilícitas de su sistema judicial. En otras palabras, no puede considerarse que éste sea responsable a menos que “se haya puesto a prueba el sistema como un todo y el ilícito inicial quedara sin corrección”. Una excepción a esta regla podría hacerse cuando no exista ningún recurso efectivo o “ninguna posibilidad razonable de éxito”, lo cual las Demandantes no han argumentado³⁶⁵.

de qué manera también fue víctima de trato injusto o inequitativo, *lo cual da lugar a consecuencias adicionales*. (énfasis agregado) (RLM-101). De manera similar, el tribunal en *Azinian contra México*, presidido por el Profesor Paulsson, consideró que la denuncia de la demandante inversionista al amparo del Artículo 1105 del TLCAN no era nada “sino una paráfrasis de una denuncia cubierta más específicamente por el Artículo 1110, y sostuvo que, “dadas las circunstancias de este caso si no hubiera habido ninguna violación del Artículo 1110, tampoco hubo ninguna violación del Artículo 1105”. *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca contra los Estado Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999), ¶ 92 (CLM-36).

³⁶³ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003), ¶ 156 (RLA-55).

³⁶⁴ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N. Contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre del 2008), ¶¶ 189, 259 (RLA-84).

³⁶⁵ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N. Contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre del 2008), ¶ 258 (RLA-84) (énfasis en el texto original).

239. Sostener lo contrario “permitiría eludir los estándares de denegación de justicia”³⁶⁶.
240. En *Toto contra Líbano*, debido a que la demandante no había logrado hacer uso de los recursos internos para acortar las demoras procesales, el tribunal consideró que éste no tenía jurisdicción *prima facie* para considerar su reclamo de denegación de justicia al amparo de la disposición sobre trato justo y equitativo del TBI pertinente³⁶⁷.
241. En *Oostergetel contra Eslovaquia*, el tribunal aceptó sin dificultad que la denegación de justicia queda dentro del estándar de TJE del TBI aplicable. Como consecuencia, las alegaciones del demandante inversionista de denegación de justicia se analizaron bajo la rúbrica del agotamiento de los recursos internos, “el cual se aplica a la denegación de justicia tanto sustantiva como procesal”³⁶⁸.
242. En *Iberdrola contra Guatemala*, el tribunal enfatizó que el hecho de que el TBI aplicable incluyera la obligación de proveer trato justo y equitativo “*no significa, per se*, como Iberdrola argumentó, *que el estándar de denegación de justicia del Tratado sea más amplio que el del derecho internacional consuetudinario*”³⁶⁹.
243. En *Arif contra Moldavia*, el tribunal enfatizó que la responsabilidad de los Estados de no violar el estándar de trato justo y equitativo a través de una denegación de justicia está comprometida “*siempre y cuando el sistema judicial haya emitido una decisión final y vinculante*”³⁷⁰. Esto significa que:

³⁶⁶ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N. contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre del 2008), ¶ 191 (RLA-84).

³⁶⁷ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. contra la República de Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción (11 de septiembre del 2009), ¶¶ 167-168 (RLA-95).

³⁶⁸ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius contra la República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final (23 de abril del 2012), ¶¶ 272, 275, 298 (CLM-146).

³⁶⁹ *Iberdrola Energía S.A. contra República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo (17 de agosto del 2012), ¶ 427 (RLA-115)(énfasis agregado).

³⁷⁰ *Mr. Franck Charles Arif contra la República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril del 2013), ¶ 442 (RLA-120)(énfasis agregado).

Mientras dichas decisiones no sean finales y vinculantes y puedan corregirse mediante los mecanismos de apelación internos, éstas no deniegan justicia. En otras palabras, mientras no se ponga a prueba el sistema judicial como un todo, no se ha violado el estándar de trato justo y equitativo a través de una denegación de justicia. El Estado no trata mal a un inversionista extranjero en forma injusta e inequitativa mediante una denegación de justicia a través de una decisión apelable de una corte de primera instancia, sino solo a través del producto final de su administración de justicia que el inversionista no pueda eludir. El Estado no es responsable por los actos ilícitos de un juez individual en tanto éste provea mecanismos de fácil acceso que sean capaces de neutralizar a dicho juez³⁷¹.

244. Por último, en *Saluka contra la República Checa*, la demandante se quejó de que un registro policial de las oficinas e incautación de documentos fue [sic] ilegal, violó derechos a la intimidad y violó la obligación de la República Checa de protección y seguridad plenas de acuerdo al TBI entre los Países Bajos y la República Checa. El tribunal rechazó el reclamo basado en que hubo una petición exitosa a la Corte Constitucional Checa³⁷², mediante la cual aceptaba implícitamente que cuando existe una alegación de violación del estándar de protección y seguridad plenas debido a deficiencias en la administración de justicia, el ilícito en cuestión es en esencia una denegación de justicia y por lo tanto está sujeto al requisito de agotamiento de los recursos internos.

245. Merck intenta eludir el requisito de agotamiento fundamentándose en la construcción por parte del tribunal del Artículo II(7) del TBI³⁷³ en *Chevron contra Ecuador* (“*Chevron I*”)³⁷⁴. Este intento es inútil. El Artículo II(7) refleja el estándar de denegación de justicia en el derecho internacional consuetudinario, y la obligación concomitante de agotar los recursos internos cuyo

³⁷¹ *Mr. Franck Charles Arif contra la República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril del 2013), ¶ 443 (RLA-120) (énfasis agregado).

³⁷² *Saluka Investments B. contra la República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial (7 de septiembre del 2006), ¶ 493 (CLM-144).

³⁷³ La disposición dice: “Cada Parte establecerá medios efectivos para hacer valer los reclamos y hacer respetar los derechos con respecto a la inversión, los acuerdos de inversión, y las autorizaciones de inversión”.

³⁷⁴ Memorial de la Demandante, ¶¶ 395-400.

[in]cumplimiento consuma el ilícito, y nada más, ni nada menos.

246. El tribunal en *Chevron I* advirtió que la obligación creada por el Artículo II(7) se superpone “significativamente” con la prohibición de denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional consuetudinario. También estuvo de acuerdo con el tribunal en *Duke Energy contra Ecuador*, el cual había interpretado y aplicado previamente la disposición, concluyendo que el Artículo II(7), ‘*en cierta medida*’ “busca implementar y formar parte de la garantía más general contra la denegación de justicia’[”]”³⁷⁵. Sin embargo, procedió a interpretar el Artículo II(7) como “una obligación independiente, específica del tratado” porque “no hace ninguna referencia explícita a la denegación de justicia o el derecho internacional consuetudinario”³⁷⁶. Por lo tanto, el Artículo II(7) constituye una “*lex specialis*” y no meramente una reformulación de la ley sobre denegación de justicia porque la intención de esta última “podía haberse expresado fácilmente a través de la inclusión de lenguaje explícito a tal efecto o mediante el uso de lenguaje correspondiente al estándar prevaleciente para denegación de justicia al momento de la redacción”³⁷⁷. Las implicaciones de esas determinaciones, tan cruciales para la determinación del tribunal de la responsabilidad civil de Ecuador en ese caso, fueron dobles, *primera*, “que una prueba distinta y posiblemente menos exigente es aplicable de acuerdo a esta disposición en comparación con la denegación de justicia bajo el derecho internacional consuetudinario”³⁷⁸; y, *segunda*, las demandantes no tenían que probar un agotamiento “estricto” de los recursos internos a fin de que el tribunal determinara una violación del Artículo

³⁷⁵ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 242 (CLM-111) (énfasis agregado).

³⁷⁶ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 242 (CLM-111).

³⁷⁷ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 242 (CLM-111).

³⁷⁸ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 244 (CLM-111).

II(7)³⁷⁹. Las conclusiones del tribunal sirvieron posteriormente de base al tribunal en *White Industries contra la India*³⁸⁰.

247. Sin embargo, estas conclusiones no pueden conciliarse con la construcción de la disposición bajo una aplicación apropiada de los principios de la interpretación de tratados que tomen en cuenta los objetivos fundamentales que subyacen al programa de los TBI de los EUA, de los cuales el TBI entre Ecuador y los EUA se origina.

248. Los tratados bilaterales de inversiones suscritos por los Estados Unidos rara vez se apartan en grado substancial del Modelo de TBI de los EUA vigentes al momento de la formalización del tratado³⁸¹. El TBI entre Ecuador y los EUA no es ninguna excepción: es casi una copia exacta del Modelo de TBI de los EUA de 1992³⁸². Las intenciones de los redactores estadounidenses del Tratado son por lo tanto pertinentes para la interpretación del Artículo II(7).

249. Como el Profesor Kenneth Vandavelde, uno de los principales arquitectos en el programa de los TBI de los EUA, ha observado: “[e]l interés primordial de los Estados Unidos al suscribir los TBI ha sido proteger las inversiones existentes a la vez que reafirmar la comprensión de los Estados Unidos del derecho internacional tradicional sobre inversión extranjera”³⁸³. En consecuencia, “los TBI [de los EUA] se basan en el derecho internacional para llenar vacíos y establecer estándares mínimos de trato, con lo cual protegen de

³⁷⁹ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 268 (CLM-111).

³⁸⁰ *White Industries Australia Limited contra la República de la India*, CNUDMI, Laudo Final (30 de noviembre del 2011), ¶ 11.3.2 (CLM-114).

³⁸¹ K. Vandavelde, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), págs. 108-109 (RLA-85) (donde se explica que los EUA fue particularmente renuente a apartarse de su Modelo de los TBI).

³⁸² Las diferencias entre el Modelo de TBI de 1992 entre los Estados Unidos y Ecuador son intrascendentes: (a) Se agregaron los Artículos I(f) y (g); (b) se agregó el Artículo II(2); y (c) se realizaron cambios menores en el texto del Artículo VI, párrafo 2.

³⁸³ K. Vandavelde, *The Bilateral Investment Treaty Program of the United States*, pág. 212 (RLA-28).

malinterpretaciones los textos de los TBI negociados”³⁸⁴.

250. El Profesor José Álvarez, otro ex negociador de los TBI de los EUA, observa asimismo que los TBI de los EUA tienen la finalidad de ratificar las protecciones otorgadas a inversionistas extranjeros de acuerdo al derecho internacional consuetudinario. Él escribe: “[l]a oleada moderna de los TBI llegó cuando países como los Estados Unidos” suscribieron TBI que tienen precisamente la finalidad de *ratificar* las reglas tradicionales de la responsabilidad de los Estados con los extranjeros ...”³⁸⁵. Como resultado, “[d]ichas cláusulas” se interpretan con propiedad como “esfuerzos por *“incluir protecciones habituales como parte de las protecciones de un TBI”* en lugar de “excluir estos preceptos jurídicos generales aplicables de ordinario, como lo hace la *lex specialis*”³⁸⁶.

251. Esta interpretación, el Profesor Álvarez enfatiza, concuerda con

las intenciones anunciadas del programa de los TBI de los EUA (y presumiblemente los programas de otros Estados exportadores de capital que ahora imitan ampliamente las disposiciones de los TBI de los EUA). Los negociadores de los TBI de los EUA han ratificado en comentarios eruditos, en testimonio ante el Congreso, y lo que es más importante en el curso de las negociaciones de los TBI que estos tratados buscaban ratificar, no restarle valor, al derecho consuetudinario pertinente³⁸⁷.

252. Las iteraciones contemporáneas del Modelo de TBI de los EUA reconocen esta conexión con el derecho internacional consuetudinario³⁸⁸. El Artículo 5 de los Modelos del 2004

³⁸⁴ K. Vandevelde, *The Bilateral Investment Treaty Program of the United States*, pág. 222 (RLA-28).

³⁸⁵ José E. Alvarez, *A BIT on Custom*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 17 (2009), pág. 40 (RLA-88) (énfasis agregado).

³⁸⁶ José E. Alvarez, *A BIT on Custom*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 17 (2009), págs. 33-34 (RLA-88) (énfasis agregado).

³⁸⁷ José E. Alvarez, *A BIT on Custom*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 17 (2009), págs. 33-34 (RLA-88) (énfasis agregado).

³⁸⁸ Además, con respecto al Artículo 1105 del TLCAN, los EUA ha declarado explícitamente que la intención de las Partes Contratantes fue incorporar solo las obligaciones del derecho internacional consuetudinario con respecto al estándar de trato mínimo de los extranjeros. *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11*

y 2012, titulado “Estándar Mínimo de Trato” dispone que cada Parte deberá otorgar a las inversiones cubiertas “el trato acorde con el derecho internacional consuetudinario”, y explica además que el trato previsto es aquél que se prescribe en el estándar mínimo de trato en el derecho internacional consuetudinario³⁸⁹. El Artículo 6 sobre expropiación tiene asimismo “la finalidad de reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación”³⁹⁰.

253. Varios participantes en el programa de TBI de los EUA han reconocido explícitamente que el propio Artículo II(7) refleja el derecho internacional consuetudinario. El Profesor Álvarez

Provisions, NAFTA Free Trade Commission (31 de julio del 2001) (RLA-50). Los Estados Unidos también dejó en claro que esta comprensión refleja la intención original de las Partes en el TLCAN. *Ver* Supplemental Post-Hearing Submission of the United States on Artículo 1105 (1 de agosto del 2002), en *ADF Group Inc. contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, pág. 3 (RLA-53) (“[l]a interpretación de la Comisión de Libre Comercio] no cambia el significado del Artículo 1105(1) – meramente aclara el significado que el Artículo tuvo siempre”). En *ADF Group, Inc. contra los Estados Unidos*, los Estados Unidos expresaron además que su “comprensión de los TBI que éste negoció es la *misma* que la comprensión del Artículo 1105(1), esto es, que estos establecen “un estándar mínimo absoluto de trato, basado en principios arraigados del derecho internacional consuetudinario”. Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada los Estados Unidos de América sobre el Artículo 1105(1) (27 de junio del 2002), en *ADF Group Inc. contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, pág. 17 (RLA-51) (énfasis agregado). Sobre la base de estas declaraciones, el tribunal en *ADF* rechazó el argumento de que las disposiciones de los TBI de los EUA relacionados con el trato justo y equitativo no incorporan el derecho internacional consuetudinario, y dictaminó que:

[a]unque existen diferencias textuales entre el Artículo 1105(1) del NTLCAN por una parte, el Artículo II(3)(a) y (b) de los tratados entre los EUA y Albania y entre los EUA y Estonia, por otra parte, la Demandada argumenta de manera enérgica que los dos tratados tienen en gran parte el mismo efecto que el Artículo 1105(1) del TLCAN tal como está construido en la interpretación de FTC del 31 de julio del 2001. Los dos tratados bilaterales proyectan, en concordancia con las cartas de presentación del Departamento de Estado de los EUA de dichos tratados ante el Senado de los EUA, un ‘estándar mínimo de trato’ que ‘se basa en el derecho internacional consuetudinario (en el caso del tratado entre los EUA y Estonia)’ o ‘se basa en estándares que se encuentran en el derecho internacional consuetudinario (en el caso del tratado entre EUA y Albania)’. La intención de uno de los dos Estados Partes en los dos tratados es sin duda pertinente, y al parecer no es necesario entrar en análisis interpretativos rigurosos.

ADF Group Inc. contra los Estados Unidos de América, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo (9 de enero del 2003), ¶ 195 (CLM-116).

³⁸⁹ TBI Modelo de EUA (2004), art. 5 (RLA-60); TBI Modelo de EUA (2012), art. 5 (RLA-112).

³⁹⁰ TBI Modelo de EUA (2004), anexo B (RLA-60); TBI Modelo de EUA (2012), anexo B (RLA-112).

observa, por ejemplo, que “[e]xisten muchas ... disposiciones en [los TBI de los EUA] que se basan de manera explícita o implícita en el derecho internacional general o reflejan una intención de sus redactores de ratificar principios tradicionales de la responsabilidad de los Estados con los extranjeros”³⁹¹. En estas disposiciones, él incluye el Artículo II(7), el cual él ve como una de las “invitaciones abiertas” de los TBI “a hacer uso del derecho internacional consuetudinario pertinente...”³⁹².

254. Es significativo que, al comentar sobre la eliminación del Artículo II(7) del Modelo de TBI del 2004, el Profesor Vandeveldt escribe que la disposición se borró precisamente porque los redactores de los EUA creyeron que “el principio del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la denegación de justicia provee protección apropiada y que una obligación separada en el tratado era innecesaria”³⁹³. Esto evidencia con claridad que la disposición nunca tuvo la finalidad de imponer obligaciones más rigurosas que las que son aplicables en conformidad con el derecho internacional consuetudinario³⁹⁴. Sin embargo, el tribunal en *Chevron I* consideró de alguna manera este hecho como confirmatorio de la naturaleza de *lex specialis* del Artículo II(7)³⁹⁵. Sin embargo, si éste fuere el caso, los redactores de los EUA habrían tenido mucha razón para *mantener* la disposición a la luz de las obligaciones adicionales, más estrictas que éste supuestamente implica, en lugar de borrarlo totalmente por considerarlo redundante.

255. Sin embargo, nada refleja mejor las intenciones de las Partes que los términos reales del

³⁹¹ José E. Alvarez, *A BIT on Custom*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 17 (2009), págs. 31-32 (RLA-88).

³⁹² *Id.* (énfasis agregado).

³⁹³ K. Vandeveldt, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), pág. 415 (RLA-85). El modelo del TBI de los EUA del 2012 no incluye una disposición sobre los “medios efectivos”.

³⁹⁴ Un modelo de TBI actualizado podría ser pertinente para la interpretación de los tratados de inversiones basados en Modelos de TBI previos. Ver *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. & Vivendi Universal, S.A. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Laudo sobre Jurisdicción (3 de agosto del 2006), ¶ 58 (RLA-75) (donde se advierte con respecto a la práctica con los TBI posteriores del Reino Unido de que “[l]a inferencia que se ha de extraer de este lenguaje es que este nuevo párrafo, por sus términos, tiene la finalidad de aclarar lo que ha sido la intención preexistente del Reino Unido en la negociación de sus TBI”).

³⁹⁵ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 243 (CLM-108).

Artículo II(7)³⁹⁶. Estos términos a simple vista codifican el principio arraigado del derecho internacional consuetudinario bajo la rúbrica del estándar mínimo de trato que requiere que los Estados provean un marco o sistema efectivo que permita que los inversionistas extranjeros hagan valer reclamos y respetar sus derechos³⁹⁷. La tabla siguiente ilustra la equivalencia entre

³⁹⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de la 18ª sesión – Parte II (“ILC Commentary”), U.N. Doc. A/63909/Rev. 1 (1966), 2 Y.B. INT’L L. COMM’N 172, 220 (¶ 11) (RLA-23). *Ver también Caso Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/ Chad)*, Sentencia, 3 Feb. 1994, ICJ Rep. 1994, ¶ 41 (RLA-42) (“[I]a interpretación debe basarse sobre todo en el texto del tratado”).

³⁹⁷ Por ejemplo, 1926 Informe de the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (preparado bajo los auspicios de la Liga de las Naciones) dispone que un estudio del Estado para proveer “*los medios necesarios para defender sus derechos*”. El Cuestionario No. 4 sobre la “Responsabilidad de los Estados por Daños infligidos en sus Territorios a la Persona o Propiedad de Extranjeros” adoptado por el League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law en su Segunda Sesión, llevada a cabo en Ginebra, 1926, Informe de the Sub-Committee, *reproducido en* A. Freeman, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1932), págs. 629-633, en 632 (RLA-14) (énfasis agregado). El Institut de Droit International describió esencialmente la misma obligación en su resolución de 1927 sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Lesiones Corporales o Daños a la Propiedad de los Extranjeros, de acuerdo a lo cual una denegación de justicia podría ocurrir cuando (i) los tribunales que son necesarios para asegurar la protección no existen o no funcionan; (ii) dichos tribunales no están accesibles a los extranjeros; o, (iii) esos tribunales no ofrecen garantías que son indispensables para la administración de justicia apropiada. *Institut de droit international, Resolution on the International Responsibility of States for Injuries on their Territory to the Person or Property of Foreigners*, reproducido en YILC, vol. II, 1956, article V (RLA-20). El borrador de la codificación del derecho internacional de 1929 de Harvard Law School en relación con el trato de extranjeros dispone que los nacionales extranjeros deben tener “*medios efectivos de reparar daños*”, y que estos medios de reparación deben “estar al nivel del estándar que el derecho internacional exige”. *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), pág. 147-8 (RLA-9) (énfasis agregado). En conexión con las conversaciones con respecto a la responsabilidad de los Estados que surge de la administración de justicia, el delegado británico en la 1930 Hague Conference for the Codification of International Law propuso la inclusión del texto siguiente: “Un Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero como resultado del hecho de que en razón de defectos en sus leyes procesales”, incluso cuando “[n]o se le otorga en las cortes un medio razonable de ejercer sus derechos, o se le provee medios de reparación menos apropiados que aquellos que se proveen a nacionales”. Acts of the Conference for the Codification of International Law, llevada a cabo en La Haya del 13 de marzo al 13 de abril de 1930, Minutes of the Third Committee, 9th meeting, Consideration of Bases of Discussion Nos. 5 y 6, *reimpreso en* A. Freeman, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1932), págs. 658 *et seq.*, en 664 (RLA-11) (per Mr. Becket (Great Britain)) (énfasis agregado). Esta propuesta, explicó el delegado británico, se ocupa de la obligación en derecho internacional consuetudinario de “*proveer los medios para la protección y ejercicio de los derechos, proveer una ley procesal y tribunales que estén al nivel precisamente del estándar internacional muy general – en realidad, no muy exigente – de justicia y eficiencia*”. *id.* pág. 665 (énfasis agregado). Aunque finalmente no se aprobó la propuesta británica porque los redactores decidieron abordar la responsabilidad estatal por actuaciones legislativas y ejecutivas en otras partes (*ver id.* pág. 707 (Alemana, Propuesta con respecto a las Bases de Discusión No. 5 y 6, que se hicieron circular a los Miembros del Comité el 29 de marzo de 1930) no se discutió la precisión de la descripción de la delegación británica del derecho internacional consuetudinario sobre este punto.

las diversas formulaciones del derecho internacional consuetudinario sobre la cuestión, como evidencian los esfuerzos de codificación y los escritos de distinguidos analistas, y el Artículo II(7):

Derecho Internacional Consuetudinario	Artículo II(7) del TBI entre Ecuador y
<p>El deber de un Estado de proteger a nacionales extranjeros dentro de su territorio incluye la obligación de proveer “<i>los medios necesarios</i> para defender sus derechos”</p> <p>Cuestionario No. 4 sobre la Responsabilidad de los Estados por Daño causado en su Territorio a la Persona o Propiedad de Extranjeros (1926)</p>	<p>Cada Parte deberá proveer <i>medios efectivos</i> de hacer valer los reclamos y respetar los derechos con respecto a la inversión, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión</p>
<p>Los nacionales extranjeros deben tener “<i>medios efectivos</i> para resarcirse por daños”</p> <p>Harvard Law School, Law of Responsibility of States for Damages Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners (1929)</p>	
<p>La obligación de los Estados de proveer “<i>medios de protección y de hacer respetar sus derechos ... que estén al nivel del estándar internacional de justicia y eficiencia</i>”</p> <p>Actas de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional (1930), p. 665.</p>	

Distinguidos analistas académicos también han expresado que el derecho internacional consuetudinario establecido desde hace mucho tiempo impone la obligación de establecer los medios efectivos para la protección judicial de nacionales extranjeros. Como Freeman escribió: “todo Estado está debidamente obligado a poseer una organización judicial que garantice que los procesos judiciales se resuelvan de manera imparcial y competente”. En particular, “[e]l aparato procesal que se establezca debe . . . proveer al extranjero . . . *los medios efectivos para propender al ejercicio de su derecho*”. A. Freeman, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1938), pág. 135 (RLA-18).

El aparato procesal que los Estados están obligados a establecer debe “proveer al extranjero ... <i>medios efectivos</i> para perseguir el ejercicio de su derecho”	
---	--

Alwyn V. Freeman, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1938), p. 135	
---	--

256. El Artículo II(7) no puede interpretarse sin considerar esta obligación contigua de acuerdo al derecho internacional consuetudinario. En casos en los cuales los tribunales se vieron confrontados con definiciones de tratados adoptadas de manera tan patente de formulaciones empleadas ampliamente en el derecho internacional consuetudinario, estos han recurrido a las autoridades generales para interpretar su significado³⁹⁸.

257. Además, de acuerdo al principio aprobado específicamente como parte de un método general para la interpretación de tratados bilaterales de inversiones por parte del tribunal precisamente en el primer arbitraje basado en un tratado ante el CIADI³⁹⁹, y que resultó ser de

³⁹⁸ Ver *Asian Agricultural Products Ltd contra la República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo (27 Jun. 1990) (RLA-30) (estándar de protección y seguridad plena); *Saluka Investments BV (los Países Bajos) contra la República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial (17 de marzo del 2006) (Watts, Fortier, Behrens), ¶ 254 (RLA-71) (cuando se interprete la disposición sobre expropiación en el Tratado, “deben tomarse en cuenta las reglas pertinentes del derecho internacional consuetudinario”.); *SD Myers Inc. contra el Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Primer Laudo Parcial (13 de noviembre del 2000), ¶ 280 (CLM-143) (“[e]l término “expropiación” en el Artículo 1110 debe interpretarse a la luz de todo el acervo de la práctica estatal, los tratados y las interpretaciones judiciales de ese término en la jurisprudencia internacional”.); *Generation Ukraine Inc. contra Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo (16 de septiembre del 2003), ¶ 11. 3 (CLM-11) (“[e]s claro que varios de los estándares de los TBI, y la prohibición de expropiación en particular, son simplemente una codificación convencional de los estándares que han existido desde hace mucho tiempo bajo el derecho internacional consuetudinario”); *Fireman's Fund Insurance Company contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01, Laudo [versión editada] (14 de julio del 2006), ¶ 176 (RLA-73); *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. contra Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/3, Decisión sobre la Objeción de la Demandada de acuerdo a la Regla de Arbitraje 41(5) (16 de enero del 2013) (“*Accession Mezzanine et al contra Hungría*”), ¶ 67 (RLA-119); *Glamis Gold, Ltd. contra los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (8 de junio del 2009), ¶ 354 (RLA-93); *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company contra la República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/01/6, Laudo (7 de octubre del 2003), ¶ 10.3.1 (RLA-57).

³⁹⁹ *Asian Agricultural Products Ltd contra la República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo

significación resolutive en las circunstancias de ese caso⁴⁰⁰, se entiende que los Estados Contratantes en el TBI entre Ecuador y los EUA “se refieren a principios generales del derecho internacional para todas las cuestiones que el tratado no resuelve por sí mismo en términos expresos y de una manera diferente”. Como la tabla precedente demuestra, es evidente que el Artículo II(7) no resuelve el asunto “de manera diferente”. De lo anterior se infiere que debe entenderse que las Partes se han referido al derecho internacional consuetudinario sobre la materia.

258. En consecuencia, la interpretación del tribunal en *Chevron I* del Artículo II(7) como *lex specialis* porque éste “no hace ninguna referencia explícita a la denegación de justicia o el derecho internacional consuetudinario”⁴⁰¹, no solo es incoherente con la práctica de redacción de tratados de los EUA antes analizada, sino que también se basa en un malentendido fundamental del derecho internacional consuetudinario pertinente y su importancia en la interpretación de las disposiciones de los TBI.

259. A la luz del considerable cúmulo de pruebas antes analizadas, si las Partes hubieran tenido la intención de establecer una *lex specialis* que restase efecto a sus obligaciones contempladas en el derecho internacional consuetudinario, éstas lo habrían estipulado expresamente. A falta de pruebas de esa intención, incluso si se llegare a considerar el Artículo II(7) como *lex specialis* en el sentido de la particularización de la obligación en el derecho internacional consuetudinario de establecer “medios efectivos” en las relaciones de las Partes, sus términos deben continuar recibiendo “guía operacional” del derecho consuetudinario y deben leerse en coherencia con ésta⁴⁰². En su Memorial, Merck optó por permanecer en silencio frente

(27 Jun. 1990), ¶ 40 (Rule D) (RLA-30).

⁴⁰⁰ *Asian Agricultural Products Ltd contra la República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo (27 Jun. 1990), ¶ 52 (RLA-30).

⁴⁰¹ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 242 (CLM-111).

⁴⁰² De acuerdo al Juez Bruno Simma, cuando una regla aplicable del derecho consuetudinario es muy relevante, provee “guía operacional” para interpretar una disposición de un tratado. Ver B. Simma & T. Kill, *Harmonizing*

a estos supuestos equivocados y metodologías interpretativas erróneas del laudo en *Chervon I*, las cuales Ecuador puntualizó en su Dúplica en la fase de medidas provisionales de este proceso⁴⁰³. Su silencio es elocuente.

260. En todo caso, incluso si el tribunal en *Chevron I* tuviere razón en su construcción del Artículo II(7), *quod non*, Merck aun así no puede eludir el requisito de agotamiento. Que el tribunal en *Chevron I* no discutiera que incluso bajo su punto de vista del Artículo II(7) como *lex specialis*, “[l]as Demandantes debieron ... haber *utilizado apropiadamente* los medios que se han puesto a su disposición para hacer valer los reclamos y ejercer derechos en Ecuador a fin de probar una violación del TBI”⁴⁰⁴. El tribunal enfatizó que “una demandante está obligada a hacer uso de todos los recursos que tiene a su disposición y podrían haber rectificado el ilícito que es objeto de la reclamación. El tribunal enfatizó que “una parte demandante está obligada a hacer uso de todos los recursos que estén disponibles y podrían haber rectificado el ilícito que es materia de la reclamación”⁴⁰⁵, y que no se requiere una “alta probabilidad de éxito de estos recursos a fin de esperar que una demandante procure hacer uso de ellos”⁴⁰⁶. Lo que es más importante, el tribunal destacó que la omisión en usar los medios disponibles en el sistema jurídico ecuatoriano podría impedir la recuperación si dicha omisión impidiera una evaluación

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.* edition, 2009), pág. 696 (RLA-89).

⁴⁰³ Dúplica de Ecuador a la Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, de fecha 17 de agosto del 2012, ¶¶ 4-11.

⁴⁰⁴ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 268 (CLM-111) (énfasis agregado). De manera similar, el tribunal en *Duke Energy* no discutió que un reclamo por violación del Artículo II(7) exige una demostración de que la demandante ha agotado todos los recursos disponibles y efectivos. *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo (18 de agosto del 2008), ¶ 402 (RLA-83).

⁴⁰⁵ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 326 (CLM-111).

⁴⁰⁶ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 326 (CLM-111).

apropiada de la “efectividad” del sistema⁴⁰⁷. El tribunal encontró finalmente a Ecuador responsable aun cuando las demandantes no habían usado ciertos mecanismos procesales colaterales a su disposición, puesto que no estaba convencido de que alguno de estos procedimientos pudiera haber rectificado la supuesta demora⁴⁰⁸.

261. El caso de Merck de violación del Artículo II(7) no logra satisfacer ni siquiera este requisito de “agotamiento calificado”. Incluso de acuerdo a la prueba del tribunal en *Chevron I*, la apelación de Merck ante la Corte Constitucional habría constituido un recurso “que [está] disponible y podría haber rectificado el ilícito objeto de la queja”.

262. En síntesis, todos los reclamos de Merck al amparo del Tratado están sujetos al requisito de que Merck haya agotado los recursos internos disponibles y efectivos en el sistema legal ecuatoriano. La omisión de Merck en agotar dichos recursos, como se establece en la sección previa, implica que todos sus reclamos al amparo del Tratado deben desestimarse.

D. La omisión de la Demandante en agotar los recursos internos priva al Tribunal de jurisdicción

263. La omisión de Merck en agotar los recursos internos en Ecuador no solo priva de todo

⁴⁰⁷ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 324 (CLM-111).

⁴⁰⁸ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶¶ 330-331 (CLM-111). Al contrario, era “poco claro” si el tribunal en *Duke Energy* consideró que la búsqueda posterior de recursos locales permitiría la reparación solicitada era insuficiente para excusar a las demandantes en la de su deber de agotamiento. *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo (18 de agosto del 2008), ¶ 401 (RLA-83) (“[S]in embargo, es poco claro en el expediente si las cortes ecuatorianas asimilarían una decisión errónea que rechazara la jurisdicción a un exceso de facultad, como sería, por ejemplo, el caso bajo el Artículo 52(1)(b) de la Convención del CIADI. Aun así, *la falta de claridad no es suficiente para demostrar que un recurso sea fútil*”). (énfasis agregado). Sin embargo, podría ser que el tribunal en *Chevron I* considerara el caso de demora una situación especial que ameritara un enfoque menos estricto en cuanto al requisito de agotamiento. *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010), ¶ 321 (CLM-111) (“las consideraciones específicas se convierten en pertinentes para examinar si se puede aplicar, y cuándo se puede aplicar, la falta de agotamiento de los recursos locales en casos donde la demora de las cortes internas en decidir un caso es la violación, porque son las propias cortes internas las que causan la falta de agotamiento de los recursos locales”).

mérito a sus reclamos basados en el Tratado, también es fatal para la jurisdicción del Tribunal. La responsabilidad del Estado por denegación de justicia surge solo después de haber recurrido infructuosamente a los recursos internos⁴⁰⁹. En otras palabras, no se ha violado el derecho internacional al momento del perjuicio inicial al extranjero, sino solo una vez que se hayan agotado todos los recursos internos. Mientras la persona no haya agotado los recursos internos, el acto ilícito internacional de hecho no existe aún o, por lo menos, no se ha completado.

264. De lo anterior se deduce que el incumplimiento de Merck del requisito de agotar los recursos internos implica que no ha afirmado una “diferencia relativa a inversiones” dentro del significado del Artículo VI del TBI y, a su vez, su incumplimiento de los requisitos jurisdiccionales del Artículo VI⁴¹⁰. Por estas razones, el Tribunal no tiene ninguna jurisdicción sobre sus reclamos.

265. Por las mismas razones, los reclamos de Merck no están listos y son, por lo tanto, inadmisibles⁴¹¹.

266. Además, debido a que Merck no puede establecer una violación del tratado debido a su omisión en agotar los recursos, su reclamo carece de mérito.

267. Por último, como Ecuador puntualizó en la fase de Medidas Interinas de estos

⁴⁰⁹ El perito de la Demandante, Profesor Paulsson, admite en efecto este punto cuando escribe que “[a]ntes de que un tribunal pueda determinar que ha ocurrido una denegación de justicia, debe haberse puesto a prueba el sistema jurídico interno como un todo y, como sistema, no debe haber cumplido el estándar que el derecho internacional”. Informe Pericial del Profesor Paulsson, ¶ 523 (énfasis agregado).

⁴¹⁰ Dúplica de Ecuador a la Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, de fecha 17 de agosto del 2012, ¶¶ 81-88. Ver también Informe Pericial del Profesor Caflisch, fn. 1 (“La posibilidad de la Demandante de establecer que ésta ha cumplido su deber 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”).

⁴¹¹ Ver V. Heiskanen, *Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review (2013), págs. 1-16, en 8 (RLA-130) (“[u]n ejemplo típico de un reclamo que puede determinarse inadmisibles por *ratione temporis* es cuando una parte demandante no ha agotado los recursos locales. Dicho reclamo aún no está maduro para la jurisdicción internacional; sigue siendo un reclamo local o *interno* mientras aún existan recursos locales disponibles”).

procesos⁴¹², el planteamiento de Merck de este arbitraje en flagrante menosprecio hacia su deber previo de agotar los recursos internos disponibles y efectivos, en efecto un esfuerzo de crear un tribunal “permanente” que monitoree los avances en el litigio subyacente, constituye un abuso del proceso que amerita totalmente el ejercicio de las facultades inherentes al Tribunal para desestimar la jurisdicción sobre los reclamos de Merck por razones de abuso del proceso⁴¹³.

268. El alcance sustantivo de la facultad inherente de las cortes y tribunales internacionales para sancionar los abusos del proceso arbitral podrán variar, dependiendo de las exigencias de una resolución internacional y la conducta procesal de las partes⁴¹⁴. Pero éste incluye ciertamente la facultad de desestimar la jurisdicción sobre los reclamos⁴¹⁵.

269. En el presente caso, Merck proveyó notificación de una “diferencia relativa a inversiones” mientras el caso subyacente estaba pendiente ante una corte de apelaciones ecuatoriana; e inició de inmediato el arbitraje una vez que la corte de apelaciones dictó sentencia mientras la revisión por parte de la CNJ estaba en curso. Las maniobras de Merck y el comportamiento injusto en estos procesos causa perjuicio a Ecuador, el cual se ha visto compelido a defenderse contra reclamos prematuros durante casi tres años a la fecha, con todas las consecuencias involucradas, en especial en relación con los costos. Por estas razones,

⁴¹² Dúplica de Ecuador a la Solicitud de Medidas Interinas presentada por la Demandante, de fecha 17 de agosto del 2012, ¶¶ 80, 83.

⁴¹³ *Ver, v.g., EDF (Services) Limited contra Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Orden Procesal No. 2 (30 de mayo del 2008), ¶ 46 (RLA-82) (“es parte de las facultades 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 de acuerdo con la Convención del CIADI, asegurar que el funcionamiento apropiado del proceso de solución de diferencias esté salvaguardado”).

⁴¹⁴ *Mobil Corporation and others contra la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción (10 de junio del 2010), ¶ 177 (RLA-99) (“el abuso del derecho se ha de determinar en cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso”).

⁴¹⁵ *Phoenix Action, Ltd contra la República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Decisión sobre Jurisdicción, (15 de abril del 2009), ¶¶ 143-144 (RLA-92); *ST-AD GmbH (Alemania) contra la República de Bulgaria*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción (18 de julio del 2013), ¶¶ 423 (RLA-124); *Lao Holdings N.V. contra la República Popular Democrática de Laos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6, Decisión sobre Jurisdicción (21 de febrero del 2014), ¶ 81 (RLA-126).

Ecuador plantea que la doctrina del abuso del proceso constituye una razón independiente para desestimar los reclamos de Merck por falta de jurisdicción.

E. Conclusión: Como resultado de la omisión de la Demandante en agotar los recursos internos, sus reclamos deben desestimarse

270 Como el tribunal en *Amtó contra Ucrania* enfatizó, “[e]l inversionista que no ejerce sus derechos dentro de un sistema jurídico, o ejerce su derecho de manera imprudente, no puede trasladar su propia responsabilidad por el resultado a la administración de justicia, y de allí al Estado receptor de la inversión en derecho internacional”⁴¹⁶. El incumplimiento de Merck de este deber fundamental de agotar todos los recursos disponibles y efectivos en el sistema jurídico ecuatoriano antes de plantear sus reclamos de denegación de justicia a nivel internacional no puede transferirse a Ecuador. Como consecuencia, la omisión de Merck en cumplir el requisito de finalidad judicial resulta fatal para sus reclamos, los cuales deben desestimarse en su totalidad.

VI. INCLUSO SI LA SENTENCIA DE LA CNJ CONSTITUYERA EL PRODUCTO FINAL DEL SISTEMA JUDICIAL ECUATORIANO, LOS RECLAMOS DEBEN DESESTIMARSE POR EL FONDO PORQUE MERCK NO HA LOGRADO PROBAR QUE HAYA SUFRIDO UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA U OTRA VIOLACIÓN DEL TRATADO

A. Introducción

271. Además de la omisión de Merck en agotar los recursos internos disponibles y efectivos en el sistema judicial ecuatoriano antes de plantear sus reclamos por denegación de justicia a nivel internacional, ni los procesos ante la CNJ ni la propia decisión de la CNJ en sí misma resultantes de dichos procesos constituyen una denegación de justicia u otra violación del Tratado. Como consecuencia, los reclamos de Merck deben desestimarse por falta de mérito.

272. Como se demuestra a continuación, Merck ha defendido con energía en sus escritos ante la Corte Constitucional la sentencia de la CNJ como un fallo “bien fundado” y basada en la

⁴¹⁶ *Limited Liability Company Amtó contra Ucrania*, SCC Caso No. 080/2005, Laudo Final (26 de marzo del 2008), ¶ 76 (CLM-112).

revisión independiente de la CNJ de las pruebas en el expediente. Sin embargo, si se deja de lado estas admisiones, la conducta del sistema judicial ecuatoriano en cuestión sencillamente no satisface los estándares aplicables bajo el derecho internacional para una denegación de justicia.

273. Estos estándares se captan mejor tal vez en una declaración citada a menudo del tribunal en *Mondev contra los Estados Unidos*, construida en la declaración de la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*⁴¹⁷:

La prueba no es si un resultado particular es sorprendente, sino si la impresión o sorpresa ocasionada a un tribunal imparcial conduce, mediante la reflexión, a preocupaciones justificadas en cuanto a la propiedad judicial del resultado, teniendo en mente por una parte que los tribunales internacionales no son cortes de apelación y, por otra parte, que el Capítulo 11 del TLCAN (al igual que otros tratados para la protección de las inversiones) tiene la finalidad de proveer una medida real de la protección. Al final, la cuestión es si, a nivel internacional y teniendo en consideración 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 vergonzosa, con el resultado de que la inversión ha sido objeto de trato injusto e inequitativo. Hay que admitir que éste es un estándar algo abierto, pero podría ser que en la práctica no pueda ofrecerse una fórmula más precisa que cubra el rango de posibilidades⁴¹⁸.

⁴¹⁷ *Caso Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América contra Italia)*, Sentencia (20 de julio de 1989), I.C.J. Reports 1989, pág. 15 en pág. 76 (¶ 128) (“[L]a arbitrariedad no es tanto algo opuesto al precepto jurídico como es algo opuesto al imperio de la ley ... Es una inobservancia deliberada del debido proceso, un acto que impresiona, o por lo menos sorprende, a un sentido de propiedad judicial”). (CLM-155).

⁴¹⁸ *Mondev International Ltd. contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre del 2002) (Stephen, Crawford, Schwebel), ¶ 127 (RLA-54) (énfasis agregado) (se han omitido las notas a pie de página). Esta declaración se ha citado con aprobación en *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003) (Mason, Mikva, Mustill), ¶ 133 (RLA-55); *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.Contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre del 2008) (Kaufmann-Kohler, Mayer, Stern), ¶ 193 (RLA-84); *RosInvestCo UK Ltd. contra la Federación Rusa*, SCC Arbitration V (079/2005), Laudo Final (12 de septiembre del 2010) (Böckstiegel, Steyn, Berman), ¶ 276-277 (CLM-141); *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company contra el Gobierno de Mongolia*, CNUDMI (TBI entre Mongolia y la Federación Rusa), Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad (28 de abril del 2011) (Lalonde, Grigera Naón, Stern), ¶¶ 625-626, 628 (RLA-131).

274. Siguiendo el mismo criterio, el tribunal en *RosInvestCo* señaló que el “umbral del ilícito internacional de denegación de justicia es *alto* y va más allá de la mera mala aplicación de la ley interna”⁴¹⁹. El perito de Merck en este arbitraje, Profesor Paulsson, actuando en calidad de árbitro único en *Pantechniki contra Albania*, sostuvo asimismo que:

La regla general es que el ‘mero error en la interpretación del derecho internacional *per se* no involucra responsabilidad’. No obstante, la aplicación errónea de la ley podría proveer ‘elementos de prueba de una denegación de justicia’. *Pero eso exige una prueba extrema: el error debe ser de una clase que ‘ningún juez competente podía haber cometido en términos razonables’*”. Dicha determinación significaría que el Estado no había provisto ni siquiera en grado mínimo un sistema de justicia apropiado⁴²⁰.

275. De manera similar, el tribunal en *Arif contra Moldavia* señaló que puede considerarse que un Estado es responsable por una denegación de justicia “si el sistema judicial ha violado el estándar mediante procesos *fundamentalmente* injustos y decisiones finales y vinculantes *manifiestamente* erróneas”⁴²¹. En *Oestergetel contra Eslovaquia*, el tribunal finalmente enfatizó que:

un reclamo por denegación de justicia al amparo del derecho internacional es *exigente*. Para pasar la prueba aplicable, no bastará con reclamar que se ha violado la ley municipal, que la decisión de una corte nacional es errónea, que un procedimiento judicial se condujo de manera incompetente, o que las acciones del juez en cuestión han sido probablemente motivadas por la corrupción. Una

⁴¹⁹ *RosInvestCo UK Ltd.*, ¶ 275 (CLM-141) (énfasis agregado). Ver también *Iberdrola Energía S.A. contra la República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo (17 de agosto del 2012) (Zuleta, Oreamuno, Derains), ¶¶ 491-492 (RLA-115) (énfasis agregado).

⁴²⁰ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) contra la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo (30 de julio del 2009) (Paulsson, árbitro único), ¶ 94 (RLA-94) (segundo énfasis agregado). en su monografía sobre denegación de justicia en derecho internacional, el Profesor Paulsson se ha referido “[a]l consenso moderno ... al efecto de que las circunstancias deben ser *flagrantes* si la responsabilidad del Estado se plantea por razones de denegación de justicia”. J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), pág. 60 (RLA-68) (énfasis agregado).

⁴²¹ *Mr. Franck Charles Arif contra la República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril del 2013) (Cremades, Hanotiau, Knieper), ¶ 445 (RLA-120) (énfasis agregado).

denegación de justicia implica que un sistema nacional como un todo no satisface estándares mínimos⁴²².

276. A fin de prevalecer en sus reclamos por una denegación de justicia, Merck debe probar que el sistema judicial ecuatoriano “falló *fundamentalmente*”⁴²³. Dada la gravedad de dicha alegación, la carga probatoria aplicable es elevada. En realidad, los tribunales y comisiones arbitrales han considerado que únicamente la prueba *clara y convincente* bastará para satisfacer la responsabilidad de probar que un sistema judicial nacional se ha conducido de manera tan flagrante que justifique una determinación de una denegación de justicia⁴²⁴. En palabras del Profesor Greenwood, “[s]olo si existe *prueba clara* de discriminación contra un litigante extranjero o una falla atroz del sistema judicial existe una denegación de justicia en derecho internacional”⁴²⁵.

277. Las alegaciones de corrupción del sistema están sujetas a un estándar de prueba incluso más exigente. En un laudo reciente, el tribunal en *Vanessa Ventures contra Venezuela* fijó los estándares relacionados con respecto a alegaciones de falta de independencia e imparcialidad del sistema judicial del Estado:

Es más difícil tratar alegaciones de falta de independencia y de imparcialidad ... Dichas alegaciones, si se probaren, constituirían violaciones muy graves de las obligaciones del Estado contempladas

⁴²² *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius contra la República Eslovaca*, CNUDMI (TBI entre los Países Bajos y la República Eslovaca), Laudo Final (23 de abril del 2012) (Kaufmann-Kohler, Wladimiroff, Trapl), ¶ 273 (CLM-146).

⁴²³ *RosInvestCo UK Ltd.*, ¶ 279 (CLM-141) (énfasis agregado).

⁴²⁴ *United States of America (B. E. Chattin) contra los Estados Unidos Mexicanos*, Comisión de Reclamaciones entre los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos, Laudo Arbitral (23 de julio de 1927), 4 U.N.R.I.A.A. 282, 288 (donde se expresa que “se necesita prueba *convincente* para atribuir responsabilidad” por denegación de justicia) (CLM-120) (énfasis agregado); *Great Britain (El Oro Mining and Railway Co. (Ltd.)) contra los Estados Unidos Mexicanos*, Decisión No. 55 (18 Jun. 1931), 5 U.N.R.I.A.A. 191, 198 (“[e]s obvio que un reproche tan grave solo puede dirigirse contra una autoridad judicial con base en pruebas de la naturaleza *más convincente*”). (RLA-12) (énfasis agregado).

⁴²⁵ C. Greenwood, *State Responsibility for the Decisions of National Courts* [in:] ISSUES OF STATE RESPONSIBILITY BEFORE INTERNATIONAL JUDICIAL INSTITUTIONS 58 (M. Fitzmaurice et al eds., 2004) (RLA-62) (énfasis agregado).

en un tratado. *Pero éstas deben probarse de manera apropiada; y la prueba debe, por lo menos de ordinario, relacionarse con los casos específicos en los cuales se alegue que ha habido impropiedad. Las inferencias de una falta grave y endémica de independencia y de imparcialidad en el sistema judicial, inferidas de un examen de otros casos o de pruebas anecdóticas o circunstanciales, no bastarán de ordinario para probar una alegación de impropiedad en un caso particular*⁴²⁶.

278. De manera similar, en *Oostergetel contra Eslovaquia*, el tribunal fue insistente:

Las meras sugerencias de conducta ilegítima, alegaciones generales de corrupción y deficiencias de un sistema judicial no constituyen prueba de una violación de un tratado o una violación del derecho internacional ... *La carga de la prueba no puede simplemente trasladarse a través del intento de crear una presunción general de corrupción en un Estado dado*⁴²⁷.

279. En síntesis, Merck lleva la carga de establecer que la sentencia de la CNJ es el producto de procesos *fundamentalmente* injustos y es *flagrantemente* errónea, con el resultado de que su supuesta inversión ha sido objeto de una denegación de justicia. A tal efecto, no bastaría que la CNJ meramente aplicara mal la ley ecuatoriana; el error debe ser, en palabras de su propio perito, de tal naturaleza que “ningún ‘juez competente podía haberla tomado en términos razonables’”. Al respecto, la Demandante debe proveer prueba *clara y convincente* relacionada específicamente con los procedimientos en cuestión; las alegaciones generales de corrupción sistémica no pueden usarse para transferir esta carga de la prueba. Las secciones siguientes establecen la omisión de Merck en todos los aspectos antes mencionados.

B. Merck no ha demostrado que la sentencia de la CNJ le denegara justicia o no corrigiera supuestos defectos en los procesos en las cortes inferiores

1. Merck ha admitido que considera que el cálculo de la CNJ de la indemnización por daños es razonado y razonable

⁴²⁶ *Vannessa Ventures Ltd. contra la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/6, Laudo (16 de enero del 2013) (Lowe, Brower, Stern), ¶ 228 (RLA-118) (énfasis agregado).

⁴²⁷ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius*, ¶ 296 (CLM-146) (énfasis agregado).

280. La base principal para la petición de casación presentada por Merck ante la CNJ fue lo que ésta sostiene es la indemnización por daños exorbitante otorgada por la corte de segunda instancia. A la luz de este argumento, la decisión de la CNJ representa una victoria abrumadora para Merck. Pese a sus esfuerzos de impugnar esa decisión, este hecho esencial es ineludible y vicia por completo toda sugerencia de que la decisión constituya una denegación de justicia. Con excepción de una referencia explicativa de que la suma de la sentencia de la CNJ de \$1,57 millones contra ésta excedía el precio de venta acordado de \$1,5 millones por la planta de Merck y las utilidades anuales de Prophar en el 2002, las críticas de Merck en más de 150 párrafos a la sentencia de la CNJ están desprovistas de toda objeción a la suma de la sentencia o la manera en que la CNJ la calculó⁴²⁸.

281. En sus escritos ante la Corte Constitucional en oposición a la acción extraordinaria de protección de Prophar, Merck fue tajante en que tanto la suma de \$1,57 millones, así como su cálculo no tenían sesgo, se basaban en la razón, estaban respaldados por las pruebas y el derecho, y corrigieron los laudos supuestamente defectuosos sobre indemnización por daños dictados por las cortes inferiores. Para citar apenas una de las declaraciones de Merck que defienden el laudo sobre daños emitido por la CNJ:

De hecho, la cuantía de la indemnización por daños establecida por la Sala de la Corte Nacional de Justicia *se razonó en forma apropiada*, pues la suma de la compensación se basó, **en conformidad con el considerando 16 de la sentencia**: en la suma de la negociación de venta fracasada para la planta industrial con una oferta final de \$1'500.000, la cantidad a la cual la Ley Orgánica de Regulación, Control y Poder del Mercado llegaron, y el parámetro temporal de dos años al que hace referencia la denuncia [de PROP HAR]. La Corte Nacional de Justicia *actuó dentro de los parámetros de la Constitución y la Ley*, si acaso, excediéndose a favor de los intereses de PROP HAR, que nunca tuvo derecho a ninguna compensación, de la naturaleza que fuere....⁴²⁹

⁴²⁸ Ver, v.g., Memorial de la Demandante, ¶¶ 9-14, 127-156, 278-374.

⁴²⁹ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 13 de septiembre del 2013), ¶ 4 (cursiva agregada; negrita en el original) (R-120).

282. En otras partes en sus escritos ante la Corte Constitucional, Merck aplaude la sentencia de la CNJ como “un cálculo fundamentado”⁴³⁰ basado en un “extenso análisis”⁴³¹ realizado por la CNJ “acorde con su competencia” y “de acuerdo a su autoridad”⁴³², para llegar a “una conclusión lógica con respecto a la valoración del daño sufrido por Prophar”⁴³³, una “indemnización proporcional y razonable” de Prophar⁴³⁴, y “una decisión bien fundamentada... que determinó una cuantía de indemnización de US\$1’570.000”⁴³⁵. Como Merck explica con aprobación de la metodología de la CNJ, la cuantía del daño “corrigió”⁴³⁶ el laudo sobre daños dictado por las cortes inferiores y se basó en el promedio de los parámetros financieros de (a) la última oferta de Prophar de \$1,5 millones por la planta de Merck y (b) \$1’640.000, el último de estos calculado sobre la base del propio cálculo de Merck, en las pruebas en los procesos en las cortes inferiores, que ésta perdería \$820.000 al año en ventas de productos genéricos si tuviera que competir con Prophar⁴³⁷. De acuerdo a Merck, este cálculo estuvo “dentro del marco de la doctrina de la competencia desleal y los artículos 2214 y 2229 del Código Civil, para ilícitos extracontractuales”⁴³⁸, y no demostró sesgo de parte de la CNJ⁴³⁹.

⁴³⁰ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 3 de abril del 2013), ¶ 18 (R-117).

⁴³¹ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 9 de enero del 2013), ¶ 8 (R-116).

⁴³² Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 3 de abril del 2013), ¶¶ 81, 95 (R-117).

⁴³³ *Id.*, ¶ 205 (R-117).

⁴³⁴ *Id.*, ¶ 82 (R-117).

⁴³⁵ *Id.*, ¶ 99 (R-117).

⁴³⁶ *Id.*, ¶ 241 (R-117).

⁴³⁷ *Id.*, ¶¶ 191-92 (R-117); *ver también* Decisión de la CNJ, *NIFA contra MSDIA* (21 de septiembre del 2012) (“Decisión de la CNJ”), ¶¶ 16.9 - 16.10.1, 16.15 (C-203).

⁴³⁸ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 3 de abril del 2013), ¶ 194 (R-117).

⁴³⁹ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 30 de abril del 2013), pág. 6 (R-118).

283. Para despejar toda duda, Merck – al igual que cualquier litigante descontento – cree que no debió habersele declarado responsable con respecto a Prophar en ninguna cuantía. Sin embargo, ante la Corte Constitucional, no solo demostró que no tenía nada en contra de la suma en la cual se consideró era responsable o sobre cómo la CNJ la calculó, sino que también aprueba la suma y el cálculo. Esta situación no es nada extraña. La cuantía de la sentencia era de aproximadamente el 1% de la sentencia de \$150 millones dictada por la corte de apelaciones; era una suma insignificante en relación con las capacidades financieras de Merck para pagarla. En realidad, con base en el testimonio del Presidente de Merck y su perito financiero durante el proceso relacionado con medidas provisionales, el pago de Merck de la sentencia era “creador de valor” para su negocio.

284. Además, al determinar la base para el cálculo de indemnización por daños, la CNJ estuvo de acuerdo con la afirmación de Merck de que la Corte de Apelaciones no debió haber basado su valoración de la cuantía de indemnización por daños de \$150 millones en el informe pericial de Cristian Cabrera, al cual en su petición de casación ante la CNJ, Merck había caracterizado como arbitraria e ilegal⁴⁴⁰. Luego de citar el argumento de Merck contra el Dr. Cabrera y su informe⁴⁴¹, la CNJ rechazó el cálculo de daños en el informe, debido a que éste se basó en “un parámetro que no [tiene] nada que ver con Prophar ni con MERCK”, sino mas bien en un análisis del mercado para productos farmacéuticos genéricos relacionado con la ley de defensa de la competencia[,] base de la decisión de la Corte de Apelaciones que – una vez más de acuerdo con Merck – la CNJ había rechazado previamente en su decisión⁴⁴².

285. Es claro que ni el cálculo de la CNJ de su laudo sobre daños contra Merck ni la cuantía del laudo constituye una denegación de justicia. En realidad, de acuerdo a las propias

⁴⁴⁰ Petición de Casación de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (13 de octubre del 2011) (“Petición de Casación de MSDIA”), ¶ 154 (C-198).

⁴⁴¹ Decisión de la CNJ, ¶ 16.4 (*donde constan citas tomadas de Petición de Casación de MSDIA*, ¶ 154) (C-203).

⁴⁴² *Id.*, ¶¶ 16.4, 16.6 (C-203).

declaraciones de Merck, éstas son determinaciones razonadas, bien fundadas desde el punto de vista legal y fáctico, competentes en el ámbito judicial y, por lo tanto, son precisamente lo contrario a una denegación de justicia.

286. Lo mismo ocurre en cuanto a los aspectos de la decisión de la CNJ que Merck no impugna porque, como se demuestra a continuación, ninguno de ellos constituye una denegación de justicia.

2. Merck no la logrado demostrar que la construcción de la CNJ de la “competencia desleal” de acuerdo a la ley ecuatoriana fuera inapropiada.

a) La construcción de la CNJ de “competencia desleal” de acuerdo a la ley ecuatoriana no puede ser cuestionada por este Tribunal como un enunciado válido de la ley ecuatoriana.

287. Una pieza clave del argumento de Merck de denegación de justicia es que la construcción de la CNJ de la ley ecuatoriana, para declarar que Merck es responsable por el ilícito extracontractual de competencia desleal, fue una “teoría recién acuñada de la responsabilidad civil” en la cual la CNJ “se basara” de manera impermisible “solo en una disposición constitucional” – el Artículo 244(3) de la Constitución Política de Ecuador de 1998 – “que nunca antes se había interpretado como una disposición que abordara aspectos de la ‘competencia desleal’”⁴⁴³. De acuerdo a Merck, la decisión de la CNJ “construyó una base legal nueva y completamente diferente para la responsabilidad civil” y “reescribió la ley ecuatoriana sobre la competencia desleal para alcanzar un resultado favorable para NIFA”⁴⁴⁴. En apoyo de sus alegaciones de que la CNJ aplicara mal la ley ecuatoriana, Merck ha presentado opiniones de tres abogados ecuatorianos, en las cuales ellos dan sus puntos de vista sobre cómo, en su decisión, la CNJ no logró interpretar ni aplicar de manera apropiada la ley ecuatoriana ni evaluar las pruebas, y cómo ésta *debió haberlo* hecho. Merck también ha presentado la opinión de un

⁴⁴³ Memorial de la Demandante, ¶¶ 12, 13(c).

⁴⁴⁴ *Id.*, ¶¶ 146, 387.

perito en denegación de justicia, el Profesor Jan Paulsson, en la cual – basado totalmente en hechos y proposiciones legales que Merck “le solicitó [a él] que asumiera” – él concluye que la decisión de la CNJ constituyó una denegación de justicia porque (entre otras razones) ésta se basa “en una teoría legal ... que no tenía ninguna base en la ley ecuatoriana” que “la CNJ optó por ... inventar”⁴⁴⁵.

288. Estas alegaciones son falsas y representan una distorsión manifiesta de la decisión de la CNJ según la ley ecuatoriana. Sin embargo, como una cuestión inicial, la determinación de la ley ecuatoriana por parte de la corte de nivel más alto en materia civil está exclusivamente dentro del ámbito del sistema judicial ecuatoriano. En esencia, Merck invita a este Tribunal a actuar como una corte de apelaciones supranacional para la revisión de la decisión de la CNJ. Sin embargo, este Tribunal no podría aceptar esa invitación porque – como el propio testigo pericial de Merck sobre denegación de justicia ha afirmado enfáticamente en otras partes – “el objetivo del tribunal internacional *nunca* es llevar a cabo una revisión sustantiva” de una decisión de una corte nacional⁴⁴⁶. Principios arraigados del derecho internacional, así como también la autoridad del sistema judicial ecuatoriano de acuerdo a la ley ecuatoriana, dictan esta regla.

289. Primero, de acuerdo al derecho internacional, un Estado podrá establecer cualquier forma para su sistema de justicia y la manera en la cual los preceptos jurídicos internos se instituyen, interpretan y aplican⁴⁴⁷. En palabras del tribunal en *Cotesworth & Powell*:

Ninguna demanda puede fundamentarse, por regla general, en meras *formas* objetables de procedimiento o en el *modo* de administrar

⁴⁴⁵ Opinión de Jan Paulsson (2 de octubre del 2013), ¶¶ 15, 17(a).

⁴⁴⁶ J. Paulsson, en 84 (RLA-68) (énfasis en el original).

⁴⁴⁷ 1 Charles Cheney Hyde, INTERNATIONAL LAW CHIEFLY AS INTERPRETED AND APPLIED BY THE UNITED STATES (1945), § 219 en pág. 729 (“Salvo la obligación general de estar en conformidad con las prácticas de la civilización, un Estado no tiene ninguna traba en su elección de las formas de procedimiento o en la adopción de un código particular”) (RLA-19); Alwyn V. Freeman, *International Responsibility of States for Denial of Justice* 404 (1970), en 78-79 (“En su cumplimiento [del requisito de proveer una protección judicial apropiada para los derechos de los extranjeros] cada Estado disfruta de un margen de libertad pleno. La organización de sus cortes, el procedimiento que ha de seguir, la clase de recursos instituidos, las leyes mismas, se dejan a la discreción propia del Estado”) (RLA-18).

justicia en las cortes de un país, porque se presupone que los extranjeros los consideran antes de suscribir transacciones allí⁴⁴⁸.

290. Debido a que una alegación de denegación de justicia es extrema, lo cual implica una condena moral del sistema judicial nacional⁴⁴⁹, un tribunal internacional sustituirá con su sentencia la sentencia de una corte nacional solo en las circunstancias más raras. “[U]na cuestión de la mayor delicadeza política e internacional es que un país desconozca la decisión judicial de una corte de otro país...⁴⁵⁰, y “la regla de que aquellos que recurren a países extranjeros están obligados a someterse a las leyes locales enunciadas por los tribunales judiciales se ignora solo bajo circunstancias excepcionales”⁴⁵¹.

291. Este [principio] recibió su confirmación autoritativa más reciente en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el fondo en *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra la República del Congo)*:

⁴⁴⁸ *Cotesworth & Powell (Great Britain contra Colombia)*, Laudo (agosto de 1875), reimpresso en 2 MOORE INTERNATIONAL ARBITRATION 2050, 2083 (1898) (énfasis en el original) (CLM-121); ver también *United States contra Egipto (Salem)*, Laudo (8 de junio de 1932) 2 U.N.R.I.A.A. 1161, 1202 (“[E]l derecho internacional ha concebido desde el principio bajo la noción de ‘denegación de justicia’... solo casos exorbitantes de injusticia judicial... Por regla general, un extranjero debe reconocer que es aplicable la clase de justicia instituida en el país en el cual escoge su residencia[,] incluidas todas las deficiencias de dicha jurisdicción, imperfecta como ésta es al igual que cualquier otro trabajo humano”) (RLA-16); 1 Charles Cheney Hyde, INTERNATIONAL LAW CHIEFLY AS INTERPRETED AND APPLIED BY THE UNITED STATES (1945), § 219 en págs. 729-30 (“Cuando los nacionales de un Estado ingresan al territorio de otro Estado, sea por negocio o placer, se sujetan por sí mismos a las leyes de este último Estado y aunque esas leyes y las reglas de procedimiento en las cortes sean totalmente diferentes de aquellas que obtienen en su Estado natal, siempre y cuando dichas leyes y reglas no estén bajo el estándar que se obtiene generalmente en los Estados bien organizados y se administren con justicia e imparcialidad, ni los extranjeros ni los gobiernos tienen derecho a reclamar”) (citas internas omitidas) (RLA-19).

⁴⁴⁹ Ver *Caso Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica contra España)* Nueva Solicitud, Segunda Fase, Sentencia (5 Feb. 1970), I.C.J. Reports 1970, pág. 3, *Opinión Separada del Juez Tanaka*, pág. 114, en 160 (“[u]na cuestión de suma gravedad es formular una acusación de una denegación de justicia frente a un Estado. Esto involucra no solo la imputación de un estándar internacional inferior al sistema judicial del Estado en cuestión, sino también una condena moral de dicho sistema judicial. Como resultado, se considera que la alegación de una denegación de justicia es una acusación grave que los Estados no son proclives a hacer si es posible otra formulación”) (RLA-24).

⁴⁵⁰ *Garrison’s Caso (EUA contra México)*, Laudo (7 de noviembre de 1871), reimpresso en 3 MOORE INTERNATIONAL ARBITRATION 1073, 3129 (RLA-2).

⁴⁵¹ Harvard Research Draft in International Law, *Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners* (Sp. Supp. 1929), en 179.

[L]e corresponde a cada Estado, en la primera instancia, interpretar sus propias leyes internas. La corte no tiene, en principio, la facultad de sustituir con su propia interpretación la de las autoridades nacionales, en especial cuando son las cortes nacionales del más alto nivel las que han provisto esa interpretación (véase, con respecto a este último caso, *Serbian Loans, Sentencia No. 14, 1929, P.C.I.J., Serie A, No. 20, p. 46* y *Brazilian Loans, Sentencia No. 15, 1929, P.C.I.J., Serie A, No. 21, p. 124*). Excepcionalmente, cuando un Estado plantea una interpretación manifiestamente incorrecta de su ley interna, en particular con el propósito de obtener una ventaja en un caso en trámite, le corresponde a la Corte adoptar lo que determine es la interpretación apropiada⁴⁵².

Sobre la base de este principio, la Corte declinó llevar a cabo su propia interpretación del decreto de expulsión en cuestión, y decidió que:

[A]unque podría ser posible, en teoría, analizar la validez de [la interpretación de la República Democrática del Congo de una disposición de su Constitución y su aplicación a la ley interna en cuestión], ciertamente no le compete a la Corte adoptar una interpretación diferente de la ley interna del Congo para los fines de la decisión de este caso. Por lo tanto, no puede concluirse que el decreto [de expulsión]... no se expidió ‘de acuerdo con la ley’...⁴⁵³

292. Los tribunales en arbitrajes de inversiones han puesto las mismas prohibiciones a la revisión de lo correcto de la interpretación y aplicación de las cortes nacionales de la ley interna. En *Mondev International Ltd. contra los Estados Unidos de América*, analizado anteriormente, el investigador canadiense buscó determinar que los Estados Unidos era responsable por reclamos de denegación de justicia basado en disposiciones sobre garantías para las inversiones del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (“TLCAN”) virtualmente idénticas a aquellas en el Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y los EUA en el cual Merck basa sus reclamos aquí. La demandante argumentó que la decisión de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts (“SJC”), que ratificaba una sentencia de una corte de primera instancia (no obstante un veredicto del jurado) que determinaba que una autoridad de la ciudad de Boston está

⁴⁵² *Caso Concerning Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra la República Democrática del Congo)*, Sentencia (30 de noviembre del 2010), I.C.J. Reports (2010), pág. 639 en ¶ 70 (RLA-100).

⁴⁵³ *Id.*, pág. 639 en ¶ 71 (RLA-100).

exenta de responsabilidad civil con respecto a la demandante por interferencia con las relaciones contractuales, constituyó una denegación de justicia porque fue “una ‘desviación significativa y grave’ de la jurisprudencia previa [de la SJC]” y porque la SJC había “omitido por completo considerar si debía aplicar las reglas que ésta formuló de manera retrospectiva a [sus] reclamos” y “debió haber devuelto las preguntas de hecho al jurado”⁴⁵⁴.

293. Como la primera consideración en su redacción citada a menudo del estándar aplicable a los reclamos de denegación de justicia, el tribunal en *Mondev* advirtió:

[N]o es la función de los tribunales del TLCAN actuar como cortes de apelación. Como el tribunal del TLCAN puntualizó en *Azinian contra los Estados Unidos Mexicanos*:

Sin embargo, la posibilidad de determinar que un Estado es internacionalmente responsable por las decisiones judiciales no confiere derecho a una parte demandante a solicitar la revisión internacional de decisiones de las cortes nacionales como si la jurisdicción internacional atribuida tuviere jurisdicción de apelación plena. En general, esto no ocurre en lo que concierne al TLCAN⁴⁵⁵.

294. El tribunal procedió a incluir dentro de su redacción del estándar de denegación de justicia una advertencia que los tribunales deben “tener[] en cuenta...que [estos] no son tribunales de apelación” cuando buscan adjudicar “las medidas de protección reales” que el TLCAN y otros tratados de protección de inversiones tenían como objetivo proveer⁴⁵⁶. En aplicación de este principio, el tribunal declinó la solicitud de la demandante de que volviera a aprobar la aplicación de la SJC de la ley tanto sustantiva como procesal de Massachusetts a la diferencia subyacente de la demandante con autoridades de la ciudad, observando que las cuestiones

⁴⁵⁴ *Mondev International Ltd.*, ¶¶ 131, 135, 137 (RLA-54).

⁴⁵⁵ *Mondev International Ltd.*, ¶ 126 (citas tomadas de *Robert Azinian, Kenneth Davitian, and Ellen Baca contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999), ¶ 99) (RLA-54).

⁴⁵⁶ *Mondev International Ltd.*, ¶ 127 (RLA-54).

resueltas por la SJC eran las “que todos los sistemas jurídicos tienen que confrontar” y que “[c]on el método adoptado por Mondev, los tribunales del TLCAN se convertirían en cortes de apelación, papel que no les corresponde”⁴⁵⁷.

295. Los tribunales en arbitrajes de inversiones desde *Mondev* y *Azinian* adoptaron de manera sistemática la misma regla y, cuando las demandantes les han instado a involucrarse la ratificación de la construcción y aplicación de la ley interna, se han rehusado a hacerlo⁴⁵⁸. Como una ratificación reciente de esta regla, el tribunal en *Mr. Franck Charles Arif contra la República de Moldavia* afirmó:

[L]os tribunales internacionales deben abstenerse de desempeñar la función de cortes de apelación últimas. No pueden sustituir con su propia aplicación e interpretación de la ley nacional la aplicación hecha por las cortes nacionales. Esto obscurecería la distinción necesaria entre la jerarquía de instancias dentro del sistema judicial nacional y la función de los tribunales internacionales si “[u]na simple diferencia de opinión de parte del tribunal internacional fuere suficiente” para permitir una determinación de que una corte nacional

⁴⁵⁷ *Mondev International Ltd.*, ¶ 136 (RLA-54); ver también *id.*, ¶¶ 133-140.

⁴⁵⁸ Ver, v.g., *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen*, ¶ 134 (“Si la conducción de un juicio equivaliera a una violación de la ley municipal, así como también del derecho internacional no nos corresponde determinar”). Un reclamo basado en el TLCAN no pueden convertirse en una apelación contra las decisiones de la ley municipal”) (RLA-55); *RosInvestCo UK Ltd.*, ¶ 275 (“El Tribunal enfatiza una vez más que un tribunal de arbitraje internacional, y también este Tribunal que trata sobre supuestas violaciones del tratado bilateral de inversiones entre el RU y la URSS), no es un organismo de apelación y su función no es corregir errores del derecho sustantivo o procesal interno que podrían haber cometido las cortes nacionales”). (CLM-141); *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius*, ¶¶ 291, 299 (“[L]a tarea del Tribunal es determinar si el resultado de los procesos de quiebra es deshonoroso y ofensivo para la propiedad judicial. Este umbral alto refleja la naturaleza exigente de un reclamo de denegación de justicia en derecho internacional. En realidad, existe acuerdo en que el papel de un tribunal de inversiones no es servir como una corte de apelaciones para las decisiones de las cortes nacionales.... El TBI no otorga protección por meras violaciones del derecho procesal local, tampoco está abierto a una apelación extraordinaria de las decisiones de cortes municipales”). (CLM-146); *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI (NAFTA), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio del 2013) (Landau, Smith, Davidson), ¶ 278 (“[C]omo una proposición general, no es el papel apropiado de un tribunal internacional establecido de acuerdo al Capítulo Once del TLCAN sustituir a la Corte Suprema de los EUA, o actuar como una corte de apelaciones supranacional”). (RLA-122); *Waste Management, Inc. contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril del 2004) (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez), ¶ 129 (“Volviendo a las razones reales dadas por las cortes federales, el Tribunal observaría que ésta no es una corte de apelaciones, ni es el Capítulo 11 del TLCAN una nueva forma de amparo con respecto a las decisiones de las cortes federales de las partes en el TLCAN”). (RLA-63).

ha violado el derecho internacional. [se ha omitido la nota a pie de página]. La opinión de un tribunal internacional de que éste tiene una mejor comprensión de la ley nacional que la corte nacional y que la corte nacional está en un error, no es suficiente. De hecho – como la Demandante expresó – los tribunales arbitrales no pueden “ponerse a sí mismos en la posición de cortes de apelación internacionales”. [se ha omitido la nota a pie de página]⁴⁵⁹

296. Si bien el tribunal procedió a revisar los defectos que Arif alegó en los procesos para determinar si estos constituían “procesos fundamentalmente injustos” o “decisiones finales y vinculantes manifiestamente erróneas”, al hacerlo, éste declinó de manera invariable “actuar como una corte de apelaciones sobre decisiones del sistema judicial de Moldavia” porque hacerlo “equivaldría a una revisión del fondo”, en cuyo ejercicio el tribunal no tiene “ninguna competencia”⁴⁶⁰.

297. El requisito del derecho internacional de que el Tribunal debe abstenerse de adjudicar de nuevo la determinación de la CNJ sobre la ley ecuatoriana solo se refuerza con el papel de la CNJ y sus decisiones acordes con la ley ecuatoriana. Como el perito de Ecuador en derecho procesal, Javier Aguirre Valdez, explica:

La Corte Nacional de Justicia es la corte de más alto nivel en Ecuador y una de sus obligaciones es conocer las peticiones de autos de casación sobre todos los asuntos. Al igual que la Corte de Casación, ésta tiene autoridad para interpretar la ley y llenar las lagunas legales si encontrare que no existe ninguna disposición específica para el caso en la ley. La interpretación y aplicación de la Corte de la ley es vinculante en la materia en cuestión. Además, si los mismos criterios para una decisión se reiteran en casación en más de tres ocasiones, si lo aprobare la Corte en pleno, esto constituye un precedente vinculante para otros jueces y cortes, lo cual significa que su interpretación de la ley tiene, en estos casos, la misma fuerza que un acto legislativo y podría modificarse solo mediante la aprobación de una ley⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ *Mr. Franck Charles Arif*, ¶ 441 (donde se cita J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en pág. 72) (RLA-120) (cursiva en el original).

⁴⁶⁰ *Ver, v.g., Mr. Franck Charles Arif*, ¶¶ 453, 463, 481, 485, 489 (RLA-120).

⁴⁶¹ Opinión Pericial de Javier Aguirre Valdez, ¶6.2.

298. De lo anterior se hace evidente que los puntos de vista de tres peritos de Merck en derecho ecuatoriano, y los argumentos de Merck basados en ellos, en el sentido de que la decisión de la CNJ no aplicó de manera apropiada, o debió haber interpretado de otra manera, la ley ecuatoriana, son irrelevantes⁴⁶². Además, a la luz de estos principios, que el Profesor Paulsson se basara en un supuesto de que la CNJ “inventó” una teoría legal es totalmente equivocado (muy aparte de ser erróneo, como se demuestra más adelante); las cortes en todas partes tienen una función “creadora de derecho”, introduciendo nuevos principios pues la ley evoluciona para resolver nuevas circunstancias⁴⁶³.

299. En consecuencia, la determinación de la CNJ de la construcción de una “competencia desleal”, y su aplicación de la conducta de Merck con respecto a Prophar, de acuerdo a la ley ecuatoriana y, como tal, no está sujeta a una ratificación por parte de este Tribunal. Lo que es pertinente para la determinación de este Tribunal es si, “*ex facie* o al examen más detenido”⁴⁶⁴ y “a la luz de todos los hechos disponibles”, “éste resulta impresion[ado] o sorprend[ido]..., a la reflexión”, de tal manera que tiene “justificadas preocupaciones en cuanto a la propiedad judicial del resultado” y puede “concluir...que...la decisión fue sin duda inapropiada y deshonrosa”⁴⁶⁵, “manifiestamente errónea” y “tan desprovista de razón que destila mala fe”⁴⁶⁶, una “clara y dolosa mala aplicación de la ley”⁴⁶⁷, o sin “fundamento objetivo razonable” y “fuera del espectro

⁴⁶² Ver, v.g., Opinión Pericial de Manuel Fernández de Córdoba, ¶¶ 6(g) and (h), 35-37, 50-54; Opinión Pericial de Rafael Oyarte Martínez, ¶¶ 7-9, 26-33; Opinión Pericial de Carlos Humberto Páez Fuentes, ¶¶ 5-7, 22-40.

⁴⁶³ Opinión Pericial de Jan Paulsson, ¶¶ 2, 15, 17(a); Memorial de la Demandante, ¶¶ 244, 269(b). Además del hecho de que esta opinión se basa únicamente en suposiciones provistas por la Demandante, el Profesor Paulsson no enumera las opiniones de tres peritos de la Demandante en derecho ecuatoriano, o algunos materiales legales ecuatorianos (aparte del texto del Artículo 244(3) de la Constitución Política de Ecuador de 1998) entre los materiales que él revisó para preparar su opinión. Ver Opinión Pericial de Jan Paulsson, ¶ 3.

⁴⁶⁴ *Waste Management, Inc.*, ¶ 130 (RLA-63).

⁴⁶⁵ *Mondev International Ltd.*, ¶ 127 (RLA-54).

⁴⁶⁶ *Mr. Franck Charles Arif*, ¶ 445, 482 (RLA-120).

⁴⁶⁷ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, and Ellen Baca contra los Estado Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999) (Paulsson, Civeletti, von Wobeser), ¶ 103 (CLM-36).

de lo jurídicamente posible”⁴⁶⁸. Como se demuestra más adelante, ninguno de estos criterios ni siquiera remotamente se aplica a la decisión de la CNJ.

b) Merck no ha logrado demostrar que la sentencia de la CNJ fuera impropia, mucho menos una “clara y dolosa mala aplicación de la ley”, “jurídicamente imposible” o que “ofenda a un sentido de propiedad judicial”.

300. Una mala aplicación de la ley interna o una determinación errónea de los hechos por parte de la corte nacional en sí mismas no dan lugar a reclamos por una denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional⁴⁶⁹. Aplicando este principio los tribunales en arbitrajes de inversiones se han rehusado de manera sistemática a determinar una denegación de justicia sobre la base de una decisión judicial errónea o equivocada⁴⁷⁰. El perito de Merck, Profesor Paulsson, en su tratado del 2005 sobre denegación de justicia en derecho internacional, explica la operación del principio:

La aplicación errónea de la ley nacional no puede, en sí misma, ser una denegación de justicia internacional. A menos que se califiquen de alguna manera por el derecho internacional, los derechos creados al amparo de la ley nacional están limitados por la ley nacional, incluido el principio de que por operación de la regla fundamental de la *res judicata* una determinación de una corte de apelación final es

⁴⁶⁸ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, CNUDMI, Caso CPA No. 34877, Laudo Parcial sobre el Fondo (20 de marzo del 2010) (Böckstiegel, Brower, van den Berg), ¶ 198 (donde se cita la Opinión de Jan Paulsson presentada en el caso) (CLM-111).

⁴⁶⁹ *ELSI (United States of America contra Italia)*, Sentencia (20 de julio de 1989), en ¶ 124 (“[d]ebe tenerse en cuenta que el hecho de que un acto de una autoridad pública podría haber sido ilegal en derecho municipal no significa necesariamente que ese acto sea ilegal en derecho internacional, como una violación de un tratado o de otra manera”) (CLM-155); C. De Visscher, *Le Déni de Justice en Droit International*, 54 Recueil des Cours 370 (1935), pág. 376 (“La mera violación de la ley interna nunca podría justificar un reclamo internacional basado en una denegación de justicia”) (CLM-161).

⁴⁷⁰ *Ver, v.g., The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen*, ¶ 189 (donde se rechazan los reclamos de que la negativa de la corte de Mississippi a volver más flexibles los requisitos de fianzas constituyera una denegación de justicia y así violara el Artículo 1105 del TLCAN porque “[e]n el peor de los casos era una decisión errónea o equivocada.”) (RLA-55); *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius*, ¶ 299 (“El TBI no otorgó protección por meras violaciones del derecho procesal...”) (CLM-146); *RosInvestCo UK Ltd.*, ¶275 (“El Tribunal enfatiza que el umbral del ilícito internacional de denegación de justicia es alto y va más allá de la mera mala aplicación de la ley interna”) (CLM-141).

definitiva. Por lo tanto, incluso si los órganos resolutorios internacionales atribuyeren valor a una instancia de *mal jugé* municipal cuando determinen que ha habido una denegación de justicia, basados en que los derechos creados al amparo de la ley nacional se han ignorado de manera tan flagrante que obliga a la condena con respecto a la violación de estándares internacionales que proscriben la discriminación, la parcialidad, la influencia indebida, o actos similares, subsiste el caso de que el ilícito internacional no es la mala aplicación de la ley nacional.

....

Numerosos laudos internacionales demuestran que la mayoría de las sentencias nacionales inquietantes y nada convincentes se ratifican sobre la base de que el derecho internacional no anula determinaciones de los sistemas judiciales nacionales con respecto a su propia ley. Insistir en que existe una denegación de justicia *sustantiva* reservada para determinaciones ‘manifiestamente’ no convincentes es crear una distinción inviable. Si una sentencia es *patentemente* injusta, es porque la víctima no ha recibido trato justo. Esa es la base de la responsabilidad, no la mala aplicación de la ley nacional en sí misma.

.....

El hecho de que el tribunal internacional al que se ha planteado el asunto creyere que habría aplicado la ley de manera diferente -- ‘mero error’ – es en y por sí mismo irrelevante....⁴⁷¹

301. Como el Profesor Paulsson indica, algo más que una mala aplicación de la ley interna o de una determinación errónea de los hechos por parte de una corte nacional, como, por ejemplo, la discriminación, el sesgo, la influencia indebida u otro “trato injusto” se requiere a fin de que surja un reclamo por denegación de justicia bajo el derecho internacional. El Juez Fitzmaurice también sostuvo este punto de vista, identificó el tipo de elementos que también deben estar presentes a fin de que se determine una denegación de justicia:

[L]a regla podría expresarse en el sentido de que la decisión meramente errónea o injusta de una corte, aun cuando involucrara lo que equivale a una injusticia, no es una denegación de justicia y,

⁴⁷¹ J. Paulsson, en págs. 81, 82, 87 (RLA-68) (cursiva en el original).

además, no implica responsabilidad del Estado. Para que implique la responsabilidad del Estado, debe estar presente el elemento de mala fe, y debe ser claro que la corte ha sido activada por parcialidad, por fraude o por presión externa, o no ha sido imparcial, o que la sentencia debe ser tal que ninguna corte que sea honesta y competente podía haber dictado⁴⁷².

El Juez Tanaka, en su opinión separada en el caso *Barcelona Traction*, confirma esta opinión:

“[Q]ueda por examinar si tras los supuestos errores e irregularidades del sistema judicial español no existen algunas graves irregularidades que justifiquen la acusación de una denegación de justicia. Ejemplos patentes de aquello serían ‘la corrupción, amenazas, demora injustificable, abuso flagrante del proceso judicial, una sentencia ordenada por el ejecutivo, o tan manifiestamente injusta que ninguna corte que sea competente, así como también honesta podía haberle otorgado’ ... Podríamos resumir estas circunstancias bajo un solo encabezado de mala fe⁴⁷³.”

302. Aunque algunos tribunales en inversiones han reconocido la posibilidad de que la mala aplicación de la ley interna de una sentencia dictada por una corte municipal pudiera servir como prueba de una denegación de justicia, en combinación con otra prueba de trato injusto como, por ejemplo, la falta del debido proceso⁴⁷⁴, la instancia en la cual una mala aplicación de la ley podría con propiedad considerarse como un elemento es en extremo restringida. Como el tribunal en *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) contra la República de Albania* observó:

La regla general es que el ‘mero error en la interpretación de la ley

⁴⁷² Gerald G. Fitzmaurice, *The Meaning of the Term Denial of Justice*, 13 BRIT. Y. B. INT’L L. 93, en págs. 110-11 (1932) (RLA-13).

⁴⁷³ *Caso Concerning The Barcelona Traction, Sentencia* (5 de febrero de 1970), *Opinión Separada del Juez Tanaka*, en 160, ¶ 158 (RLA-24).

⁴⁷⁴ *Ver, v.g., RosInvestCo UK Ltd.*, ¶ 279 (“...Solo las cortes rusas pueden considerar que la Demandada es responsable por denegación de justicia si las Demandantes pueden probar que el sistema judicial falló fundamentalmente. Dicha falla ha de adoptarse principalmente en casos de errores procesales mayores, como, por ejemplo, la falta del debido proceso. El resultado sustantivo de un caso puede ser pertinente como un indicio de falta del debido proceso y, por lo tanto, puede considerarse como un elemento que pruebe denegación de justicia”). (CLM-141).

nacional no involucra *per se* responsabilidad'. La aplicación equivocada de la ley podría no obstante proveer 'elementos de prueba de una denegación de justicia'. Pero eso requiere una *prueba extrema: el error debe ser de tal naturaleza que 'ningún juez competente podría en términos razonables haberla dictado'*⁴⁷⁵.

“La prueba es si ‘No existe ningún fundamento objetivo razonable para el resultado sustantivo de la decisión’” de tal manera que ésta “quede ‘fuera del espectro de lo jurídicamente posible’”⁴⁷⁶.

(i) Merck ha admitido en otras partes que la base legal para la decisión de la CNJ es “fundada”.

303. Merck no ha logrado satisfacer la “prueba extrema”⁴⁷⁷, el “alto” umbral⁴⁷⁸, necesario para demostrar que la decisión de la CNJ ha sido en substancia “jurídicamente imposible”⁴⁷⁹ o que ningún “juez competente podía haberla dictado en términos razonables”⁴⁸⁰. Merck ataca la substancia de la decisión de la CNJ por dos razones, ambas centradas en la construcción y aplicación de la CNJ del Artículo 244(3) de la Constitución Política de Ecuador de 1998 (“Artículo 244(3)”) a los reclamos de Prophar: Primero, Merck argumenta que “la teoría de competencia desleal que la CNJ aplicó fue totalmente sin precedentes como una cuestión de la ley ecuatoriana”⁴⁸¹ y una “teoría de responsabilidad civil acuñada recientemente”⁴⁸² “de la propia invención [de la CNJ]”⁴⁸³ que “se basó únicamente en [el Artículo 244(3)] que nunca antes se

⁴⁷⁵ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia)*, ¶ 94 (énfasis agregado en la oración final) (donde se cita a, y extrae citas de Gerald G. Fitzmaurice, *The Meaning of the Term Denial of Justice*, 13 BRIT. Y. B. INT'L L. 93 en pág. 114 (1932)) (RLA-94).

⁴⁷⁶ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA)*, ¶ 198 (donde se cita la Opinión de Jan Paulsson presentada en el caso) (CLM-111).

⁴⁷⁷ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia)*, ¶ 94 (RLA-94).

⁴⁷⁸ *RosInvestCo UK Ltd.*, ¶ 275 (CLM-141).

⁴⁷⁹ Donde se parafrasea la Opinión de Jan Paulsson, presentado en, y con citas extraídas de *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA)*, ¶ 198 (CLM-111).

⁴⁸⁰ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia)*, ¶ 94 (RLA-94).

⁴⁸¹ Memorial de la Demandante, ¶ 352.

⁴⁸² *Id.*, ¶ 12.

⁴⁸³ *Id.*, ¶ 292.

había interpretado para resolver asuntos de ‘competencia desleal’⁴⁸⁴.

304. Segundo, Merck implica que, una vez que la CNJ haya concluido que el reclamo de Prophar concernía a competencia desleal, y no a las teorías de defensa de la competencia o de “libre competencia” a las cuales Prophar había cambiado para argumentar su caso, la CNJ debió haber concluido que ese reclamo se regía por la Ley de Propiedad Intelectual (“LPI”) y debió haberse conocido en las Cortes de lo Contencioso Administrativo, en lugar de en las cortes de lo civil en las cuales el caso había procedido hasta entonces⁴⁸⁵.

305. Ninguna de estas razones configura un caso de que la substancia de la decisión de la CNJ fuera impropia o que constituyera una denegación de justicia. Tal vez la prueba más elocuente de esto sea el hecho de que Merck no persiguió la revisión de la decisión por parte de la Corte Constitucional. Como señaló puntualmente el perito de Ecuador, Dr. Guerrero, y analizó en la Sección V anterior, si Merck creyera en realidad que la decisión incluía las deficiencias concernientes al Artículo 244(3) identificadas en el Memorial de Merck, ésta pudo haber interpuesto una acción extraordinaria de protección por su cuenta ante la Corte Constitucional⁴⁸⁶. El hecho de que no lo hiciera, al mismo tiempo que proseguía el desarrollo de este arbitraje, está en clara contradicción con sus argumentos que plantea ahora de que la decisión de la CNJ carecía de fundamento jurídico y funcionaba para privarle de una oportunidad de defenderse.

⁴⁸⁴ *Id.*, ¶¶ 13(c), 310-315.

⁴⁸⁵ *Id.*, ¶¶ 327-333. Todos, salvo uno de los demás argumentos de Merck de que la CNJ le denegó justicia descansan en las dos proposiciones precedentes, *i.e.*, no tenía ningún conocimiento de que la CNJ podría aplicar el Artículo 244(3) al caso para decidir los reclamos de Prophar sobre la base de la ley sobre la competencia desleal en lugar de las teorías de defensa de la competencia a las cuales Prophar había cambiado después de plantear su denuncia. Por lo tanto, Merck argumenta, la decisión de la CNJ “se basó” de manera inapropiada “en un fundamento jurídico que era totalmente diferente de la razón en la que se basan las cortes de apelaciones” y la privaron de la oportunidad de argumentar contra la responsabilidad civil o la autoridad de la CNJ decida el caso basado en la ley sobre la competencia desleal, o de presentar pruebas pertinentes para un reclamo de competencia desleal. Estos argumentos se tratarán en la Sección VI.(2)(d) más adelante, y como allí se demuestra, todos se basan en tergiversaciones de la conducta de Merck durante su litigio con Prophar y las reglas procesales aplicables al litigio y, por lo tanto, todos carecen de mérito.

⁴⁸⁶ Opinión Pericial de Juan Francisco Guerrero del Pozo, ¶ 17(a), (b), (c) y (d).

306. El argumento de Merck de que la aplicación del Artículo 244(3) constituyera una denegación de justicia es también infundado porque éste se contradice por las propias declaraciones de Merck durante los procedimientos sobre la acción extraordinaria de protección de Propfar en la Corte Constitucional. Allí, como parte de una oposición con múltiples escritos a la acción de Propfar, Merck argumentó que la *totalidad* de la decisión de la CNJ, incluida su determinación de responsabilidad civil por razones de competencia desleal y el otorgamiento de indemnización de daños a Propfar, se dictó de manera competente, “fundada”, y “razonada”. En apenas algunas palabras de Merck que reconocen la propiedad judicial y fundamentación legítima de la decisión:

La Corte de Casación, en su decisión *fundada*, proveyó en 47 páginas un análisis de sus razones para aceptar la acción de casación y determinar una cuantía de indemnización de US\$1’570.000....⁴⁸⁷

....

La decisión sobre la casación no viola los derechos de Propfar. Después de anular la decisión de la corte de apelaciones, la corte analizó las pruebas, resumió los conceptos jurídicos pertinentes y les explicó con la doctrina y relacionándolos con las normas a las cuales la demandante hizo referencia en su denuncia. Por lo tanto, Propfar no puede alegar que el enfoque de la Corte Nacional de Justicia no sea coherente con el fondo del proceso, incluidos los hechos analizados en la decisión, pues la solución del caso se explica en conformidad con los principios jurídicos que la demandante invocó en su denuncia. La decisión establece que estos principios están dentro del marco doctrinario de la competencia desleal y las reglas que, en opinión de los jueces, la conducta de MSD constituyó un acto cuasi ilegal de acuerdo con lo que se establece en los artículos 2214 y 2229 del Código Civil. La decisión en casación explica las diferencias entre la Ley de Defensa de la Competencia y la competencia desleal y relaciona estos dos conceptos separados con las pruebas y los hechos del caso⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 3 de abril del 2013), ¶ 99 (R-117) (énfasis agregado).

⁴⁸⁸ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 13 de septiembre del 2013), ¶ 9 (R-120) (énfasis agregado; se omite énfasis en el original).

307. En otras partes en sus escritos, Merck conduce a la Corte Constitucional a un análisis punto por punto del razonamiento jurídico de la decisión de la CNJ, e indica que se basó en principios jurídicos ecuatorianos reconocidos, v.g., que la CNJ “ratificó que el reclamo de Prophar se inscribió dentro del marco de la competencia desleal y que la competencia desleal está tipificada como un acto civil cuasidelito”⁴⁸⁹, el cual la CNJ aplicó para determinar la responsabilidad civil de Merck de compensar a Prophar por una práctica de desorganización de un competidor mediante una negativa a vender su planta a Prophar “dentro del marco doctrinario de la competencia desleal y los artículos 2214 y 2229 del Código Civil, por ilícito civil extracontractual”⁴⁹⁰. Incluso en otra exégesis sobre la propiedad de la manera en la cual la CNJ decidió las peticiones de casación de las partes, Merck argumentó que la CNJ aplicó una técnica de casación apropiada, de acuerdo a la cual ésta decidió primero si la Corte de Apelaciones había aplicado correctamente la ley a la causa de acción señalada en la denuncia de Prophar; determinó que la Corte de Apelaciones no había procedido así, y que, como una cuestión de derecho, el reclamo de Prophar se planteó por competencia desleal. Merck procede luego a explicar que la CNJ, actuando con propiedad como una corte de primera instancia, llevó a cabo una revisión *de novo* de la prueba de los procesos en las cortes inferiores para concluir que Merck había cometido un acto de competencia desleal por el cual era responsable de compensar a Prophar⁴⁹¹. Merck también incluye citas a la Corte Constitucional tomadas del discurso del Presidente ecuatoriano Rafael Correa pronunciado en el nombramiento de los nuevos jueces de la CNJ en enero del 2012 (incluidos los jueces que emitieron la decisión de la CNJ en cuestión en el presente caso), y luego comenta que la decisión de la CNJ “está en concordancia con” los principios de justicia y legitimidad judicial enunciados por el Presidente.

308. No existe ninguna crítica a la construcción o aplicación de la CNJ del Artículo 244(3) –

⁴⁸⁹ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 3 de abril del 2013), ¶¶ 174-185 (R-117).

⁴⁹⁰ *Id.*, ¶ 194 (R-117).

⁴⁹¹ *Id.*, ¶¶ 120-154 (R-117).

y prácticamente no se hace ninguna mención a ésta en absoluto⁴⁹² – en los escritos de Merck ante la Corte Constitucional. Desde luego, conocedor de que esos escritos podrían llegar a ojos de este Tribunal, Merck fue cuidadoso en ellos de señalar periódicamente que no está de acuerdo con el resultado de la decisión de la CNJ y que no había “ningún soporte o prueba para declarar la responsabilidad civil contra” ésta. Pero esas advertencias no socavan el hecho de que Merck crea que la decisión se basó en principios “bien fundados” de la ley ecuatoriana, que es un análisis y aplicación razonada de esos principios, y que la CNJ actuó de manera competente desde el punto de vista judicial al dictarla.

309. Como consecuencia de lo antes expuesto, no puede permitirse que Merck sostenga ante este Tribunal que la decisión de la CNJ fuera infundada, sin precedente, inventada o errónea con respecto a su construcción y aplicación del Artículo 244(3). Los argumentos de Merck acerca de esa disposición se urden para los fines de este arbitraje únicamente, y como se demuestra más adelante, lo mismo ocurre con sus reclamos de denegación de justicia que se basan en su aseveración de que ésta no había “recibido ningún aviso” de que la CNJ podría aplicar el Artículo 244(3) para determinar que Merck era responsable de competencia desleal.

310. En aras de la integridad únicamente, los párrafos siguientes tienen que ver con los argumentos de Merck con respecto a que la construcción y aplicación de la CNJ del Artículo 244(3) constituyera una denegación de justicia. Incluso si – a la luz de sus declaraciones en los procesos de Prophar en la Corte Constitucional – Merck podía mantener sus argumentos con respecto a la base legal de la decisión de la CNJ, esos argumentos fracasaron por completo. Al igual que con sus reclamos de denegación de justicia de que ésta no había “recibido ningún aviso” de que podría declararse que era responsable por razones de competencia desleal, el argumento de Merck de que la construcción y aplicación de la CNJ del propio Artículo 244(3) constituía una denegación de justicia es un artificio. Además, en la medida que la CNJ determinó que el Artículo 244(3) formó apropiadamente una base para su determinación de que

⁴⁹² Ver, v.g., *id.*, ¶ 184 (R-117).

Merck era responsable con respecto a Prophar por competencia desleal, esa determinación, sea correcta o no, fue tanto justificable así como también estuvo dentro del alcance de la autoridad judicial de la CNJ, al igual que fue la determinación de la CNJ de que los reclamos de Prophar no estaban regidos por la LPI.

(ii) La construcción y aplicación de la CNJ del Artículo 244(3) y su determinación de que la Ley sobre Propiedad Intelectual no era de aplicación a los reclamos de PROPHAR estuvieron dentro del “espectro de lo jurídicamente posible” y de la autoridad de la CNJ para interpretar y aplicar la ley ecuatoriana.

311. La aseveración de Merck de que la determinación de la CNJ de que ésta había incurrido en competencia desleal se basó “únicamente” en el Artículo 244(3), para “inventar” “una nueva teoría sobre responsabilidad civil”, es patentemente falsa. La decisión no basa la responsabilidad civil en las disposiciones del Artículo 244(3) de la Constitución de 1998, en forma aislada⁴⁹³, sino mas bien en los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil Ecuatoriano leídos en conjunto con el Artículo 244(3) de la Constitución de 1998. La corte no podía haber sido más explícita en que también determinó que Merck había cometido un acto de competencia desleal, y era por lo tanto responsable de compensar a Prophar, sobre la base de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil Ecuatoriano⁴⁹⁴, el cual se citó en la denuncia de Prophar – junto con el Artículo 244(3) y

⁴⁹³ Artículo 244(3) de la Constitución Política del Ecuador de 1998 dispone que: “Within the market-based socioeconomic system the State shall...3. Promote the development of competitive activities and markets. Foster free competition and penalize, in accordance with the law, monopolistic practices and others that impede and distort competition.” Constitución Política del Ecuador (1998), Art. 244(3) (CLM-183). [NT: transcripción de la versión original en español en la Constitución Ecuatoriana del 2008: “Dentro del sistema de economía social de mercado, al Estado le corresponderá: [...] 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”.]

⁴⁹⁴ El Artículo 2214 del Código Civil de Ecuador dice: “whoever has committed a civil offense or tort that has caused damage to another, is liable for compensation; without prejudice to such penalties as are imposed upon it by the law for the civil offense or tort.” [NT: Transcripción de la versión original en español: El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. En: <file:///Users/elba/Desktop/Código%20Civil%20del%20Ecuador%20%7C%20Abogados%20en%20el%20Ecuador.html>] El Artículo 2229, párrafo 1 establece: “1: “As a general rule all damage that might be attributed to malice

numerosas otras disposiciones de las leyes ecuatorianas – como la base jurídica para su demanda judicial contra Merck⁴⁹⁵. Como incluso la lectura más casual demuestra, la CNJ citó, sea de manera explícita o mediante referencia cruzada las dos disposiciones del Código Civil (junto con el Artículo 244(3)) en las tres cláusulas en las cuales sostuvo expresamente que Merck había cometido el ilícito extracontractual de competencia desleal y fijó la cuantía de la indemnización de la cual Prophar era responsable⁴⁹⁶. La corte también analizó la interpretación de los Artículos 2214 y 2229, y su aplicación a los reclamos de Prophar, en otras múltiples cláusulas de su decisión⁴⁹⁷.

312. Existe toda razón por la cual – salvo en dos citas truncadas tomadas de la decisión de la CNJ – el Memorial de la CNJ evita toda mención a que los Artículos 2214 y 2229 fueron una base para la decisión de la CNJ. Esas disposiciones, y las normas de las leyes ecuatorianas que se relacionan con aquellas, proveen bases firmemente establecidas, arraigadas para una determinación de responsabilidad civil por la conducta que constituye una competencia desleal. Al contrario de las aseveraciones de Merck y las conclusiones de sus peritos sobre denegación de justicia basadas en ellas, sean correctas o no, la decisión de la CNJ no representa “la súbita

or negligence by another person must be remedied by him...” [NT: Transcripción de la versión original en español: Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. *id.*] Código Civil de Ecuador (2005), Art. 2214, 2229)

⁴⁹⁵ Demanda de NIFA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (16 de diciembre del 2003), “Suit,” pág. 9 (C-10).

⁴⁹⁶ Ver Decisión de la CNJ, ¶ Décimo quinto (“...MERCK cometió sin duda alguna “*otras prácticas que impiden y distorsionan*” la competencia, como se explica en el párrafo 8.1 y otros, las cuales afectaron una negociación de naturaleza civil, que dio lugar a la ocurrencia de un ilícito extracontractual, de acuerdo con el Artículo 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998 vigente en esa época, y los Artículos 2214 y 2229, primer párrafo del Código Civil”); Decisión de la CNJ, Cláusula 16.14 (La Demandante “se dedicó a prácticas que impidieron o distorsionaron la competencia en detrimento de PROPHAR...como se indica especialmente en el punto 8.1 [en el cual la corte analizó el Artículo 244(3) de la Constitución] y las cláusulas catorce y quince [en las cuales la corte se basó en el Artículo 244(3) y los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil] de esta sentencia”); Decisión de la CNJ, pág. 46, Resolución B (“se ordena” a la Demandante “indemnice a PROPHAR...por daños y pérdidas de acuerdo con los Artículos 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998, y los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil...”). Decisión de la CNJ (C-203).

⁴⁹⁷ Ver, v.g., *id.*, Cláusula 2.2, 4.5, 7.1.1, 7.3, y Doce (C-203).

emergencia de una regla auténtica donde no existía ninguna”⁴⁹⁸ o de una “teoría recién acuñada de la responsabilidad civil”⁴⁹⁹. La naturaleza dañosa de los actos de la competencia desleal, y la responsabilidad civil por estos de acuerdo a los códigos civiles y la doctrina, son dispositivos de la ley que prevalecen en toda América Latina en general y en Ecuador en particular. Como explica Álvaro José Pólit García, perito en Competencia Desleal en Ecuador:

De acuerdo a la ley ecuatoriana, la conducta que constituye la competencia desleal es la conducta contraria a las prácticas y costumbres honestas en las transacciones comerciales o económicas; como tales, dichos actos causan daño a otra entidad que sea una competidora en un mercado específico. Los tipos de conducta que constituyen la competencia desleal constituirían actos ilegales en materia civil, según las disposiciones del Código Civil Ecuatoriano (vigente, artículos 2214 a 2230)⁵⁰⁰.

313. Incluso ya en 1997 – seis años antes de que Prophar interpusiera su demanda y 15 años antes de la decisión de la CNJ – la corte predecesora de la CNJ, la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, “articuló un sentido amplio de la competencia desleal, a la cual describió como un acto civil ilegal” de acuerdo a los Artículos 2214 y 2229⁵⁰¹. La corte observó allí que “[l]a prohibición contra la ‘competencia desleal’, un concepto amplio y genérico que cubre las variedades específicas de competencia injusta o prohibida, resuelto por la doctrina y la jurisprudencia, está enmarcado dentro de la responsabilidad civil o penal por ilícito extracontractual”⁵⁰². En aplicación de estos principios y de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil, la corte procedió a determinar que dos ex funcionarios de una compañía ecuatoriana eran responsables civilmente por actos de competencia desleal por inducir a los

⁴⁹⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 264 (*citatas directas e indirectas* J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en pág. 200).

⁴⁹⁹ *Id.*, ¶ 12.

⁵⁰⁰ Opinión Pericial de Álvaro José Pólit García, ¶ 7.

⁵⁰¹ *Id.*, ¶¶ 8-12 (*donde se analiza* Caso No. 437, publicado en el Registro Oficial #78 (3 de junio de 1997)).

⁵⁰² *Id.*, ¶ 9 (*citatas indirectas tomadas de* Caso No. 437, publicado en el Registro Oficial #78 (3 de junio de 1997)).

clientes a alejarse de la compañía para hacer negocio con una nueva compañía que ellos habían formado. La corte determinó que la “renuncia” de los ex funcionarios “de sus cargos en [la compañía] no exime, elimina o atenúa [sus] responsabilidades civiles, debido a su uso de todos los medios para desorganizar a la compañía y absorber a sus proveedores” dio como resultado daños a su ex empleador, “causado por su competencia ilegal, prohibida o desleal”⁵⁰³. Como el Dr. Álvaro José Pólit García explica:

[Este caso] reconoció la existencia de la competencia desleal como una práctica prohibida, bajo el *civil law*, y como una materia independiente de la propiedad intelectual o industrial y mucho más amplio que éstas. Determinó, de manera categórica, que los actos que afectan negativamente, o “desorganizan”, a un competidor podrían ser desleales y, por lo tanto, ilegales y punibles, bajo el *civil law*, cuando las acciones son incoherentes con la práctica y la costumbre comercial o constituyen de otra manera actos que “desorganizan” a un competidor. Esta conclusión es congruente con la teoría y el alcance de la competencia desleal concebida por la doctrina y la jurisprudencia en otros países⁵⁰⁴.

314. El Dr. Sergio Parraguez Ruiz, perito en derecho de responsabilidad civil extracontractual ecuatoriano, confirma que “la legislación sobre daños [al momento que surgió la diferencia entre Prophar y Merck]..., incluidos los artículos 2214 y 2229 del Código Civil, fueron – y aún son – una base suficiente para” responsabilidad civil por competencia desleal⁵⁰⁵. El Dr. Parraguez explica que la conducta como aquella en la cual se alega que Merck ha participado podría dar lugar a responsabilidad civil de acuerdo a los principios de responsabilidad civil precontractual que están bien establecidos en la ley ecuatoriana y son punibles como actos de competencia desleal de acuerdo a los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil⁵⁰⁶. También de acuerdo al Dr. Parraguez:

⁵⁰³ *Id.*, ¶ 10 (*citas indirectas tomadas de Caso No. 437, publicado en el Registro Oficial #78 (junio de 1997)*).

⁵⁰⁴ *Id.*, ¶ 12.

⁵⁰⁵ Opinión Pericial de Dr. Luis Sergio Parraguez Ruiz, ¶ 42.

⁵⁰⁶ *Id.*, ¶¶ 42, 45

Primero – Aunque no existe ningún estándar explícito en referencia a la responsabilidad civil precontractual, la doctrina de responsabilidad civil precontractual encaja en el marco jurídico ecuatoriano, no solo porque la doctrina y la jurisprudencia lo ha establecido, sino también porque esto se puede inferir claramente a partir del Artículo 144 del Código Mercantil.

Segundo – Un desistimiento injustificado de una oferta contractual, así como también la terminación de las negociaciones preliminares, constituyen formas de conducta ilícita que da lugar a responsabilidad precontractual, y debería sancionarse de acuerdo a la legislación sobre responsabilidad civil extracontractual, acelerada para la indemnización de daños causados a la víctima.

Tercero – Las prácticas que se identifican en general como “competencia desleal” se codifican y sancionan dentro de ese marco cuando éstas infringen los intereses generales de la sociedad, los cuales son el interés legal en cuestión en dichas situaciones; y quedan dentro del marco general de la responsabilidad extracontractual en el *common law*, basadas en el principio de *neminem ledere*, cuando el interés en cuestión es el resarcimiento de un individuo por daños⁵⁰⁷.

315. Las opiniones del Dr. Pólit y el Dr. Parraguez son compartidas por el Dr. Carlos A. Molina Sandoval, perito en el desarrollo y aplicación de la ley sobre la competencia, incluida la ley sobre competencia desleal, en toda América Latina. Como el Dr. Molina explica, “[l]a competencia desleal consiste en la conducta condenada universalmente por la mayoría de jurisdicciones a fin de impedir el uso de *medios que se consideran injustos* en el entorno competitivo”, y en Ecuador, los “artículos 2214 y 2229, del Código Civil también juegan un papel muy importante, pues contemplan considerar al competidor [a quien se dedica a la competencia desleal] responsable⁵⁰⁸. El Dr. Molina luego concluye que la responsabilidad civil en los términos del Código Civil Ecuatoriano, específicamente el Artículo 2214, establece una base para la responsabilidad civil por competencia desleal en Ecuador:

El sistema jurídico en Ecuador, antes de la promulgación en el 2011 de la

⁵⁰⁷ *Id.*, § VIII (Conclusiones).

⁵⁰⁸ Opinión Pericial de Dr. Carlos A. Molina Sandoval, §§ 3.1 (¶ 25), 5.3 (¶ 108) (énfasis en el original).

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado] se basó en el conjunto de leyes independientes que “prohibían” efectivamente los actos de competencia desleal, con un criterio jurídico que es muy similar al de los principales países de América Latina. La integración apropiada del marco jurídico ecuatoriano (junto con las normas jurídicas privadas y constitucionales) apoya el principio de la libre competencia que está protegida por la mayoría de sistemas jurídicos del mundo sobre competencia desleal. Además, en Ecuador (así como en Argentina), el régimen de responsabilidad civil se decide mediante normas generales en el código civil. Por ejemplo, los Artículos 2214, Código Civil Ecuatoriano (similar a 1109, Código Civil Argentino) establece los mismos principios y ha sido la base regulatoria para justificar la responsabilidad civil de todo aquél que actuare con dolo o negligencia que afecte la competencia⁵⁰⁹.

316. El sistema jurídico fuera de Ecuador y otros países de América Latina basan asimismo la responsabilidad civil por el ilícito extracontractual de competencia desleal en disposiciones en códigos como, por ejemplo, los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil Ecuatoriano, o en países que no se basan en códigos, en decisiones judiciales dictadas de acuerdo al *common law*. Por ejemplo, según el derecho francés, las acciones basadas en la competencia desleal (*la concurrence déloyale*) son actos ilícitos extracontractuales dentro del ámbito de la responsabilidad del *civil law* por ilícitos cometidos con respecto a otro. La responsabilidad civil y el resarcimiento de daños se basa [sic] en la disposición básica del Artículo 1382 del Código Civil Francés, el cual dispone – en un lenguaje casi idéntico al de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil de Ecuador – que “[t]odo acto de una persona por cuya culpa causare daño a otro hace responsable al primero de reparar por el daño ocurrido”. La ley francesa sobre competencia desleal incluye el mismo concepto que la CNJ identificó como conducta dañosa de Merck, *i.e.*, la “desorganización” de un competidor a través de actos que afectan de manera adversa el funcionamiento normal del competidor, incluidas sus capacidades de producción⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ *Id.*, § V, (¶ 118(iii) (Conclusiones)).

⁵¹⁰ *JurisClasseur*, Fasc. 132-10: Right to Damages - Unfair Competition or Parasitism - General Theory (última actualización: 15 de noviembre del 2013); *JurisClasseur*, Fasc. 132-20: Right to Damages - Unfair Competition - Practical Application: Denigration and Disorganization (última actualización: 15 de noviembre del 2013, Sección II - Disorganization (RLA-132)).

317. En los Estados Unidos, el ilícito extracontractual de competencia desleal desarrollado como una causa de acción en el *common law*, se basó en principios de equidad y cubre una amplia variedad de conductas perjudiciales con respecto a un competidor que transgrede las normas de la conducta comercial aceptable⁵¹¹. Aunque las prohibiciones a la competencia desleal en el *common law* se codificaron posteriormente en leyes escritas federales y estatales, el ilícito extracontractual de competencia desleal en el *civil law* continúa siendo una causa de acción distinta de acuerdo a las leyes de la mayoría de Estados de los Estados Unidos.

318. De lo anterior se hace evidente que los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil Ecuatoriano solos proveyeron una base para que la CNJ encontrara a Merck responsable por el ilícito extracontractual de competencia desleal contra Prophar, y por esa sola razón, no puede decirse que la decisión de la CNJ sea “judicialmente imposible” o una decisión que “ningún juez competente podía haber tomado en términos razonables”. Lo mismo ocurre con la elección de la CNJ de construir y aplicar estas disposiciones en conjunción con el Artículo 244(3) de la Constitución de 1998 como una base para la responsabilidad civil de Merck por competencia desleal y la obligación de compensar a Prophar, por tres razones independientes.

319. Primero, al citar el Artículo 244(3) como una base para su decisión no “inventó” “una teoría recién acuñada sobre la responsabilidad civil”, como Merck y sus peritos harían que este Tribunal crea. Como se demostró con anterioridad, la responsabilidad civil por actos de competencia desleal ya estaba bien establecida en la ley ecuatoriana, cuando el litigio *NIFA contra MSDIA* comenzó, incluso de acuerdo a los Artículos 2214 y 2229 y – bajo los hechos específicos de ese litigio – la doctrina sobre responsabilidad civil precontractual. Por lo tanto, como una cuestión empírica, la determinación de la CNJ de que el Artículo 244(3) también

⁵¹¹ Ver, v.g., *C.C. Boggs v. Duncan-Schell Furniture Co. and H. C. Duncan*, 163 Iowa 106 (1913) (donde se determinó que un propietario de un almacén de muebles era responsable por haber participado en competencia deshonesto por publicitar máquinas de coser en el mercado tradicional de la demandante a precios significativamente menores que aquellos que la demandante ofrecía) (RLA-4); *James Colles, Jr. v. The Trow City Directory Co., et al.*, 11 Hun. 397 (New York Supreme Court 1877) (donde se determina que un vendedor de guías telefónicas es responsable de competencia desleal por pagar a los acreedores de la demandante competidora para que enjuiciaran por deuda que la de demandante debía, con lo cual arruinó el crédito de la demandante y su posibilidad de imprimir sus guías telefónicas) (RLA-3).

proveyó una base para la responsabilidad civil por actos de competencia desleal no “inventó” nada.

320. Segundo, como ya se analizó en la Sección VI(B)(2)(b) anterior, le corresponde a la CNJ interpretar y aplicar la ley de Ecuador de manera evolutiva, y las críticas de Merck y sus peritos de que la interpretación y aplicación de la CNJ del Artículo 244(3) como “no reconocidas en la ley ecuatoriana”⁵¹² es irrelevante. Como ya se analizó, no es el papel de este Tribunal actuar como un tribunal de apelaciones para ratificar la determinación de la CNJ de que, como una cuestión de derecho, el Artículo 244(3) provee una base para la responsabilidad civil privada por competencia desleal⁵¹³.

321. Tercero, incluso si este Tribunal llegare a asumir su propio fallo de la propiedad judicial de que la CNJ recurriera al Artículo 244(3) como base para su decisión, esa base es “judicialmente posible” y es una decisión que un “juez competente podía haber tomado razonablemente”. Como el Dr. Juan Francisco Guerrero del Pozo, perito en Derecho Constitucional, explica, las autoridades en la ley sobre la competencia han concluido que la doctrina de la competencia está compuesta de dos ramas, *i.e.*, la libre competencia (*i.e.*, la defensa de la competencia) y la competencia desleal (que involucra relaciones entre los participantes en el mercado), ambas “constituyen un principio constitucional” que está sujeto a la protección legal y son parte de un “un derecho más general, el derecho a la libertad de empresa”⁵¹⁴. Con esos principios en mente, el Dr. Guerrero analiza el lenguaje del Artículo 244(3) de acuerdo a las reglas estándar tradicionales de interpretación consagradas en la ley ecuatoriana, y sobre esa base concluye que el lenguaje del propio Artículo y otras disposiciones de la Constitución de 1998 que aseguran “el derecho a la libertad de empresa” tienen la finalidad de proteger la competencia, no solo la “libre competencia”⁵¹⁵. Basado en un análisis de la

⁵¹² Memorial de la Demandante, ¶ 358; Informe Pericial de Dr. Manuel Fernández de Córdoba, ¶¶ 35-36.

⁵¹³ *Ver* Sección VI.(2)(b).

⁵¹⁴ Opinión Pericial de Dr. Juan Francisco Guerrero del Pozo, ¶¶ 49-53.

⁵¹⁵ *Id.*, ¶¶ 55-63.

primera disposición del capítulo de la Constitución de 1998 que incluye el Artículo 244(3), el Dr. Guerrero concluye que éste “no solo implica una serie de obligaciones directas del Estado como participante en [la] economía, sino también implícitamente, que todas las personas tienen prohibición de incurrir en toda clase de práctica que involucre violar estos principios o la restricción arbitraria de derechos u oportunidades de otros”⁵¹⁶. Sobre la base de ésta y otras conclusiones, el Dr. Guerrero concluye:

... El Artículo 244, numeral 3 de la Constitución de 1998 protege la libre competencia, incluida la libre competencia, así como también la proscripción de todas las prácticas desleales de toda clase, que vuelvan todas y cada una de las expresiones de competencia desleal de una parte privada un acto que sea contrario a la legalidad...

...Comparto la opinión provista por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en su fallo emitido el 21 de septiembre del 2012 en el sentido del Artículo 244, numeral 3 de la Constitución de 1998 que implica la antijuridicidad en las prácticas de competencia desleal...⁵¹⁷.

322. A la luz de lo anterior, no cabe duda alguna de que la construcción y aplicación de la CNJ del Artículo 244(2) a la decisión de los reclamos de Prophar fue “judicialmente posible”, competente y ajustada “al alcance intersticial de la legislación ejercida por las cortes” en otras jurisdicciones.

323. Solo se requiere una respuesta breve para prescindir de la restante determinación de la culpa de Merck con la decisión de la CNJ, *i.e.*, que la CNJ debió haber determinado que los reclamos de Prophar se rigieron por la LPI y que, por lo tanto, debieron haber procedido en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en lugar de las cortes civiles ordinarias.

324. Los principios antes analizados se aplican igualmente a este argumento, y en particular es así, porque la CNJ actuó dentro del alcance de su autoridad para determinar su propia jurisdicción para conocer de los reclamos de Prophar mediante la determinación de si éstos

⁵¹⁶ *Id.*, ¶ 66.

⁵¹⁷ *Id.*, ¶¶ 68, 73.

estaban sujetos a la LPI. En el presente caso, la CNJ determinó que la diferencia de las partes no concernía a derechos de propiedad intelectual, sino mas bien tenía que ver con la introducción tardía de Merck de una condición a la venta de su planta en el proceso de negociación y, por lo tanto, no estaban cubiertos por la LPI⁵¹⁸. Esa determinación no está abierta a debate por parte de este Tribunal.

325. Sin embargo, en todo caso, los precedentes de la entidad predecesora de la CNJ, la Corte Suprema de Justicia, corrobora que la determinación de la CNJ de que ésta tenía jurisdicción para decidir las apelaciones en casación ante ésta era correcta. El Dr. Pólit explica que, aunque la definición general de “competencia desleal” en la LPI exigía que las cortes ecuatorianas determinasen si, en conformidad con la LPI, las Cortes de lo Contencioso Administrativo tenían jurisdicción sobre todos los reclamos de competencia desleal o solo sobre aquellos relacionados con los derechos de propiedad intelectual, esa cuestión ya se había resuelto en una serie de decisiones de la Corte Suprema desde la promulgación de la LPI en 1998⁵¹⁹. Como explica el Dr. Álvaro José Pólit García, perito en la ley sobre la competencia:

Estos casos aclararon el significado y alcance de la Ley de Propiedad Intelectual con respecto a la competencia de los tribunales ecuatorianos para conocer de casos de competencia desleal. La [Corte Suprema de Justicia, la predecesora de la Corte Nacional de Justicia] confirmó la existencia del ilícito extracontractual de competencia desleal, tanto la conducta relacionada con la propiedad intelectual, así como la conducta que no está relacionada con la propiedad intelectual, y la corte dividió la jurisdicción, de manera que las Cortes de lo Contencioso Administrativo tuvieran jurisdicción sobre la primera, y las cortes ordinarias en materia civil tuvieran jurisdicción sobre la segunda.

326. Merck nunca ha reclamado que su diferencia con Prophar involucrara los derechos de propiedad intelectual; en cambio, ha argumentado que *todos* los reclamos por competencia desleal están cubiertos por la LPI y deben ser conocidos por las Cortes de lo Contencioso

⁵¹⁸ Decisión de la CNJ, ¶ Décimo quinto (C-203)

⁵¹⁹ Dictamen Pericial del Dictamen Pericial de Álvaro José Pólit García, ¶ 30.

Administrativo, y no por las cortes ordinarias de lo civil. Que Merck optara por centrarse en ese argumento, en lugar de argumentar que su conducta no constituyera competencia desleal, fue un asunto de estrategia de litigio. Como el tribunal sostuvo en *Bosh International, Inc. contra Ucrania*, una parte que “tomó una decisión consciente de no plantear defensas no jurisdiccionales” en las cortes nacionales está “obligada por [su] estrategia de litigio y sus consecuencias”, y “habiendo elegido proceder de esa manera ... no puede ... cuestionar el resultado”⁵²⁰. Los mismos principios se aplican a la impugnación de Merck de la determinación de la CNJ de que las cortes de lo civil (incluida la corte de lo civil de la CNJ que dictó la decisión en cuestión en el presente caso) tenía jurisdicción sobre los reclamos de Prophar.

c) Merck no ha alegado directamente y no ha probado sus insinuaciones indirectas de que la sentencia de la CNJ estuviera manchada por la corrupción o el sesgo.

327. Una subsección posterior de este Memorial de Contestación analizará el hecho de que Merck no ha presentado en absoluto ninguna prueba, de la naturaleza que fuere, de que los procedimientos en las cortes inferiores estuvieran manchados por la corrupción y que lo que Merck llama los “indicios de corrupción” no tengan ningún respaldo en absoluto en su intento de construir un caso circunstancial a tal efecto. Lo que es significativo en este caso es que Merck ni siquiera hace una alegación directa de que la decisión de la CNJ fuera el resultado de corrupción o sesgo. En realidad, no solo que Merck se abstiene de formular alegaciones expresas de corrupción o sesgo por parte de los jueces que tomaron parte en esa decisión, sino que también defiende con energía su integridad en sus escritos ante la Corte Constitucional en conexión con la acción extraordinaria de protección de Prophar. Desde luego, Merck difícilmente podía hacer tal acusación a la luz del hecho de que la decisión de la CNJ representa una victoria significativa para Merck⁵²¹.

⁵²⁰ *Bosh International, Inc. and B & P Ltd Foreign Investment Enterprise contra Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/11, Laudo (25 de octubre del 2012) (Griffith, Sands, McRae), ¶ 284 (RLA-117).

⁵²¹ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 13 de septiembre del 2013), ¶ 10 (R-120).

328. Estos hechos por sí solos deberían eliminar por completo toda duda de que Merck sufriera una denegación de justicia. No obstante, Merck intenta impugnar la integridad del proceso en la CNJ y, por ende, la decisión de la CNJ, de dos maneras. Primero, Merck acusa que la programación inicial del caso para audiencia por los jueces remanentes de la antigua corte “aparentemente” con miras a agilizarla “para permitirles que pronunciasen una decisión antes de su partida”⁵²², lo cual “podría haber sido el resultado” de, o “probablemente” o “aparentemente” involucrara, la corrupción. Segundo, Merck intenta suscitar sospechas generales de corrupción en el sistema judicial de Ecuador, cuando implica que ninguna decisión emana de ese sistema. Presumiblemente una sentencia que incluya la decisión de la CNJ, pueda ser nada más que el resultado de la corrupción, lo que exime a Merck de la responsabilidad de tener que presentar pruebas reales. Pero ninguno de estos argumentos resiste el escrutinio.

(i) Merck no logra demostrar que la programación inicial de la Corte del caso para audiencia se hiciera con fines corruptos.

329. Merck no logra demostrar que la programación inicial de la Corte del caso para audiencia se hiciera con fines corruptos.

330. La acusación de Merck de que la programación inicial de la Corte del caso para audiencia se hiciera con fines corruptos no solo es infundada, se basa en una manifiesta distorsión del expediente. Primero, desde luego, está el hecho de que los jueces que quedaron a cargo del caso antes de enero del 2012 no emitieron de hecho una decisión en el caso, aunque tuvieron tiempo para hacerlo. Merck dice meramente que no tiene ninguna explicación para este hecho⁵²³, con lo cual evita por completo la explicación más obvia, que ellos no tenían dicho propósito en mente.

331. Pero, para comenzar, esta respuesta obvia es corroborada en realidad por el proceso que condujo a programar las decisiones. La historia de Merck implica que los jueces programaron la

⁵²² Memorial de la Demandante, ¶ 129.

⁵²³ *Id.*, ¶ 133.

audiencia *in proprio motu*. Pero esta historia es en extremo engañosa. Lo que Merck omite decirle a este Tribunal es que la corte fijó la fecha inicial en respuesta a una solicitud de audiencia ¡presentada por la propia Merck! Además, lo hizo a sabiendas de que, de acuerdo con la práctica, no habría sido extraño en absoluto que la audiencia se programara para que tuviese lugar dentro de dos o tres semanas de su solicitud, incluso si un lunes fuera el único día disponible para hacerlo⁵²⁴.

332. Las peticiones de casación de Merck y Prophar fueron admitidas formalmente por la CNJ el 11 de noviembre del 2011, con lo que Merck describe como velocidad “sin precedentes”, lo que supuestamente la indujo a concluir que la programación de la admisión “podría haber sido el resultado de actos corruptos” por parte de los jueces de la CNJ quienes, la Demandante sabía, dejarían el cargo a finales de enero del 2012⁵²⁵. No obstante, el 18 de noviembre del 2011, casi inmediatamente después de que ésta supuestamente había concluido que esos jueces “podrían ser corruptos”, escribió a la CNJ solicitándole que esos mismos jueces, muy cerca de partir “programasen una fecha y hora” para una audiencia oral ante ellos⁵²⁶. En respuesta a la solicitud de la Demandante, la CNJ programó la audiencia oral para el 12 de diciembre del 2011⁵²⁷.

333. Merck omite mencionar en su Memorial que la programación de la CNJ de una audiencia oral “precisamente dieciocho días después de haber admitido” el caso fue en respuesta directa a su propia solicitud de una audiencia⁵²⁸. La pregunta es *por qué* omitió un hecho tan obviamente pertinente. La respuesta a esa pregunta debe ser que ésta conocía que los hechos contradecían la historia engañosa que deseaba contar a este Tribunal.

334. Los esfuerzos de la Demandante por librarse de la reprogramación de la CNJ de la

⁵²⁴ Opinión Pericial de Javier Aguirre Valdez, fn. 9.

⁵²⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 128.

⁵²⁶ Escrito de MSDIA ante la Corte Constitucional (Recibido por la Corte el 11 de noviembre del 2011) (R-115).

⁵²⁷ Orden de la Corte Nacional de Justicia *NIFA contra MSDIA* (29 de noviembre del 2011) (C-55).

⁵²⁸ *Ver* Memorial, ¶¶ 129-130.

audiencia oral en el caso para el 26 de diciembre del 2011 es asimismo engañosa. Esa fecha se fijó en respuesta a la carta de Merck en la cual decía que ésta no podía estar lista para una audiencia oral hacia el 12 de diciembre del 2011⁵²⁹. En otras palabras, Merck intenta caracterizar la aprobación de la Corte de su propia solicitud como una decisión corrupta, lo cual es absurdo. Además, si bien Merck caracteriza como “extraordinario” que la Corte escogiera una fecha dos semanas más tarde, el 26 de diciembre, como la fecha reprogramada, Merck no había solicitado un período de demora más prolongado (por ejemplo, una fecha después que los nuevos jueces de la CNJ asumieran el cargo) y tuviera que esperar que, una vez más de acuerdo con la práctica, la fecha reprogramada cayera en una fecha temprana que no se había reservado ya para los asuntos de la Corte⁵³⁰. Desde luego no es de extrañarse que el día después de Navidad podría ser un día en que no hubiera ningún asunto programado que requiriera atención. Tampoco es relevante en absoluto que la fecha fuera un día que “volviera imposible que los representantes corporativos de MSDIA asistieran”⁵³¹. Merck no alega que solicitó una fecha en la cual ellos pudieran asistir. Merck tampoco cita alguna autoridad a favor de la proposición de que una compañía extranjera tenga derecho a fechas para audiencia en un día que sus gerentes extranjeros pudieran asistir, en especial puesto que, presumiblemente, los gerentes locales de Merck podían asistir.

335. De hecho, no existe nada en el expediente que sugiera que Merck se quejara acerca de la fecha reprogramada por alguna razón o que intentara posponer la audiencia hasta después de enero del 2012, cuando los jueces “aparentemente” corruptos ya no estarían en funciones y, por lo tanto, no estarían a cargo de decidir las apelaciones en casación de la Demandante y Prophar. En realidad, el expediente de los procedimientos de la CNJ demuestra que Merck no respondió en absoluto a la notificación de la CNJ sobre la nueva fecha.

⁵²⁹ Petición de MSDIA ante la CNJ en *NIFA contra MSDIA* (7 de diciembre del 2011) (C-56); Providencia de la Corte Nacional de Justicia *NIFA contra MSDIA* (8 de diciembre del 2011) (C-57).

⁵³⁰ Opinión Pericial de Javier Aguirre Valdez, fn 9.

⁵³¹ Memorial de la Demandante, ¶ 132.

336. Por último, es importante advertir que la programación “sorprendente” de la audiencia no perjudicó el derecho de Merck a presentar su caso en absoluto. Como la Demandante admite, su abogado de la defensa *sí* asistió y presentó el alegato oral ante la corte⁵³².

337. En síntesis, Merck no ha logrado demostrar alguna irregularidad, de la naturaleza que fuere, en conexión con la programación de las cortes de las audiencias de casación.

(ii) El ataque de la Demandante al sistema judicial de Ecuador como un todo es poco confiable y engañoso.

338. Los intentos de la Demandante de basar su insinuación de corrupción y otra impropiedad en el litigio *NIFA contra MSDIA* en la sospecha general de corrupción en el sistema judicial de Ecuador también fracasan. Merck se basa en informes preparados por organizaciones no gubernamentales que dan a Ecuador una calificación baja en *percepciones* de corrupción y desempeño judicial. También invoca informes preparados por el Departamento de Estado de los EUA, así como también declaraciones de funcionarios ecuatorianos reportados en la prensa y que la Demandante cita fuera de contexto, todo en un esfuerzo por demostrar que se mira ampliamente al sistema de justicia de Ecuador como un sistema “corrupto, ineficiente y carente de independencia y del debido proceso”⁵³³. Todos los intentos de la Demandante de desacreditar al sistema judicial de Ecuador fracasan y no pueden sustituir en ningún caso la ausencia de prueba con respecto al caso específico en cuestión.

339. La Demandante tiene una pesada carga de la prueba al respecto, y ésta no ha logrado en absoluto satisfacerla. En cambio, la Demandante espera que este Tribunal infiera que la decisión de la CNJ estuvo manchada por la corrupción al incorporar como pruebas informes basados únicamente en percepciones generales acerca de las cortes ecuatorianas y tergiversaciones de las declaraciones de funcionarios ecuatorianos incluidas en reportes de prensa de fuentes de segunda mano. Pero, como afirma el Juez Higgins en el caso *Oil Platforms*, “cuanto más grave es la

⁵³² Declaración Testimonial de Alejandro Ponce Martínez, ¶ 60.

⁵³³ Memorial de la Demandante, ¶ 161.

acusación, más confianza debe de existir sobre la prueba en que se fundamenta⁵³⁴. Según se demostrará a continuación, la prueba de la Demandante no solo es poco confiable, mas tampoco es pertinente, pues la Demandante no explica cómo tienen los hallazgos de estos informes, o declaraciones extraídas de la prensa, efecto directo o indirecto alguno en el caso subyacente de este arbitraje. A causa de estas mismas razones, los tribunals arbitrales se han negado a considerar las argumentaciones generales de corrupción estatal y mala conducta⁵³⁵.

(a) Los informes de las organizaciones no gubernamentales que la Demandante cita son poco fiables ya que se basan únicamente en las percepciones generalizadas.

340. La Demandante cita la Regla del *World Justice Project* (WJP) del Índice de Estado de Derecho 2012-2013, en el que la justicia civil del Ecuador ocupa el puesto número 85 de 97 países⁵³⁶. Una evaluación de la metodología de este informe revela que sus resultados no son concluyentes, y de acuerdo a los propios autores, no proporciona un diagnóstico completo de los países evaluados⁵³⁷.

341. Las puntuaciones del Índice de Estado de Derecho se construyen a partir de dos fuentes de datos: 1) una encuesta de población general (GPP, por sus siglas en inglés), y 2) los

⁵³⁴ *Caso relativo a las Plataformas petrolíferas (República Islámica del Irán contra los Estados Unidos de América)*, Sentencia (6 de noviembre 2003), ICJ Reports 2003, pág. 161, Voto Razonado del Juez Higgins, pág. 225, pág. 234 (¶ 33) (RLA- 58).

⁵³⁵ Jan Oostergetel y Teodora Laurentius, ¶ 296 (CLM- 146), *ver también Vanessa Ventures Ltd.*, ¶ 228 (las acusaciones de falta de independencia e imparcialidad “deben ser debidamente demostradas, y la prueba debe, al menos habitualmente, relacionarse a los casos específicos en los que se alega la incorrección que se ha producido. Las inferencias de una falta de independencia e imparcialidad grave y endémica del poder judicial, elaborado a partir de una evaluación de otros casos o evidencia anecdótica o circunstancial, no serán suficientes normalmente para probar una acusación de incorrección en un caso particular.”) (RLA- 118).

⁵³⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 162.

⁵³⁷ J. Botero & A. Ponce, *Measuring the Rule of Law*, World Justice Project (2011), pág. 26 (RLA-102) (*disponible en*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1966257).

cuestionarios de encuestados cualificados (QRQ)⁵³⁸. El GPP se compone principalmente de preguntas basadas en la percepción dirigidas a laicos⁵³⁹, y las percepciones se refieren a cuestiones de corrupción y tratos del entrevistado con el gobierno, la policía, o las cortes⁵⁴⁰.

342. Casi todas las preguntas sobre el poder judicial piden la opinión de los encuestados, y por lo tanto, producen respuestas subjetivas. Por ejemplo, la pregunta 8 del GPP afirma: "En su opinión, la mayoría de los jueces deciden los casos de acuerdo a: Lo que el Gobierno les dice que hacer, Lo que poderosos intereses privados les dice que hacer, Lo qué dice la ley; [no sabe]; [no contesta]"⁵⁴¹, Dejando de lado el hecho de que es poco probable que los laicos sepan "lo que dice la ley" y, por lo tanto, es poco probable que den respuestas informadas; las preguntas implican necesariamente la evaluación subjetiva de los temas.

343. La Pregunta 18 del GPP subraya aún más la falta de confianza que sus conclusiones inculcan. Esa pregunta dice: "La corrupción existe en todos los países y sociedades en una forma u otra. ¿Cuántas de las siguientes personas en [PAÍS] *piensa usted* están involucradas en prácticas de corrupción?", y proporciona opciones de "funcionarios que trabajan en el gobierno nacional; Funcionarios que trabajan en el gobierno local; miembros del parlamento / congreso; jueces y magistrados; La policía"⁵⁴². Debido a que esta cuestión requiere una evaluación subjetiva de un tema que, por su naturaleza, es difícil de probar, cualquier respuesta proporcionada por los encuestados estará sujeta a especulación y rumor.

344. El segundo elemento de la Regla de las puntuaciones del índice de Estado de Derecho, la QRQ, también se basa en la opinión, en este caso la de "expertos locales"⁵⁴³. En el caso de

⁵³⁸ *Íd.*

⁵³⁹ *Íd.*

⁵⁴⁰ *Íd.*

⁵⁴¹ *Ver*, El Proyecto de Justicia Mundial: Población General - Sondeo de opinión (2012), la pregunta 8 (RLA-108) (el subrayado es nuestro) (disponible en: <http://worldjusticeproject.org/questionnaires>).

⁵⁴² *Íd.* (el subrayado es nuestro).

⁵⁴³ J. Botero & A. Ponce, *Measuring the Rule of Law*, World Justice Project (2011) (RLA-102) (disponible en:

Ecuador, ” se buscaron las opiniones de 20 á 25 "expertos”, a través de entrevistas⁵⁴⁴. Más allá de la cuestión de si las respuestas de ese número de "expertos” son representativas de algo sobre el poder judicial ecuatoriano, la propia evaluación de la WJP de su Índice de Estado de Derecho cuestiona su fiabilidad. Durante el lanzamiento oficial del Índice 2012-2013, el CEO de WJP les preguntó a los autores del informe respecto a la fortaleza de su metodología y los resultados; uno minimizó el proyecto manifestando que consistía simplemente de ”el comienzo de un esfuerzo para tratar de mantener y producir datos confiables...”⁵⁴⁵ Por lo tanto, la Regla del Índice de Estado de Derecho WPJ no puede servir como prueba que el sistema de justicia de Ecuador es corrupto o falta de debido proceso.

345. La Demandante invoca también el Informe de Competitividad Global del Foro Económico Mundial para cuestionar la honestidad, la eficiencia, y la independencia de las cortes⁵⁴⁶ de Ecuador. Al igual que con los otros informes citados por la Demandante en su Memorial, sus resultados no son confiables y, en particular, en este caso, son irrelevantes. Los tres indicadores que cita la Demandante - la independencia judicial⁵⁴⁷, la eficiencia del marco jurídico en la solución de conflictos⁵⁴⁸, y corrupción⁵⁴⁹ - se derivan de la "Encuesta de Opinión Ejecutiva"⁵⁵⁰, que a su vez consiste de una lista de preguntas enviadas a los líderes de negocios

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1966257).

⁵⁴⁴ Ver, List of Ecuadorian Experts Who Answered the Qualified Respondent’s Questionnaire (QRQ), [Lista de expertos ecuatorianos que contestaron el Cuestionario Calificado de la Demandada (QRQ), World Justice Project (sin fecha) (RLA- 127) (disponible en: <http://worldjusticeproject.org/contributing-experts/country>).

⁵⁴⁵ Ver, Índice de Estado de Derecho 2012-2013, Video de Lanzamiento, World Justice Project (sin fecha), en 1h36 mins (RLA-128) (disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=BFu4dseulqE>) (énfasis agregado).

⁵⁴⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 163.

⁵⁴⁷ Ver, Informe Global de Competitividad 2012-2013 del Foro Económico Mundial (2012), en pág. 393 (RLA- 109) (disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf)

⁵⁴⁸ Ver, *id.*, pág. 397 (RLA - 109).

⁵⁴⁹ Ver, *id.*, pág. 392 (RLA - 109).

⁵⁵⁰ Ver, *id.*, pág. 77 ("La Encuesta de Opinión Ejecutiva sigue siendo la mayor encuesta de este tipo, recogiendo, este año, la visión de más de 14.000 ejecutivos en su ambiente operativo del negocio".) (RLA- 109).

en cada país. La “Encuesta de Opinión Ejecutiva” pretende captar la visión de un selecto grupo de ejecutivos en su ambiente operativo del negocio, en el caso de Ecuador, 134 tales ejecutivos⁵⁵¹. No hay indicios de si alguno de los ejecutivos encuestados tienen alguna experiencia o conocimiento de los asuntos sobre los que se cuestionaban⁵⁵², y, por lo tanto, sus "opiniones" no pueden ser consideradas "prueba" del estado general del sistema de justicia del Ecuador.

346. La Demandante se fundamenta también en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional 2012 (CPI)⁵⁵³, pero no ofrece ninguna explicación de la metodología o la confiabilidad de ese informe, por obvias razones. El CPI es *sólo una compilación* de una encuesta de otras encuestas que pretende capturar “las percepciones del grado de corrupción en el sector público, desde la perspectiva de personas de negocios y expertos del país”⁵⁵⁴. Además de la falta de fiabilidad de la CPI como un simple reenvase de las percepciones, los comentaristas han cuestionado si el CPI tiene valor algún. Por ejemplo, en un artículo de *Foreign Policy* titulado “*Corrupting Measures*,” Alex Cobham, un miembro del Centro para el Desarrollo Mundial, sugiere que el CPI es inútil porque, en lugar de proporcionar evidencia de corrupción real, transmite un “poderoso y engañoso sesgo élite” que distorsiona las percepciones sobre los temas abordados en él⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Ver, *id.*, pág. 72 (RLA- 109).

⁵⁵² Con respecto a la independencia del poder judicial, por ejemplo, se preguntó a los ejecutivos: “¿Hasta qué punto es el poder judicial en su país independiente de las influencias de los miembros del gobierno, ciudadanos o empresas?” Los encuestados responden en una escala de 1 (muy influenciado) a 7 (totalmente independiente). *Íd.*, pág. 393.

⁵⁵³ Memorial de la Demandante, ¶ 164.

⁵⁵⁴ *Índice de Percepción de la Corrupción 2012: Preguntas frecuentes*, Transparencia Internacional, pág. 2 (RLA- 110) (disponible en: http://www.transparency.org/cpi2012/in_detail#myAnchor1).

⁵⁵⁵ C. Provost, “Is Transparency International’s measure of corruption still valid?,” *The Guardian* (3 de diciembre de 2003) (RLA-59) (disponible en: <http://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/dec/03/transparency-international-measure-corruption-valid>).

347. Por último, la Demandante cita una declaración desfavorable sobre el sistema judicial de Ecuador del Informe Mundial 2013 de Human Rights Watch (HRW), lo que sugiere - sin hacer referencia a pruebas de soporte - que “[l]a corrupción, la ineficiencia y la influencia política han plagado al sistema judicial de Ecuador por años”⁵⁵⁶. Una vez más, la Demandante no explica la metodología empleada por HRW, ni mucho menos si existe alguna metodología en absoluto. Al igual que con todos los informes en que se fundamenta, la Demandante no explica cómo las generalizaciones sobre el sistema judicial de Ecuador se refieren a la denegación de la reivindicación de justicia en este arbitraje.

(b) La dependencia de la Demandante en informes del Departamento de Estado de EE.UU. está fuera de lugar y es selectiva.

348. La dependencia de la Demandante en las críticas generalizadas del sistema de justicia de Ecuador expresadas en ciertos informes del Departamento de Estado de EE.UU. es problemática por varias razones. Los casos en los que el Departamento de Estado se apoya para caracterizar el sistema judicial de Ecuador como carente de independencia se refieren a casos penales o casos en los que el Estado es un Estado parte en el procedimiento⁵⁵⁷, ninguno de los cuales siquiera se parece al tipo de controversia que dio origen a este arbitraje. Además, la Demandante no menciona que el mismo informe declara, en su sección titulada “*Civil Judicial Procedures and Remedies*” [Procedimientos y recursos judiciales civiles] “que los tribunales civiles y administrativos “generalmente [se] consideran independientes e imparciales”⁵⁵⁸. En otras palabras, en lugar de demostrar la corrupción, el informe valida la falta ordinaria de corrupción de los tribunales civiles, como la CNJ.

⁵⁵⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 165.

⁵⁵⁷ Departamento de Estado de EE.UU., Country Report on Human Rights Practices: Ecuador (2012), [Informe de Países sobre Prácticas de Derechos Humanos: Ecuador (2012)], en 9 (C -214).

⁵⁵⁸ Departamento de Estado de EE.UU., Country Report on Human Rights Practices: Ecuador (2012) [Informe de Países sobre Prácticas de Derechos Humanos: Ecuador (2012)], en 10 (C-214).

349. Además del Informe de País de Derechos Humanos del año 2012, la Demandante también cita la Declaración del Clima de Inversión del Departamento de Estado. Este informe no tiene valor probatorio, ya que consiste en generalizaciones sin fundamento sobre el clima de inversión en Ecuador.

350. Por último, es de conocimiento común que los informes nacionales preparados por el Departamento de Estado de los EE.UU. contienen declaraciones muy similares año tras año, lo que sugiere que no son muy sensibles o reflejo de las mejoras o reformas. Por otra parte, los informes del Departamento de Estado de los EE.UU. reflejan, naturalmente, las opiniones del Gobierno de EE.UU., cuyas relaciones con Ecuador en general se perciben como tensas. Así pues, ni el informe del país ni la Declaración del Clima de Inversión pueden considerarse como prueba real de corrupción sistémica.

(c) En lugar de desacreditar a los tribunales de Ecuador, los artículos de prensa citados por la Demandante reflejan las fortalezas de los pesos y contrapesos del poder judicial y las medidas adoptadas por el Gobierno para mejorar el sistema.

351. La Demandante también intenta explotar recortes de prensa⁵⁵⁹ con el fin de pintar una imagen distorsionada de las reformas judiciales en Ecuador que, en realidad, han sido ampliamente aplaudidas por organizaciones internacionales y la Demandante misma⁵⁶⁰. Mientras que las acusaciones de corrupción contenidas en los informes de prensa no son triviales, la Demandante no tiene en cuenta el hecho obvio de que emerge de estos informes de la prensa: que Ecuador ha tomado medidas eficaces para hacer que su sistema judicial sea más transparente y eficiente mediante la sanción de los jueces por corrupción y deshonestidad.

⁵⁵⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 169.

⁵⁶⁰ Ver la Notificación de Diferencia (8 de junio 2009), pág. 1 ("aplaudiendo" el profundo compromiso de hacer frente a los problemas de la corrupción judicial del presidente Correa").

352. La Demandante cita una declaración de un ex presidente de la Corte Suprema, el Juez Mera, quien presuntamente, declaró después de la formación de la Asamblea Constituyente en el año 2007 que "la realidad judicial y constitucional en nuestro país es una realidad parcial, no estamos viviendo plenamente en un estado de derecho"⁵⁶¹. Sin embargo, la Demandante tergiversa groseramente esta declaración. El blanco de las críticas del Juez Mera no fue la corrupción en el poder judicial, sino más bien una decisión de la Asamblea Constituyente para limitar los salarios del sector público (afectando así los salarios de los 31 jueces de la Corte Suprema). Al mismo tiempo, se informa que han "reconocido la autoridad plena de la Asamblea Constituyente, ya que se les concedió esta autoridad por los votantes, y señaló que se trata de una cuestión de derecho"⁵⁶².

353. La Demandante tergiversa de manera similar la declaración del año 2009 de parte de la Presidenta de la Comisión Civil y Penal de la Asamblea Nacional del Ecuador⁵⁶³. La declaración de la Sra. Romo que "el sistema de justicia de [Ecuador] ha colapsado por completo" se hizo en el contexto de la discusión sobre el papel de las otras instituciones de la administración de justicia. Hizo hincapié en que "[p]ara administrar justicia, necesitamos que la Fiscalía, Procuraduría, Defensoría del Pueblo y un sistema judicial coherente y ordenado todos trabajen juntos... un sistema de justicia donde hay un gran desequilibrio entre estas partes no es de ninguna utilidad para el país"⁵⁶⁴. Esta observación no sugiere una falta de integridad de los jueces de Ecuador y no tiene relevancia alguna para el caso subyacente de la Demandante. En particular, la Sra. Romo comentó también con aprobación de la nueva Constitución del Ecuador, señalando que "con la promulgación de las nuevas normas, la función judicial no sufre ninguna reducción en su función ni sus responsabilidades fueron relegadas a un segundo plano", y que

⁵⁶¹ Memorial de la Demandante, ¶ 173.

⁵⁶² "Gómez Mera: 'The Country Is Not Living Under the Rule of Law,'" *El Universo* (1 de febrero de 2008) (C-81) (el subrayado es nuestro).

⁵⁶³ Memorial de la Demandante, ¶ 172.

⁵⁶⁴ "Justice at a Standstill," *La Hora* (16 de abril de 2009), en pág. 1 (C-91).

“en el nuevo modelo hay una separación clara, donde el Poder Judicial es autónomo con respecto a las demás funciones del Estado y los jueces de estas entidades”⁵⁶⁵.

354. Por último, la dependencia de la Demandante sobre la aparente evaluación del Presidente Correa de la Judicatura del Ecuador como “corrupto”, “cayéndose en pedazos” y una “barbaridad”⁵⁶⁶, no tiene ninguna relación con las alegaciones de la Demandante de malos tratos en los tribunales ecuatorianos. La declaración del presidente Correa, de 25 de enero de 2011⁵⁶⁷, en la que fue crítico de la justicia ecuatoriana, se realizó en el contexto de la búsqueda de apoyo público para un referéndum que pretendía reformar el Poder Judicial ecuatoriano. Identificó los problemas del Poder Judicial en sus esfuerzos para obtener el apoyo público para estas reformas. Claramente, esto era una declaración política.

355. Por otra parte, la declaración del Presidente Correa, manifestada el 23 de febrero de 2011, relativa a la “barbarie que es nuestro sistema judicial”⁵⁶⁸ se hizo para enfatizar los enormes retos a los que se enfrentaban el Ecuador en su esfuerzo por completar las reformas judiciales en una manera eficiente. La Demandante también cita la declaración del Presidente Correa, por la que declaró la emergencia judicial en Ecuador”, apenas unas semanas antes de que el tribunal de apelación emitiera la decisión en el proceso NIFA”, como insiste la Demandante en tono dramático⁵⁶⁹. Este es otro ejemplo de las libertades de la Demandante con la prueba. El presidente Correa declaró el estado de emergencia judicial actuando por recomendación del Presidente del Consejo de la Judicatura para el periodo de Transición, no por problemas de

⁵⁶⁵ *Id.*

⁵⁶⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 172.

⁵⁶⁷ “Correa Reiterates That He Will Lay Hands on the Court and His Campaign for Yes,” El Universo (26 de enero 2011) (C -100).

⁵⁶⁸ “Correa Anticipates That He Will Not Be Able to Completely Change Justice,” El Universo (11 de febrero 2011) (“Tener 18 meses un consejo tripartito para reestructurar esa barbaridad que es el sistema de justicia es un desafío enorme”) (C -101).

⁵⁶⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 172.

corrupción, pero debido a deficiencias administrativas⁵⁷⁰. Las principales razones de la declaración del presidente Correa fueron el no haber tenido en cuenta los avances tecnológicos que podrían facilitar la administración de justicia, la falta de coordinación entre los diversos organismos e instituciones involucradas en la administración de justicia y, más importante, los retrasos en la resolución de los casos. Estas razones no tienen nada que ver con las irregularidades de procedimiento alegadas por el Demandante en su caso subyacente. En efecto, la Demandante parece discrepar con la oportuna resolución de su caso, en lugar de su retraso⁵⁷¹.

(d) Los tribunales de arbitraje de inversión han rechazado el tipo de "pruebas" generalizadas de la corrupción y la falta de independencia del poder judicial en la que se fundamenta la Demandante.

356. La Demandante no ha presentado ningún elemento probatorio o relevante que el litigio *NIFA c. MSDIA* se vio empañado por mala conducta judicial. En lugar de ello, como se discutió anteriormente, se basa únicamente en percepciones generalizadas de corrupción en el poder judicial y caracterizaciones erróneas de las declaraciones de funcionarios ecuatorianos del Ecuador, ninguna de las cuales tiene nada que ver con acusaciones e insinuaciones de la Demandante relativas a la corrupción en el litigio *NIFA c. MSDIA*.

⁵⁷⁰ Decreto Ejecutivo N ° 872 (05 de septiembre 2011), en pág. 4 ("[el Poder Judicial] (i) no dispone de sistemas de información adecuados que permitan que se genere información confiable para la planificación estratégica institucional, ii) los procesos de modernización no se han mantenido, por lo que no se han alcanzado los resultados esperados, y iii) las estructuras orgánicas funcionales no están en consonancia con los requisitos de la Función Judicial de los ciudadanos; iv) los procedimientos judiciales no han tomado en cuenta el desarrollo tecnológico y no han mejorado las etapas y fases del mismo, lo que ha conspirado con la falta de oportunidades en la administración de justicia; v) la incorporación de la tecnología en los procesos judiciales e institucionales es de vital importancia para erradicar la acumulación de casos, así como la falta de acción de los órganos administrativos que han conspirado contra el derecho de los ciudadanos a la eficiente y administración oportuna de la justicia; vi) no existe una coordinación adecuada entre las distintas instituciones del Poder Judicial y entre ésta con los organismos que participan en el sistema de justicia y la seguridad ciudadana; vii) el aumento anual de casos que debe ser escuchados y atendidos por el Poder Judicial en el año 2008 fue superior al cuarenta por ciento (40 %) con respecto al año 2002; viii) la disminución de la resolución de las reclamaciones en el mejor de los casos sólo fue el setenta por ciento (70 %) de las resoluciones previstos en el último año que se cumplen; ix) todas las condiciones indicadas anteriormente han dado lugar a la obstrucción de aproximadamente un millón doscientos quince mil casos que deben ser escuchados".) (C -48).

⁵⁷¹ Memorial de la Demandante, ¶¶ 127-134.

357. Frente a pruebas similares, los tribunales de arbitraje de inversión han rechazado como relevantes para satisfacer la carga pesada de la prueba de un demandante de probar las acusaciones de corrupción judicial y otra corrupción. El hallazgo del tribunal en ese sentido en *Oostergetel c. La República Eslovaca* es instructivo. Allí, la demandante pretendió sostener las reclamaciones de denegación de justicia en base, en parte, a las denuncias de corrupción en los procesos de quiebra subyacentes, apoyándose solamente por declaraciones generalizadas de corrupción en el poder judicial eslovaco. El tribunal sostuvo:

A la luz de estas declaraciones, es evidente que una demanda por denegación de justicia debe fallar. Las demandantes no aportaron pruebas suficientes de los presuntos pasos en falso de los procesos de quiebra. En cuanto a una reclamación por una denegación sustancial de la justicia, las simples sugerencias de conducta ilegítima, denuncias generales de corrupción y las deficiencias de un sistema judicial no constituyen evidencia de una violación de un tratado o de una violación del derecho internacional. Tampoco las demandantes explican la relación de causalidad entre la supuesta conducta de los actores pertinentes y el supuesto daño. La carga de la prueba no puede ser simplemente cambiada por intentar crear una presunción general de corrupción en un determinado Estado⁵⁷².

358. Además, la Demandante no menciona otros casos en los que los tribunales de Ecuador fallaron a su favor. En un similar al tipo de conducta por la cual NIFA demandó a la Demandante, la Sala Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Pichincha archivó una denuncia de espionaje comercial seguida en el año 2003 contra la demandante por un competidor en la industria farmacéutica, Pharmabrand⁵⁷³. Además de quejarse de ejercicio abusivo de la Demandante de derechos en virtud de los principios del derecho civil, PharmaBrand alegó que la

⁵⁷² *Jan Oostergetel y Teodora Laurentius*, ¶ 296 (CLM- 146) (traducción no oficial); ver también *Vannessa Ventures Ltd.*, ¶ 228 (las acusaciones de falta de independencia e imparcialidad “deben ser debidamente demostradas, y la prueba debe, al menos habitualmente, relacionarse a los casos específicos en los que se alega la incorrección que se ha producido. Las inferencias de una falta de independencia e imparcialidad grave y endémica del poder judicial, elaborado a partir de una evaluación de otros casos o evidencia anecdótica o circunstancial, no serán suficientes normalmente para probar una acusación de incorrección en un caso particular”). (RLA- 118).

⁵⁷³ Expediente Electrónico, Caso N ° 2003-9911, *PHARMABRAND c. MERCK*, Segunda Sala de lo Contencioso Administrativo, Registro 1 (R-126).

Demandante había obtenido indebidamente información sobre sus productos y otros con el fin de restringir la competencia. El tribunal sostuvo que no habían pruebas suficientes contra la Demandante, y desestimó el caso. PharmaBrand presentó un recurso de casación y el caso se encuentra en apelación, pero es dudoso que la Demandante se atreviera a quejarse de que no ha recibido justicia del Tribunal Contencioso Administrativo de Pichincha.

d) Merck gozaba de una oportunidad completa y justa para presentar su caso ante la CNJ, y ninguno de los defectos de procedimiento alegados por Merck constituyen una negación de justicia

359. Las afirmaciones de Merck concernientes a los defectos procedimentales en la decisión de la CNJ están todos basados en el mismo tipo de tergiversaciones que, como fue demostrado antes, impregnan su argumento de que la CNJ aplicó mal la ley cuando llegó a su decisión. Basada en estas tergiversaciones, Merck monta dos ataques: Primero, alega que la CNJ “dependió en” un análisis de los hechos “contaminado” de la Corte de Apelaciones y que no condujo una revisión independiente de la evidencia. Esta alegación está basada en caracterizaciones erróneas del texto de la decisión de la CNJ, la evidencia en la que se apoya y el testimonio concluyente de uno de sus expertos. Es también directamente contrario al vigoroso argumento de la misma Merck en los procedimientos en la Corte Constitucional que la CNJ en efecto hizo una evaluación independiente de la evidencia para llegar a su decisión.

360. Segundo, Merck alega que “no tuvo aviso” de que la CNJ podría concluir “solamente” en base de una teoría legal que se “inventó” aplicando el Artículo 244(3) de la Constitución de 1998, que el curso de acción de Prophar era uno de competencia desleal, en vez de una violación antimonopolista. Por lo tanto, Merck argumenta que la CNJ violó su derecho al debido proceso porque nunca tuvo una oportunidad para presentar prueba o argumentar que no participó en competencia desleal. Este argumento también está fundado en las caracterizaciones erróneas de la base de la decisión de la CNJ, aparejado con las afirmaciones erróneas sobre el derecho procesal ecuatoriano. También contradice sus propias posiciones consistentes y afirmaciones tanto en el caso NIFA c. MSDIA como en este arbitraje. Como resultado, su argumento de que

“no tuvo noticia” no resiste el escrutinio y Merck ha fallado totalmente en cumplir con su elevada carga de probar las irregularidades que alega.

(iii) Merck ha concedido que la CNJ condujo una revisión de novo de la evidencia, y no hay indicación de que **la decisión de la CNJ estuvo basada en evidencia “contaminada”**.

361. Merck afirma que “la CNJ falló en evaluar independientemente el registro de pruebas o de someter el análisis de los hechos de la corte de apelaciones a cualquier tipo de escrutinio para llegar a su sentencia de que MSDIA era responsable de competencia desleal”⁵⁷⁴. Para sustentar esta proposición, Merck argumenta que “la CNJ se fundamentó en la recitación del análisis de los hechos de las partes contenciosas y de la corte de apelaciones en relación con la conducta de MSDIA” y señala la Cláusula Undécima de la decisión de la CNJ en apoyo de esa afirmación.⁵⁷⁵ En el testimonio contingente de si “los hechos alegados por MSDIA son verdaderos”, el Profesor Paulsson concluye que la “CNJ agravó la denegación de justicia [de las cortes inferiores] al fundamentar su propia decisión en el registro de pruebas contaminado del proceso en las cortes menores...” y por lo tanto negó justicia a Merck.⁵⁷⁶ El perito de Merck, el Dr. Páez, dio su testimonio de que él no podía encontrar “ninguna prueba de que la CNJ hizo una evaluación independiente de la evidencia en su consideración de la responsabilidad por actos de competencia desleal de MSDIA”⁵⁷⁷.

362. Este argumento es completamente engañoso por múltiples razones, la más evidente siendo—una vez más—que si Merck realmente creía que la CNJ fundamentó su decisión en un “registro contaminado de pruebas”, hubiese recurrido a la Corte Constitucional para vindicar una violación de su derecho al debido proceso⁵⁷⁸, lo que, por supuesto, no lo hizo. La decisión de

⁵⁷⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 287 (énfasis omitido) (*citando* el Reporte de Experto del Profesor Páez, ¶ 36).

⁵⁷⁵ *Id.*, ¶286.

⁵⁷⁶ Dictamen Pericial de Jan Paulsson, ¶15.

⁵⁷⁷ Memorial de la Demandante, ¶287 (*citando* el Dictamen Pericial del Profesor Páez, ¶36).

⁵⁷⁸ Informe Pericial de Juan Francisco Guerrero del Pozo, ¶ 17(c).

Merck de renunciar a una acción extraordinaria de protección solo sirve para demostrar que no cree que la CNJ se limite a los hechos hallados por la Corte de Segunda Instancia.

363. Los alegatos mismos de Merck ante la Corte Constitucional corroboran que esta no creía que la CNJ llegó a su decisión sin revisar el registro de pruebas. Ahí, Merck en efecto argumentó en sus escritos que la CNJ *si* revisó la prueba después de haberla casado al aceptar dos de los cinco fundamentos de Merck para la anulación de la decisión, anulando la decisión de la Corte de Apelación, y luego se asentó como corte de instancia (*p.ej* corte de primera instancia) para decidir el caso en base a la demanda original de Propfar, la respuesta de Merck a la misma y una revisión *de novo* del registro de pruebas⁵⁷⁹. Los siguientes extractos de las presentaciones de Merck demuestran que Merck consideraba de lleno que la CNJ aplicó el procedimiento adecuado y realizó una evaluación independiente de la prueba:

[La CNJ] no revisó la prueba mientras que estaba actuando como corte de casación, sin embargo, *sí revisó la prueba* una vez que la casación había sido admitida, lo cual impuso la obligación de actuar como una corte en esa instancia y de acuerdo a esto procedió a revisar la prueba⁵⁸⁰.

...

La [decisión de la CNJ de casar el caso y anular la decisión de la Corte de Apelación] no viola los derechos de Propfar. Después de anular la sentencia de la corte de apelación, *la corte analizó la evidencia*, resumiendo los conceptos legales relevantes y explicándolos con doctrina y relacionándolos con las normas que el demandante refería en su demanda. Por lo tanto, Propfar no puede alegar que el enfoque de la Corte Nacional de Justicia no es consistente con los méritos del procedimiento, *incluyendo los hechos discutidos en la decisión*, ya que la resolución del caso es explicada *de acuerdo con los principios legales que el demandante*

⁵⁷⁹ La CNJ resumió la “técnica correcta de casación” en la Cláusula 3.1 de su decisión. *Ver* Sentencia CNJ, NIFA vs. MSDIA (21 de septiembre 2012), Cláusula 3.1 (C-203). Merck también proveyó una descripción útil de las etapas iniciales del proceso de casación en ¶¶ 137-142 de su documento sometido a la Corte Constitucional con acuse recibo del 3 de abril de 2013. El documento sometido por MSDIA a la Corte Constitucional (recibida por la corte el 3 de abril de 2013), ¶ 137-142 (R-117).

⁵⁸⁰ Escrito presentado por MSDIA a la Corte Constitucional (recibido por la corte el 3 de abril de 2013), ¶ 137-142 (R-117). (énfasis añadido).

*invocó en su demanda*⁵⁸¹.

...

Por lo tanto es evidente que PROPHAR se refiere a la *apreciación de evidencia, que la [CNJ] realizó legítimamente dentro de su competencia*⁵⁸².

La Corte Nacional de Justicia, al aceptar el recurso de casación de MSD, no violó los derechos constitucionales de Prophar *en la apreciación de la prueba*, como establece el Artículo 16 de la Ley de Casación: ‘Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere, y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto’. En otras palabras, la Sala Especializada respectiva de la Corte Nacional, si, en base al control de legalidad que realiza en una sentencia, encuentra que está en conflicto con el marco legal y decide emitir una casación, esto es, anular la sentencia, debe emitir, en la opinión de la Corte “el correspondiente auto o sentencia en su lugar” volviéndose temporalmente una corte de instancia. *Por lo tanto, la Corte Nacional es competente para valorar la prueba en el proceso*, en los casos donde la evaluación de la sentencia lleve a la conclusión de que dicha sentencia debe ser sujeta a casación, al igual que es su deber llenar el vacío que deja la anulación de la sentencia. *Este es precisamente el enfoque adoptado por la Corte Nacional en este caso y aunque MSD no está de acuerdo con la decisión de la Corte de declarar a MSD responsable por una cantidad indefinida de daños, no hay de ningún modo una base para concluir que el análisis de la Corte Nacional de la evidencia pudo haber violado los derechos constitucionales de Prophar*⁵⁸³.

364. Por si solas, estas admisiones son suficientes para demostrar que carece de mérito el argumento de Merck respecto a que la CNJ no revisó independientemente la prueba,. En efecto, es sorprendente que Merck sostenga su argumento aquí cuando tomó la posición completamente

⁵⁸¹ *Id.*, ¶ 172 (R-117) (énfasis añadido).

⁵⁸² Escrito presentado por MSDIA a la Corte Constitucional (recibido por la Corte el 9 de enero de 2013), ¶ 36 (R-116) (énfasis añadido).

⁵⁸³ Escrito presentado por MSDIA a la Corte Constitucional (recibido por la Corte el 13 de septiembre 2014) ¶ 9 (R-120) (énfasis añadido; énfasis en el original omitido).

opuesta frente a la Corte Constitucional. Pero en aras de la exhaustividad, una revisión de la decisión de la CNJ en sí también demuestra que las afirmaciones que aquí hace Merck son falsas.

365. La afirmación de Merck de que la Cláusula Undécima de la decisión de la CNJ demuestra de alguna manera que la CNJ no revisó la prueba por sí misma, es una vez más, otro intento de juego de manos. Aunque es verdad que la Cláusula Undécima de la decisión de la CNJ comienza con la afirmación de que “Pueden encontrarse los siguientes hechos en la sentencia impugnada”, la Cláusula 11.7 es un resumen de las defensas (o “excepciones”) que, en su respuesta, Merck presentó en la demanda. Una comparación entre la Cláusula Undécima, por un lado, y el texto de la demanda de Propfar y la contestación de Merck por otro lado⁵⁸⁴, deja esto claro. Y como es evidente de esa comparación, la recitación en la Cláusula Undécima es un resumen exacto de los argumentos y las defensas de las partes.

366. Al enlazar su argumento de que “la CNJ se basó en la recitación de las afirmaciones de las partes de la corte de apelación” para la Cláusula Undécima de la decisión de la CNJ⁵⁸⁵, Merck admite que esa Cláusula no es más que un resumen de la demanda de Propfar y de la contestación de Merck. Aquí de nuevo, al enterrar esa afirmación con su argumento de que la CNJ no condujo una revisión independiente del registro de pruebas, Merck busca crear la impresión de que algo está mal con la repetición del resumen de la corte de apelaciones, cuando este no es el caso.

367. Que, en la Cláusula Undécima, la CNJ reiterara un resumen exacto de la demanda y respuesta de la decisión de la Corte de Apelaciones no hace ninguna diferencia porque no tiene nada que ver con si la CNJ se “fundamentó en... el análisis de los hechos” de la corte de apelación para llegar a su decisión de que Merck había realizado actos de competencia desleal por lo cual se encontraba obligada a indemnizar a Popfar. Merck no identifica qué prueba que estuviera en el registro y fuera relevante para la determinación de la CNJ cree que debió haberse

⁵⁸⁴ Ver Demanda de NIFA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Instancia (C-10); Respuesta de MSDIA, *NIFA vs. MSDIA*, Corte de Instancia, pág. 12, II (Excepciones) (C-140).

⁵⁸⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 286.

revisado para poder llegar a dicha determinación. En lugar de eso, Merck solo se apoya en el testimonio concluyente del Dr. Páez de que él no pudo hallar “ninguna prueba de que la CNJ realizó una evaluación independiente de la evidencia dentro de su consideración de la responsabilidad por actos de competencia desleal de MSDIA”⁵⁸⁶.

368. Sin embargo, la decisión de la CNJ demuestra exactamente lo opuesto. En la Cláusula Quince de la decisión, la CNJ afirmó tanto que encontró que Merck había realizado actos de competencia desleal como su base para dicha afirmación:

Este Tribunal de Casación tiene claro que no es relevante dentro de este procedimiento la consideración respecto a la discusión mencionada en el punto anterior, que se dio entre MERCK y PROPHAR en relación a la patente, registro y el uso del medicamento “Rofecoxib” a partir del 16 de diciembre de 2002, pues las partes debían ventilar esa situación principalmente dentro del ámbito del Derecho de Propiedad Intelectual, pero indudablemente MERCK, trajo ese tema a colación dentro de una negociación que no tenía nada que ver con medicamentos específicos, ni su uso o venta, sino que usó tal argumento de su patente sobre Rofecoxib, para entorpecer, condicionar, y finalmente dejar sin efecto una negociación que se venía desarrollando desde febrero de 2002; MERCK pretendió condicionar la negociación de su planta industrial, que se venía dando ya por 10 meses a esa fecha, a un tema que nada tenía que ver con la misma. Ante el advenimiento de PROPHAR a dejar de vender temporalmente el medicamento Rofecoxib, inmediatamente MERCK trató de presionar más para que PROPHAR adicionalmente deje de producir y vender, no solo el medicamento tantas veces señalado, sino incluso otros medicamentos genéricos. MERCK, con esta actitud, indudablemente incurrió "en otras prácticas que impidan y distorsionen" la competencia, conforme se explicó en el considerando 8.1 y otros, que afectaba una negociación de carácter civil, dando lugar a que se configure un cuasidelito civil, conforme el artículo 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998 entonces vigente, y artículos 2214 y 2229, primer inciso, del Código Civil, con los correspondientes daños y perjuicios a ser resarcidos a PROPHAR (antes Nifa S.A.) dentro de lo que la doctrina jurídica conoce como actos de desorganización del

⁵⁸⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 287 (citando el Informe Pericial del Profesor Páez, ¶ 36).

competidor, por negativa de venta, en el Derecho de la Competencia Desleal⁵⁸⁷.

369. Si se lee en el contexto de toda la decisión de la CNJ, la determinación de la CNJ en la Cláusula Quince establece dos certezas: Primero, la CNJ no se apoyó en *ningún* análisis de los hechos—los que han sido llamados “contaminados” u otros—de la Corte de Apelación, porque una vez que la CNJ había determinado que la acción de Prophar no concernía al derecho antimonopolio (sino que era “un caso de cuasidelito civil... dentro del Derecho de Competencia Desleal”)⁵⁸⁸ cualquier evidencia de si Merck había o no realizado actos de conducta antimonopolio se volvieron totalmente irrelevantes a la determinación de la CNJ de la demanda de Prophar de competencia desleal.

370. Segundo, el texto de la Cláusula Quince deja claro que, una vez que la CNJ había determinado que la demanda de Prophar tenía que ver con competencia desleal, su enfoque se convirtió en si la evidencia demostraba que los eventos en relación con las negociaciones de las partes y la introducción de Merck “después de 10 meses” de negociaciones, de una condición a la venta de su planta de que Prophar debía acordar el “no producir o vender...productos genéricos”⁵⁸⁹ constituía un acto de competencia desleal. Una revisión del registro de pruebas de los procedimientos ante las cortes inferiores demuestra que había abundante evidencia relativa a la introducción de Merck de dicha condición, y que Merck no ha identificado ninguna de esas pruebas como “contaminada” aquí.

371. La prueba incluye una lista de sesenta y seis medicinas genéricas que Doris Pienknagura, un miembro del equipo de Merck para sus negociaciones con Prophar para la venta de la planta, adjunto a su testimonio e identificó como las medicinas genéricas que Merck presentó a Prophar en enero de 2003 con el requisito de que, para poder concluir en un acuerdo definitivo, Prophar debe acceder a no producir ni vender, por los primeros cinco años (u otro período negociado) tras

⁵⁸⁷ Sentencia de la CNJ, Cláusula Quince (C-203) (énfasis en el original), *ver también id.*, Cláusula 16.14.

⁵⁸⁸ Sentencia de la CNJ, Cláusula Catorce (C-203).

⁵⁸⁹ Sentencia de la CNJ, Cláusula Quince (C-203).

haber adquirido la planta⁵⁹⁰. El registro de pruebas también incluye el análisis realizado por Merck en enero de 2003 de las ganancias que perdería si Prophar decide producir y vender cuatro de las medicinas genéricas que están en la lista de las sesenta y seis medicinas adjuntas al testimonio de la Sra. Pienknagura, adjunto a un correo electrónico del 16 de enero de 2003 en el que Merck discutía el costo/beneficio de vender la planta a Prophar con y sin restricciones sobre su producción de medicinas genéricas competidoras⁵⁹¹.

372. En otro correo electrónico de fecha de enero 15 de 2003, Jacob Harel, la cabeza del equipo de negociación de Merck afirmó que “un análisis conducido por MSD Ecuador estima una pérdida de ingreso [si Prophar no accede a las restricciones de su producción de “copias de productos de MSD”] durante el período 2003-2208 [sic] en 4.1 millones” y preguntaba “cómo posicionamos ese requisito [a Prophar] con el actual requerimiento antimonopolio en el Ecuador”⁵⁹². Ese correo electrónico también comparaba el costo-beneficio de vender la planta a Prophar si ésta no accedía a no producir vender las medicinas especificadas por cinco años con la venta a otro potencial comprador de la planta.

373. Es evidente por la Cláusula 16.9 de la decisión de la CNJ que, como mínimo, la corte revisó el correo electrónico del 15 de enero de 2003 del Sr. Harel, discutido arriba, en la fijación del parámetro exterior de 1'640.000 en el cálculo de su reparación de daños a Prophar, puesto que en esa Cláusula, la Corte afirmó que “la propia MERCK cuantificó las pérdidas que le podría ocasionar la competencia de la actora durante el periodo 2003-2008 en la suma de USD cuatro millones cien mil dólares (aproximadamente USD ochocientos veinte mil dólares por año)”⁵⁹³.

⁵⁹⁰ Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelación (4 de junio de 2009), Veintiuno (C-173); Lista de 66 Productos (Doris Pienknagura Anexo 1) (R-7) y Listado del Plan de Negocios de NIFA S.A (Doris Pienknagura Anexo 2) (R-124).

⁵⁹¹ Correo Electrónico de Jacob Harel a Federico E.C Wintour y otros (15 de enero de 2003) (R-11).

⁵⁹² Correo Electrónico de Yanina H. Pascual a Luis Eduardo Ortiz y otros (16 de enero de 2003) (R-13).

⁵⁹³ Sentencia de la CNJ, Cláusula 16.9 (C-203). La corte prosiguió a sentar el parámetro financiero exterior en USD 1'640.00 al multiplicar USD 820.000 por los dos años que Prophar había admitido en su demanda que sus planes de expansión fueron retrasados debido a las negociaciones fallidas por la planta de Merck.

También está claro por el análisis de la Corte que revisó la otra evidencia discutida anteriormente, al igual que otra evidencia de la negociación de las partes entre los comienzos del 2002 y su terminación en enero de 2003⁵⁹⁴. De seguro, aparte del testimonio concluyente del Dr. Páez, Merck no ha ofrecido evidencia alguna en contrario.

374. En resumen, Merck ha fallado absolutamente en establecer que la CNJ no condujo su propia revisión de la evidencia o de que se apoyó, de cualquier manera, en el análisis de los hechos de la Corte de Apelación, y por el contrario, la decisión de la CNJ establece de manera concluyente que sus hallazgos estuvieron basados en su propia revisión de la evidencia en vez del análisis de los hechos de la corte inferior. En consecuencia, es claro que, dado que está basado en “datos asumidos” como ha sido demostrado como no verdaderos, la conclusión del Profesor Paulsson de que la CNJ “fundamentó su evidencia en el registro contaminado de pruebas” no tiene peso alguno, al igual que las aseveraciones de Merck que están basadas en el mismo.

(iv) Merck ha mantenido durante este litigio que la demanda de Prophar es por competencia desleal y tuvo una oportunidad completa y justa de presentar evidencia y argumentos en ese respecto.

375. Merck encuentra que su argumento final de que la CNJ le negó justicia por errores procesales en su afirmación—demostrado de ser completamente erróneo en la Sección VI(B)(2)(b) anteriormente—que la CNJ basó su decisión “solamente” en una “teoría recientemente acuñada” de competencia desleal bajo el Artículo 244(3) de la Constitución de 1998 que Merck “no hubiese podido anticipar”⁵⁹⁵. Como resultado, Merck argumenta “que la CNJ falló en proveerle de notificación alguna, peor aún de notificación significativa y de una

⁵⁹⁴ Cf. X. _____ *Incorporation* v. Y _____ AG, ICC Arbitraje No. 4/A_95/2013, Sentencia (27 de junio de 2013) (Klett, Corboz, Kolly) (“no hay ni violación del derecho a ser escuchado, ni una negación del derecho ante el hecho de que [después de haber escuchado testimonio de los testigos, el tribunal] no quiera expresamente referirse a los testimonios de los testigos una vez más... pero encontró generalmente que la otra evidencia...no podía resultar los resultados de la evidencia.”) (RLA-133).

⁵⁹⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 347 (citando el Dictamen Pericial del profesor Páez, ¶ 33).

oportunidad de ser escuchada, que podría ser encontrada responsable por competencia desleal en los procedimientos ante dicha corte⁵⁹⁶ y, por ende, fue privada de una oportunidad de presentar evidencia y argumentos de que no era responsable de competencia desleal. Además, de acuerdo a Merck, la normatividad ecuatoriana “prohibía que la CNJ” decidiera el caso con fundamento en competencia desleal, dado que “solo puede emitir una decisión basada en la demanda específica presentada ante la misma”, como se establece en la petición de casación de las partes⁵⁹⁷. Por ende, dado que Prophar alegó en la Corte de Apelación y en el procedimiento frente a la CNJ que su demanda estaba basada en antimonopolio y no en competencia desleal, y que la decisión de la Corte de Apelación halló a Merck responsable por violaciones antimonopolio, la CNJ decidió inapropiadamente el caso con fundamentos en la competencia desleal⁵⁹⁸.

376. El argumento de Merck de que “no tuvo aviso” de que podría ser hallada responsable hacía Prophar con fundamentos en la competencia desleal puede ser eliminado con el envío. Primero, como fue demostrado en la Sección IV(B)(2)(b) anterior, la afirmación de Merck de que el Artículo 244(3) de la Constitución de 1998 dio lugar a la “única” causal de la decisión de la CNJ es una completa falsedad. Como bien sabe Merck, pero ha intentado ocultarlo de este Tribunal, la decisión de la CNJ también se fundamentó en los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil del Ecuador, los cuales (junto con el Artículo 244(3) y numerosas otras disposiciones del derecho de Ecuador) fueron citados por Prophar como causal de acción en su escrito de demanda, y desde hace mucho, se considera que los Artículos 2214 y 2229 establecen la premisa jurídica de las reclamaciones por competencia desleal. Por lo tanto, Merck no debió sorprenderse por el hecho de que podía ser hecha responsable de competencia desleal sobre la base de la demanda de Prophar.

377. Segundo, la misma Merck demuestra que son falsos tanto su argumento de “falta de

⁵⁹⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 334 (énfasis omitido).

⁵⁹⁷ Memorial de la Demandante, ¶¶ 346-348 (citando el Informe Pericial del Profesor Oyarte, ¶ 33, y el Informe Pericial del profesor Páez, ¶¶ 12-14).

⁵⁹⁸ Memorial de la Demandante, ¶¶ 339-351.

notificación” como su argumento de que fue privada de la oportunidad de defenderse de reclamaciones de competencia desleal. Tanto en este arbitraje como durante su litigio con Propfar, Merck ha adoptado sistemáticamente la postura de que la reclamación de Propfar “se sustenta en la competencia desleal”⁵⁹⁹. En su respuesta al escrito de la demanda de Propfar, Merck desmintió en forma generalizada que “las disposiciones de los Artículos 2241 [Artículo 2214, según la remuneración del Código Civil] y subsiguientes del Código Civil se aplican al presente caso”⁶⁰⁰, sin declarar por qué adoptó dicha postura. Sin embargo, la estrategia de litigio que Merck siguió no fue refutar la reclamación de Propfar – la cual Merck insistía que era una de competencia desleal, y no de defensa de la libre competencia—en cuanto al fondo. En cambio, se basó en argumentos jurisdiccionales de que, a pesar de que el pleito no trataba de derechos de propiedad intelectual, la reclamación de Propfar se estaba sujeta a la Ley sobre Propiedad Intelectual (LPI) y, por lo tanto, debería conocerse en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo como establece la LPI en vez de en los tribunales ordinarios civiles, ante los cuales se estaba procesando el caso de Propfar.

378. En la medida en que Merck puede haberse sustentado únicamente en argumentos jurisdiccionales para refutar lo que desde un inicio consideró una reclamación por competencia desleal, y quizás no aprovechó la oportunidad para presentar pruebas o argumentos durante los procedimientos ante el tribunal inferior de que no participó de actos de competencia desleal, dicha estrategia de litigación es responsabilidad de Merck. Lo mismo se aplica en la medida en que, en respuesta a la elección de Propfar de argumentar su caso por la causal de la defensa de la libre competencia, Merck puede haber escogido responder únicamente a esos argumentos, y renunciar a presentar pruebas y argumentos para defender el fondo de una reclamación por competencia desleal. Esas elecciones fueron importantes, porque, como testifica el mismo perito de Merck, el Dr. Páez, “aunque la CNJ puede actuar como ‘Tribunal de Instancia’ [es decir, un

⁵⁹⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 136(b)

⁶⁰⁰ Contestación de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (23 de enero de 2004), pág. 12, II (Excepciones), ¶ 5 (C-140).

tribunal de primera instancia] cuando pronuncia una nueva sentencia sobre el fondo [después haber casado el caso y anulado la decisión que se apela], el Artículo 15 de la Ley de Casación prohíbe que acepte nuevas pruebas... ”⁶⁰¹. El perito del Ecuador, Sr. Aguirre, confirma esa restricción⁶⁰². Por lo tanto, Merck era responsable de ir formando, ante los tribunales inferiores, el acta que creyera que iba a necesitar al final para defenderse si su pleito con Prophar al final tenía que ser conocido por la CNJ.

379. Merck no ha alegado en este arbitraje que en los procedimientos ante el tribunal inferior se vio impedida de alguna manera de presentar pruebas o argumentos relativos a si había participado en competencia desleal con relación a Prophar. Simplemente indica que escogió no hacerlo porque siguió la estrategia de litigio de defensa de la libre competencia de Prophar. Por consiguiente, Merck ahora no puede quejarse de que no tuvo la oportunidad plena y equitativa de defenderse contra una reclamación por competencia desleal y, desde luego, no puede culpar a Ecuador por la estrategia de litigación que escogió seguir⁶⁰³.

380. El argumento final de la Demandante – de que, como Prophar había alegado teorías de defensa de la libre competencia ante el Tribunal de Apelaciones y en los procedimientos de la CNJ, y no de competencia desleal, y que la decisión del Tribunal de Apelaciones determinó que Merck era responsable por violaciones de la defensa de libre competencia, la CNJ indebidamente resolvió el caso por causales de la defensa de la libre competencia – es erróneo según el derecho procesal del Ecuador, y oculta la verdadera naturaleza de lo que Merck argumentó ante la CNJ en su recurso de casación. Según explica el Dr. Aguirre:

Nótese que una de las causales de la petición de casación de Merck fue

⁶⁰¹ Opinión pericial del Profesor Páez, ¶ 21.

⁶⁰² Opinión de Aguirre, ¶ 6.1.

⁶⁰³ *Bosh International, Inc. y B & P Ltd Foreign Investment Enterprise c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/11, Laudo (25 de oct., 2012) (Griffith, Sands, McRae), ¶ 284 (una parte que “eligió mediante una decisión consciente no plantear defensas no jurisdiccionales en los tribunales nacionales está “obligada por [su] estrategia de litigación y las consecuencias de esta”, “una vez que escogió proceder de determinada manera... no puede... refutar el resultado”).(RLA-117).

una presunta falta de coherencia procesal porque el Juez del [Tribunal de Apelaciones] se había apartado de la materia del pleito. Además de nulidad procesal porque el caso trataba de reclamaciones de competencia desleal y, por tal razón, los tribunales civiles carecían de jurisdicción. Por lo tanto, la reclamación que MERCK plantea en su [Memorial] de que “*no había tenido oportunidad de comparecer, de que podía ser hecha responsable de competencia desleal en los procedimientos ante [la CNJ]* es bastante sorprendente dado que su propia petición de casación expresa que las controversias que tratan de competencia desleal debieron haber sido procesadas por tribunales administrativos y no por tribunales los civiles. Esa fue, por lo tanto, una de las cuestiones sobre las cuales la propia MERCK informó a la CNJ como un elemento que debía tener en cuenta en su análisis y decisión⁶⁰⁴.

381. La propia petición de casación de Merck confirma la opinión del Dr. Aguirre. En ella, como fundamento de la revisión conforme a la cuarta causal de casación dispuesta en el Artículo 3 de la Ley sobre Casación, Merck alegó que la sentencia del Tribunal de Apelaciones debía anularse porque resolvió sobre la reclamación de Prophar por la causal de defensa de la libre competencia, cuando en realidad la reclamación debió haberse resuelto sobre la causal de competencia desleal:

El veredicto [del Tribunal de Apelaciones] declaró que MSD tenía una posición dominante en el mercado de las plantas industriales y que abusó de dicha posición. La demanda no se basó en eso. *La demanda se basó en presuntos actos de competencia desleal*. El veredicto declara que la planta industrial de MSD era la única alternativa viable. La demanda no se basó en esto, sino más bien en actos engañosos y fraudulentos por parte de MSD que impidieron que la demandante adquiriera la planta. La reclamación se basó en (la alegación) de que MSD dio por terminada la negociación. La respuesta alega que fue NIFA la que voluntariamente dio por terminadas las negociaciones. El veredicto no emitió un fallo respecto a eso. Por lo tanto, el veredicto contiene decisiones sobre asuntos que no formaban parte del pleito, y no se pronunció una resolución judicial sobre varias cuestiones que eran materia del pleito. El veredicto también resuelve sobre una indemnización calculada a lo largo de 15 años, mientras que la demanda menciona una demora de dos años en la

⁶⁰⁴ Opinión de Aguirre, ¶ 6.4 (Énfasis en el original).

producción⁶⁰⁵.

382. La causal de casación descrita más arriba fue una de las dos respecto a las cuales la CNJ aceptó el recurso de casación de Merck y llegó a la misma conclusión que Merck había instado en su petición de casación, es decir, que la reclamación de Prophar – dicho con las palabras de Merck en el presente arbitraje – “se sustenta en la competencia desleal” y no en la defensa de la libre competencia⁶⁰⁶. Sobre esa base, la CNJ anuló la sentencia del Tribunal de Apelaciones y, como ya se analizó en el inciso previo, se vio obligada a sesionar como tribunal de instancia y resolver sobre el caso en base a la demanda de Prophar, la respuesta de Merck, y el acta de pruebas⁶⁰⁷. En el presente caso, Merck no puede reclamar que la CNJ le denegó la justicia al hacer exactamente lo mismo que Merck alegó que debieron haber hecho los tribunales inferiores en el pleito *NIFA c. MSDIA*, es decir, resolver sobre el caso basándose en la legislación sobre competencia desleal.

383. Como queda demostrado por lo anterior, Merck no ha cumplido en absoluto con su deber de demostrar que la CNJ “no le dio aviso” de que podría resolver el caso sobre la base de la legislación sobre competencia desleal, o que el tribunal le negó la oportunidad de presentar pruebas y argumentos sobre competencia desleal, o que Merck no había presentado causales a las cuales la CNJ podía, en efecto, aplicar la legislación sobre competencia desleal a los alegatos de las partes e interpretar los hechos conforme a eso. Como resultará evidente, la conclusión del Profesor Paulsson de que la CNJ denegó justicia a Merck al “escoger actuar como tribunal de primera instancia... y confirmar una causal de acción que no se había planteado, evidentemente sin ninguna atribución legal para hacerlo”⁶⁰⁸, carece totalmente de fundamento porque tal conclusión es errónea tanto en cuanto al procedimiento que la CNJ debía seguir como en cuanto a la cuestión sobre la cual propia Merck había solicitado que resolviera la CNJ.

⁶⁰⁵ Petición de Casación de MSDIA, ¶ 39 (C-198).

⁶⁰⁶ Sentencia de la CNJ, Cláusula Décima (C-203); *ver también* *Íd.* Cláusulas 2.3.4 y 5.2.

⁶⁰⁷ *Ver la Sección VI.(B)(2)(d)(i)* más arriba; *Ver también* Opinión de Aguirre, ¶ 6.1.

⁶⁰⁸ Opinión pericial of Jan Paulsson, ¶ 17(a).

3. La sentencia de la CNJ rectificó cualquier presunto vicio de los procedimientos del tribunal inferior

384. De lo anterior, resultará evidente que la resolución de la CNJ rectificó cada una de las fallas que la Demandante alega que ocurrieron en los procedimientos de *NIFA c. MSDIA* en los tribunales inferiores. El principal sustento de esa conclusión proviene de la propia Merck, que defendió la resolución ante la Corte Constitucional como “bien fundamentada”, “motivada” y basada en la revisión independiente de las pruebas por parte de la CNJ. Merck no tomó ninguna medida para solicitar una reparación de la Corte Constitucional a fin de rectificar cualquiera de las críticas de la resolución que promueve en el presente arbitraje, aunque esas críticas le habrían dado causales para hacerlo.

385. La decisión de la CNJ y la manera procesal en que se pronunció también demuestran que se abordaron a cabalidad cada una de las quejas de Merck sobre los procedimientos del tribunal inferior. Primero, la principal motivación de Merck al pretender la revisión por parte de la CNJ fue el monto de USD 150 millones de la sentencia del Tribunal de Apelaciones. La CNJ redujo esa sentencia en un 99%, y mientras tanto, rechazó el testimonio del testigo perito en el Tribunal de Apelaciones cuyo cálculo de daños Merck había objetado. En cambio, la CNJ realizó un cálculo de daños que se expone de manera transparente en su decisión, y que es claro que tiene la aprobación de Merck.

386. El fundamento jurídico de la decisión de la CNJ también abordó, analizó, y finalmente rechazó de forma clara el fundamento de la defensa de la libre competencia de la decisión del Tribunal de Apelaciones que había sido objetado por Merck por considerarlo infundado, y la CNJ también lo hizo por dos causales planteadas por Merck en su petición de casación. La causal de competencia desleal en que se basó la CNJ, sesionando debidamente como tribunal de instancia después de anular la sentencia del Tribunal de Apelaciones, es una causal que la propia Merck alegó, en su petición de casación, que se aplicaba a su caso. Además, ya sea que fue correcta o no, la decisión se basa en principios bien asentados en el derecho del Ecuador, pues los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil del Ecuador desde hace mucho tiempo han brindado una premisa jurídica para la competencia desleal, lo cual incluye en el contexto de la

responsabilidad precontractual. Y, si bien la CNJ también aplicó el Artículo 224(3) de la Constitución de 1998 como causal para hacer responsable a Merck ante Prophar, su aplicación en ese respecto estuvo muy dentro de las atribuciones y el deber judiciales de la CNJ.

387. Al conocer y pronunciar su decisión en el pleito *NIFA c. MSDIA*, Merck opinó ante la Corte Constitucional que la CNJ también empleó el procedimiento correcto. Después de haber aceptado las dos causales de casación de Merck y de haber anulado la sentencia del Tribunal de Apelaciones, la CNJ debió realizar una revisión *de novo* de las pruebas, y las pruebas en el acta, cuando se las compara con el resultado de la decisión, indican que la CNJ sí realizó dicha revisión.

388. Finalmente, a diferencia de sus conclusiones sobre ciertos jueces de los tribunales inferiores, Merck no ha hecho ninguna afirmación directa de corrupción o parcialidad por parte de ninguno de los jueces de la CNJ que pronunciaron la decisión, y no existen pruebas de que la decisión haya estado afectada de alguna forma por corrupción o parcialidad.

389. Basándose en lo anterior y en otros puntos expuestos más arriba, la decisión de la CNJ rectificó cada uno de los vicios de los procedimientos en los tribunales inferiores que Merck ha alegado que fueron una denegación de justicia. Por lo tanto, aún conforme a la teoría de Merck de que la decisión de la CNJ es un laudo definitivo del sistema judicial del Ecuador, la reclamación de denegación de justicia de Merck no debe prosperar.

4. La sentencia de la CNJ desecha todas las reclamaciones de Merck conforme al Tratado

390. Aún si los derechos de Merck en cuestión son derechos relativos a una “inversión” que merecen protección conforme al TBI, y aún si se puede decir que Merck ha cumplido con su deber de agotar todos los recursos internos antes de plantear alegaciones de denegación de justicia a nivel internacional, los argumentos anteriores descartan el fondo de las reclamaciones de denegación de justicia de Merck por la violación del estándar de tratamiento justo y equitativo del Artículo II(3)(a) del TBI entre Ecuador y EE.UU.

391. Sin embargo, esas mismas razones hacen necesario que se desestimen las otras

reclamaciones de Merck sobre incumplimiento de las obligaciones del Ecuador conforme al Artículo II(3)(a) de proporcionar “protección y seguridad plenas” a sus presuntas inversiones⁶⁰⁹; conforme al Artículo II(3) de no menoscabar las “inversiones” de MSDIA mediante medidas arbitrarias o discriminatorias; y conforme al Artículo II(7) de ofrecer medios efectivos para que MSDIA reivindique reclamaciones y haga cumplir derechos con respecto a su “inversión”.

392. Para comenzar, no se puede negar que la alegación de Merck de incumplimiento del estándar de protección y seguridad plenas tiene el mismo fundamento fáctico que sus reclamaciones de denegación de justicia⁶¹⁰. En *Oostergetel c. Eslovaquia*, el hecho de que no existió denegación de justicia en dicho caso hizo que fuese “*innecesario* analizar nuevamente esas afirmaciones por separado conforme al [estándar de protección y seguridad plenas]. Dicho de otro modo, las conclusiones a las que se llegó con relación a la conducta de la Judicatura... con relación al incumplimiento del estándar de tratamiento justo y equitativo, se *aplica[ron] igualmente*...”⁶¹¹. En el presente caso, se debe obtener el mismo resultado: Como la alegación de denegación de justicia de Merck carece de fundamento, su alegación de incumplimiento del estándar de protección y seguridad plenas tampoco debe prosperar.

393. De manera similar, no se puede negar el hecho de que la alegación de Merck sobre incumplimiento de la obligación que tenía el Ecuador de no menoscabar la “inversión” de MSDIA mediante medidas arbitrarias tiene el mismo fundamento fáctico que sus reclamaciones de denegación de justicia⁶¹². Por lo tanto, la falta de fundamentos de esta última implica la falta de fundamentos de la primera. Además, ambos estándares comparten el mismo umbral de

⁶⁰⁹ Memorial de la Demandante, ¶¶ 380-382.

⁶¹⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 382 (“[p]or todos los motivos analizados en la Sección IV anterior respecto a la denegación de justicia, Ecuador tampoco ha brindado a la inversión de MSDIA protección y seguridad plenas...”) (Énfasis añadido).

⁶¹¹ Jan Oostergetel y Theodora Laurentius, ¶ 308 (CLM-146).

⁶¹² Memorial de la Demandante, ¶ 384 (“[p]or muchas de las mismas razones, las sentencias de los tribunales del Ecuador son una denegación de justicia, además son arbitrarias conforme al Artículo II(3)(b).”) (Énfasis añadido.)

arbitrariedad: la definición establecida por el caso *ELSI*⁶¹³. Si, como se demostró más arriba, la conducta de la judicatura del Ecuador no traspasa el umbral necesario para que exista una denegación de justicia, la conclusión debe ser que tal conducta no puede de ninguna manera implicar la responsabilidad del Estado de Ecuador por incumplimiento de su obligación de no menoscabar la “inversión” de MSDIA mediante medidas arbitrarias.

394. La alegación de Merck de discriminación en incumplimiento del Artículo II(3)(b) tampoco queda bien parada⁶¹⁴. Como se demostró más arriba, los hechos no permiten ninguna deducción de que haya existido sesgo o prejuicio por la nacionalidad estadounidense de Merck. Adicionalmente, Merck no ha intentado en absoluto demostrar que el tratamiento que recibió haya sido discriminatorio de alguna forma, y a falta de prueba alguna de sesgo y prejuicio en contra de ella, Merck no identifica ningún tratamiento diferente de inversiones que estén en similar situación⁶¹⁵.

395. La afirmación de Merck del Artículo II(7) puede descartarse fácilmente. Como se demostró más arriba⁶¹⁶, el Artículo II(7) simplemente incorpora garantías en contra de denegación de justicia que ya existen conforme al derecho internacional consuetudinario. Por tal motivo, el hecho de que Merck no haya demostrado que existió una denegación de justicia conforme al Artículo VI(3)(a) y al derecho internacional consuetudinario significa que tampoco puede demostrar que se haya incumplido el Artículo II(7) del Tratado.

396. En resumen, por los motivos antes identificados, todas las reclamaciones de Merck sobre

⁶¹³ *Mondev International Ltd.*, ¶ 127 (“[e]n el caso *ELSI*, una Cámara de la Corte describió como conducta arbitraria que demuestra “una indiferencia deliberada por el debido proceso... que escandaliza, o al menos sorprende, el sentido de corrección judicial”. Es cierto que la cuestión en ese caso fue si cierta conducta administrativa era “arbitraria”, contrariamente a las disposiciones del tratado FCN. De todas formas (y sin comentar la corrección de la decisión en sí) *el Tribunal considera que el criterio de la Cámara también es útil en el contexto de la denegación de justicia, y se ha aplicado en ese contexto, como señaló la Demandante.*”) (RLA-54) (Énfasis añadido.) *Ver también RosInvestCo UK Ltd.*, ¶ 276 (CLM-141).

⁶¹⁴ Memorial de la Demandante, ¶¶ 390-392.

⁶¹⁵ *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen*, ¶ 154 (RLA-55).

⁶¹⁶ *Ver la Sección V(C)*.

incumplimiento de las disposiciones del TBI entre Ecuador y EE.UU. no prosperan por falta de fundamentos.

C. En todo caso, Merck ha presentado un panorama falso en los procedimientos del tribunal inferior y no ha demostrado la existencia de irregularidades que equivalgan a una denegación de justicia

397. La decisión de la CNJ no solo rectificó cualquier vicio de los procedimientos detallados a continuación, sino que la descripción presentada por Merck de esos presuntos vicios distorsiona exageradamente el registro de lo que en realidad sucedió y omite hechos esenciales que contradicen sus alegaciones. La estrategia de Merck es clara: presentar además tantos cargos que por la tremenda cantidad de alegaciones, los errores de esos cargos específicos quedarán empañados. En vista de la decisión de la CNJ, no es necesario que este tribunal analice las docenas de hechos tergiversados y omisiones de Merck a fin de rechazar sus reclamaciones por falta de fundamentos. Sin embargo, la Demandada más abajo demuestra que, en todo caso, Merck no ha podido demostrar en absoluto en estos procedimientos de arbitraje que se haya enfrentado a irregularidades que equivalieron a una denegación de justicia.

1. Los procedimientos del tribunal de primera instancia

398. Merck sostiene que el Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha (el tribunal de primera instancia) denegó la justicia a Merck al “violiar repetida y atrozmente” sus derechos al debido proceso⁶¹⁷. Los ataques de Merck en contra de los procedimientos de primera instancia pueden agruparse en dos categorías principales de presuntos vicios procesales: Los que alega que ocurrieron ante el Juez Toscano Garzón y los que alega que tienen que ver con la Jueza Provisional Chang-Huang Castillo, quien finalmente pronunció la sentencia de primera instancia. Para estar seguros, la CNJ posteriormente determinó que las conclusiones de esa sentencia habían sido erróneas. Pero, como se analiza a continuación, las alegaciones de Merck sobre irregularidades procesales son o bien sumamente exageradas, o carecen completamente de sustento con pruebas, y con frecuencia parecen pensadas para aprovechar que el Tribunal no está

⁶¹⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 266.

familiarizado con las peculiaridades del sistema jurídico del Ecuador. Si se valoran de conformidad con las normas de procedimiento civil y las prácticas judiciales pertinentes del Ecuador, las alegaciones de Merck quedan muy cortas en cuanto a demostrar que sufrió injusticia en los procedimientos. Además, hay numerosos aspectos de los procedimientos ante el tribunal de primera instancia que Merck *no* mencionó que demuestran que se acordó a ambos litigantes un proceso justo.

a) Los procedimientos ante el Juez Toscano Garzón

399. Las acusaciones de Merck respecto a cómo se llevaron adelante los procedimientos ante el Juez Toscano Garzón giran en torno al manejo del testigo fáctico de NIFA, la Sra. Usher de Ranson. Esto no causa sorpresa ya que el testimonio de primera mano de la Sra. Usher de Ranson como parte del equipo de venta de bienes inmuebles de Merck durante las negociaciones con NIFA es sumamente perjudicial para el caso de Merck. Merck alega que la Sra. Usher de Ranson fue examinada dos veces sin la presencia de Merck, sin haber notificado a Merck de antemano y sin haber abordado muchas de las preguntas que Merck elaboró para la testigo⁶¹⁸.

400. Eso no sólo es una exageración atroz de lo que en realidad sucedió, sino también un encubrimiento de la función del propio abogado de Merck. Como se describe más abajo, en ambos casos, se entregaron las debidas notificaciones; en ambas ocasiones, los abogados de Merck tuvieron la oportunidad de presentar preguntas por adelantado para la testigo y de asistir a las sesiones de declaraciones juradas.

401. Para empezar, se debe recordar que el sistema jurídico del Ecuador es un sistema de derecho civil, y, como sucede en muchos sistemas de derecho civil, la conducción del juicio queda en gran parte en manos de un juez. Por ejemplo, el juez tradicionalmente ha asumido el papel dominante en la interrogación de los testigos. Las partes y sus asesores legales no

⁶¹⁸ *Ver id.*, ¶ 271(a) (“la Corte de Primera Instancia programó el testimonio del único testigo de hecho de NIFA *sin dar a MSDIA una notificación útil ni la oportunidad de asistir al interrogatorio*”).

interrogan a los testigos oralmente⁶¹⁹, sino que entregan preguntas por escrito en las cuales se basa el tribunal para dirigir la declaración de los testigos. En ese aspecto, el sistema jurídico del Ecuador difiere de las jurisdicciones de derecho común, pero no puede considerarse que esa diferencia sea como menos justa en ningún sentido. Los medios por los cuales diferentes sistemas administran justicia a los litigantes varían, y los conceptos del debido proceso que respetan los distintos sistemas jurídicos, como por ejemplo *audi alteram partem*, están sujetos a distintas reglas, como señaló el abogado de la Demandante en otra parte⁶²⁰.

402. La petición inicial de NIFA de tomar la declaración de la Sra. Usher de Ranson se hizo durante el periodo de exhibición de pruebas de diez días. NIFA solicitó que la Sra. Usher de Ranson fuera examinada repentinamente porque era una testigo no residente quien solo estaría en Ecuador brevemente. Debido a su disponibilidad por poco tiempo, el tribunal concedió enseguida la petición de NIFA⁶²¹. El secretario del tribunal notificó la orden a los casilleros de los abogados de ambas partes el 25 de junio de 2004, a las 5:20 PM⁶²². Conforme al derecho del Ecuador, la

⁶¹⁹ Desde que entró en vigencia la Constitución de 2008, algunos jueces han permitido que los abogados realicen un contrainterrogatorio ante la presencia del juez. Sin embargo, esta es una práctica minoritaria, y el Código de Procedimiento Civil todavía no se modificó en tal sentido. La Asamblea Nacional está considerando actualmente enmiendas al Código de Procedimiento Civil.

⁶²⁰ “Las jurisdicciones de derecho civil tampoco permitan en general ya sea el interrogatorio o contra interrogatorio directo de los testigos (y esto sigue siendo) comparativamente poco habitual en muchos procedimientos de derecho civil: ‘la idea de que un abogado por una parte presente un testigo en el formato de preguntas y respuestas del interrogatorio directo del derecho consuetudinario es un tanto desagradable como para convocar a los abogados civiles’. Más generalmente, la presentación de pruebas en las jurisdicciones de derecho civil está controlada en gran parte por el tribunal, y las partes no tienen prácticamente ningún derecho a exigir materiales pertinentes una de la otra o de los testigos, de igual manera, los tribunales de derecho civil rara vez han ordenado (u ordenan) que las partes presenten materiales que no han mencionado voluntariamente como prueba”. G. Born, *INTERNATIONAL ARBITRATION: CASES y MATERIALS*, págs. 758-759 (2011) (RLA-101) (Énfasis añadido, se omitió la cita).

⁶²¹ Ver Providencia de la Corte de Primera Instancia del 25 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA* (C-143).

⁶²² *Íd.*, pág. 4. La certificación del funcionario judicial está colocada después de la sentencia y dice lo siguiente:

En Quito, 25 de junio de 2004 a las 5:20 PM, notifiqué de la decisión que antecede al REPRESENTANTE LEGAL DE NUEVA INDUSTRIA FARMACÉUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA S.A.) en el casillero judicial No. 809 del Dr. ANDRADE DÁVILA JUAN CARLOS, MERKSHARP DOHME (INTER AMERICAN), ORTIZ MONASTERIO LUIS EDUARDO, WINTOUR ENRIQUE CARLOS FEDERICO, en el casillero judicial No.

certificación del secretario judicial – a menos que existan pruebas convincentes que indiquen lo contrario—constituye una prueba concluyente y objetiva de que esas órdenes se notificaron a los abogados respectivos⁶²³. Por lo tanto, el 25 de junio de 2004, a las 5:20 PM, ambos abogados de NIFA y Merck recibieron la *misma* notificación de la orden⁶²⁴.

403. De conformidad con las mejores prácticas judiciales del Ecuador, los abogados litigantes diligentes revisan sus casilleros judiciales al menos tres veces al día, lo cual incluye al finalizar el día, y en especial durante las etapas activas de un caso, como por ejemplo, el periodo de exhibición de pruebas, cuando pueden ocurrir nuevos acontecimientos cada hora⁶²⁵. Además, los casilleros judiciales de los abogados están accesibles entre las 8:00 AM y 6:30 PM. Se esperaría que los abogados de Merck hubiesen revisado su casillero judicial al finalizar el día, el viernes 25 de junio, y que hubiesen retirado la notificación colocada allí a las 5:20 PM.

404. Efectivamente, al contrario de sus afirmación ante este Tribunal⁶²⁶, el abogado de Merck reconoció en un alegato posterior ante el tribunal de primera instancia que “me fue entregada [la notificación del 25 de junio de 2004] a las 6:00 p.m. del mismo día”⁶²⁷. Así, el Sr. Ponce admitió

572 del Dr. PONCE PALACIOS LUIS.

– *Certifico.*

[Firma ilegible]

Íd.

⁶²³ Opinión de Aguirre, ¶ 7.7.4.

⁶²⁴ Providencia de la Corte de Primera Instancia del 25 d junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, pág. 4 (C-143).

⁶²⁵ *Ver* Opinión de Aguirre, ¶ 7.7.4, nota al pie 34.

⁶²⁶ Declaración de Ponce, ¶ 11 (“Como no tuvimos acceso a nuestro casillero judicial hasta las 8:00 hrs. de la mañana del día lunes, 28 de junio, no recibimos la notificación del interrogatorio programado de la Sra. Usher de Ranson hasta después de que terminó su testimonio”).

⁶²⁷ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (30 de agosto de 2005), pág. 1 (R-

que fue notificado debidamente un día laboral antes del interrogatorio de la Sra. Usher de Ranson. Esta admisión contradice su declaración ante este Tribunal de que no recibió la notificación “sino hasta después de que había finalizado el testimonio” y que “[no pudieron], por lo tanto, estar presentes para observar su testimonio, y que [ellos] no tuvieron oportunidad de hacerle preguntas en la contrainterrogación”⁶²⁸.

405. Se tomó declaración a la Sra. Usher de Ranson el día laboral siguiente a la notificación, el 28 de junio de 2004⁶²⁹. Según el Dr. Alejandro Ponce Martínez, en principio, no hubo nada poco habitual en programar la declaración para el siguiente día laboral⁶³⁰. Más importante aún es el hecho de que, a pesar de que los abogados de la testigo no estuvieron presentes para asistir a su declaración o presentar interrogatorios antes de que se le tomara testimonio, Merck no sufrió ningún perjuicio pues el tribunal concedió a Merck una petición posterior de que se tomara una segunda declaración a la Sra. Usher de Ranson. Esa petición, que fue presentada al día siguiente, el 29 de junio de 2004, fue acompañada por interrogatorios escritos para que contestara la Sra. Usher de Ranson que Merck podía haber presentado antes de que ella rindiera declaración, pero no lo hizo⁶³¹. En la petición, se solicitaba que los interrogatorios fueran presentados a la Sra.

46). (Énfasis añadido.)

⁶²⁸ Declaración de Ponce, ¶ 11.

⁶²⁹ Testimonio de Anne Kareen Ranson [también llamada Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (28 de junio de 2004) (C-144).

⁶³⁰ Declaración de Ponce, ¶ 11 (“Cabe señalar que, *según mi extensa experiencia*, el periodo para empezar a tomar declaraciones normalmente se fija a las 14:00 horas (2 de la tarde) del siguiente laborable, como lo más temprano...”) (Énfasis añadido)).

⁶³¹ Petición de MSDIA del 29 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (C-145) (“El Artículo 24, numeral 15 de la Constitución Política de la Nación establece, como garantía del debido proceso, que en cualquier tipo de procedimiento, los testigos deberán comparecer ante el juez y responder el correspondiente interrogatorio. Basándose en esta disposición constitucional, solicitamos que por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores y por medios diplomáticos, usted apele al cónsul del Ecuador en Ciudad de Panamá, para que vuelva a interrogar a la Sra. Anne Kareen Ranson, con respecto a lo siguiente...”). En una petición separada presentada en la misma fecha, Merck pretendió descalificar el testimonio de Usher de Ranson alegando que ella no tenía conocimiento personal de los hechos pertinentes porque había sido removida del equipo negociador de bienes raíces de Merck. *Ver* la Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (29 de junio de 2004) (R-23). El 30 de junio de 2004, a las 8:32 de la mañana, el tribunal admitió todas las pruebas propuestas por las partes. En esta orden, el Juez Toscano tomó nota de la descalificación de la Sra. Usher de Ranson por parte de Merck.

Usher de Ranson en el Consulado del Ecuador en Panamá, donde ella residía⁶³².

406. Vale la pena señalar que, contrariamente a la declaración de Merck ante este Tribunal, en la petición de Merck no se “objetó el testimonio de la Sra. Usher de Ranson debido a falta de notificación”⁶³³.

407. Como reconoce el abogado de Merck en el caso, el Juez Toscano concedió esa petición⁶³⁴ y la resolución sobre el caso esperó hasta que la Sra. Usher de Ranson rindiera otro testimonio.

408. Pasó un año después de la primera declaración juramentada de la Sra. Usher de Ranson, y aunque durante meses las partes habían planeado interrogarla en el Consulado del Ecuador en Panamá, Merck no presentó ninguna pregunta adicional para plantearse a la testigo durante su segunda declaración juramentada.

409. Al final de ese año, NIFA informó al tribunal que la Sra. Usher de Ranson se encontraba nuevamente en Quito. El Juez Toscano acordó interrogar a la testigo planteándole las preguntas de Merck durante su estadía⁶³⁵. Las preguntas de Merck se plantearon palabra por palabra y fueron respondidas por la Sra. Usher de Ranson el 29 de agosto de 2005⁶³⁶.

410. Así, las afirmaciones de Merck de que no fue notificada del testimonio inicial de la Sra. Usher de Ranson, que se le impidió asistir y que no tuvo oportunidad de hacerla contrainterrogar

Conforme al derecho del Ecuador, el juez toma conocimiento de la descalificación de un testigo y decide si la descalificación tiene o no justificativo en el momento de pronunciar la sentencia. *Ver* la Providencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA* (30 de junio de 2004) (R-28).

⁶³² Petición de MSDIA del 29 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (C-145).

⁶³³ Memorial de la Demandante, ¶ 48 (que cita la Petición de MSDIA del 29 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (C-145))

⁶³⁴ Declaración de Ponce, ¶ 12.

⁶³⁵ NIFA no planteó ninguna pregunta adicional desde su primera deposición.

⁶³⁶ Testimonio de Anne Karsen Renson [también llamada Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (29 de agosto de 2005), pág. 1 (C-149) (“En Quito, el 29 de agosto de 2005, a las 14:20, la Sra. Anne Karsen Renson compareció ante el abajo firmante, Juan Toscano Garzón, Abogado, Juez del Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha para prestar declaración y responder las preguntas planteadas por la demandada.”)

no están sustentadas por las pruebas en el presente arbitraje. No solo se notificó debidamente a Merck, como reconoció su mismo abogado, sino que podía haber presentado preguntas escritas para plantearle a ella por adelantado. El abogado de Merck también podía haber asistido a su testimonio, si se hubiese hecho el debido seguimiento a esa notificación.

411. Además, Merck no sufrió ningún perjuicio en ningún caso. Como ya se señaló, en Ecuador, no existe el derecho de confrontar directamente al testigo mediante un conainterrogatorio y, por lo tanto, el hecho de que el abogado no haya asistido era superfluo⁶³⁷. Las notificaciones de declaraciones se dan para permitir que la parte contraria tenga la oportunidad de presentar sus preguntas por escrito ante el juez⁶³⁸, y todas las preguntas que Merck presentó oportunamente fueron planteadas a la testigo por el Juez Toscano.

Merck recibió una transcripción completa del testimonio y posteriormente presentó preguntas de conainterrogatorio basándose en ese testimonio, y todas ellas fueron planteadas a la testigo por el Juez Toscano durante la segunda declaración juramentada que se llevó a cabo a pedido de la propia Merck. Además, Merck pudo hacer que otro de sus empleados de su agencia de venta de

⁶³⁷ Opinión de Aguirre, ¶ 7.7.3.

⁶³⁸ Opinión de Aguirre, ¶ 7.7.3. De acuerdo con el Artículo 219 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador (RLA-107):

Si una parte necesita interrogar a un testigo, esa parte debe presentar al juez la lista de testigos que rendirán testimonio, así como también el cuestionario que será la base del interrogatorio.

El juez ordenará que la petición (de tomar la declaración del testigo) se transmita a la otra parte, para permitir a esa otra parte que pida que los testigos también testifiquen sobre otros hechos, que se plantearán en el cuestionario.

El juez determinará, a la luz de la demanda, la respuesta a la demanda y los antecedentes del proceso, qué preguntas deben responder los testigos de entre las planteadas por cada parte; y el juez tiene derecho a hacer cualquier consulta o formular cualquier pregunta tomando en cuenta las características del testigo, y haciendo esas preguntas a medida que el testigo las vaya respondiendo, de acuerdo con la capacidad intelectual del testigo.

[...]

El juez indicará la fecha y la hora para comenzar la deposición. Esto se notificará a las partes para que puedan asistir al procedimiento.

bienes raíces testificara para refutar a la Sra. Usher de Ranson⁶³⁹.

412. Pero Merck también busca desacreditar la segunda declaración juramentada de la Sra. Usher de Ranson. Merck alega que no fue notificada debidamente de su segunda declaración juramentada y que el juez no presentó a la testigo las otras preguntas escritas que Merck había presentado para tal fin. Ninguna de esas afirmaciones está sustentada por pruebas en el presente caso.

413. En la segunda providencia de declaración juramentada de la corte, emitida el *jueves* 25 de agosto de 2005, se indicó que se tomaría la declaración juramentada de la Sra. Usher de Ranson “a partir del [*lunes*] 29 de agosto desde las 9 AM”⁶⁴⁰. La orden de la corte fue notificada a los abogados del caso el 25 de agosto de 2005, a las 4:49 PM⁶⁴¹. Nuevamente, de conformidad con la práctica, se esperaba que el abogado hubiese revisado su casillero judicial al final del día hábil y hubiese retirado la notificación a tiempo para asistir a la declaración juramentada y a tiempo para presentar cualquier pregunta adicional. La declaración del Sr. Ponce sobre que “no fueron

⁶³⁹ Ver testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (18 de octubre de 2005) (C-151).

⁶⁴⁰ Providencia de la Corte de Primera Instancia del 25 de agosto de 2005, *NIFA contra MSDIA*, pág. 1 (C-147).

⁶⁴¹ *Íd.* La certificación de la notificación fue firmada por el funcionario judicial:

En Quito, el 25 de agosto de 2005, a las 4:49 PM, notifiqué de la resolución precedente al REPRESENTANTE LEGAL DE NUEVA INDUSTRIA FARMACÉUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA S.A.) en el casillero judicial No. 899 del Dr. ANDRADE DÁVILA JUAN CARLOS, MERKSHARP DOHME (INTER AMERICAN), ORTIZ MONASTERIO LUIS EDUARDO, WINTOUR ENRIQUE CARLOS FEDERICO, en el casillero judicial No. 572 del Dr. PONCE PALACIOS LUIS.

– Certifico.

[Firma ilegible]

Funcionario Judicial Jefe

Íd. Ver Opinión de Aguirre, ¶ 7.7.4.

notificados de la audiencia” no está sustentada con las respectivas pruebas⁶⁴².

414. Se obtuvo la declaración juramentada de la Sra. Usher de Ranson el 29 de agosto de 2005 a las 14H20⁶⁴³. El abogado de Merck tuvo todo ese día hábil, el viernes 26 de agosto, y toda la mañana del lunes 29 de agosto, para confirmar que la declaración juramentada de la testigo se llevaría a cabo dicho día. En realidad, el Dr. Alejandro Ponce Martínez no niega que sabía la hora en que se llevaría a cabo la declaración juramentada. Él afirma que “cuando supimos de la presencia de la Sra. Usher de Ranson, buscamos el lugar dónde se estaba tomando su testimonio, y no lo encontramos”⁶⁴⁴. El abogado de NIFA contradijo la declaración del Dr. Alejandro Ponce Martínez de que no pudieron encontrar el lugar donde se estaba tomando su declaración juramentada y afirmó que se llevó a cabo en la sala de audiencias⁶⁴⁵.

415. En cuanto a las preguntas adicionales presentadas por el abogado de Merck un año después de la serie inicial de preguntas⁶⁴⁶, Merck las presentó en la mañana del 29 de agosto, a las 8:43 AM, sabiendo muy bien que la declaración juramentada comenzaría a las 9 AM del mismo día.⁶⁴⁷ El tribunal no aceptó las nuevas preguntas porque éstas fueron presentadas muy tarde⁶⁴⁸, más de un año después de que había culminado el periodo probatorio⁶⁴⁹. La única razón

⁶⁴² Declaración de Ponce, ¶ 12.

⁶⁴³ Testimonio de Anne Karsen Renson [también llamada Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (29 de agosto de 2005) pág. 1 (C-149) (“En Quito, el 29 de agosto de 2005, a las 14:20, la Sra. Anne Karsen Renson compareció ante el abajo firmante, Juan Toscano Garzón, Abogado, Juez del Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha para prestar declaración y responder las preguntas planteadas por la demandada.”).

⁶⁴⁴ Declaración de Ponce, ¶ 13.

⁶⁴⁵ Presentación de NIFA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (6 de septiembre de 2005) (R-49).

⁶⁴⁶ El abogado de Merck tuvo todo un año para presentar sus preguntas complementarias, pues la deposición de la testigo en Panamá fue aprobada por el juez. Además, el abogado de Merck tuvo conocimiento de las respuestas iniciales de la Sra. Usher de Ranson a los interrogatorios de NIFA durante más de un año. *Ver* el Testimonio de Anne Kareen Ranson [también llamada Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, (28 de junio de 2004) (C-144).

⁶⁴⁷ Petición de MSDIA del 25 de agosto de 2005, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (R-45).

⁶⁴⁸ Providencia de la Corte de Primera Instancia (1 de septiembre de 2005) (R-48).

⁶⁴⁹ Petición de MSDIA del 25 de agosto de 2005, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (C-146). El

por la que se recibió el testimonio de la Sra. Usher de Ranson con tanto retraso en los procedimientos fue para satisfacer el derecho de Merck de presentar su interrogatorio original. Pero Merck no tenía derecho a presentar una nueva serie de preguntas. Ese intento de introducir nuevas preguntas fue abusivo conforme al derecho del Ecuador. No hay pruebas en el acta de que Merck haya apelado u objetado la decisión del tribunal de primera instancia de no admitir sus nuevas preguntas para Anne Usher de Ranson.

416. El siguiente día hábil, el 30 de agosto, el abogado de Merck solicitó que el testimonio de la Sra. Usher de Ranson se anulara debido a que Merck no había estado presente durante la declaración y el hecho de que el Tribunal no había planteado las nuevas preguntas de Merck⁶⁵⁰. El abogado de NIFA objetó la petición, certificando que la declaración juramentada se tomó en la fecha dispuesta por el tribunal, en la sala de audiencias⁶⁵¹. Posteriormente, el tribunal negó la petición de Merck de que se anulara el testimonio de la Sra. Usher de Ranson⁶⁵².

417. Efectivamente, este fue el cuarto intento de Merck de para excluir las pruebas obtenidas mediante la Sra. Usher de Ranson, lo cual subraya el grado en que tal declaración era perjudicial para el caso de Merck. Después de la declaración juramentada inicial de la testigo a petición de NIFA, Merck recurrió a una variedad de recursos procesales para excluir el testimonio de la Sra. Usher de Ranson, comenzando con su petición de que el testimonio de la testigo era intrascendente⁶⁵³, a ello siguió otra petición de que se anulara su testimonio debido a que no estuvo presente el abogado de Merck durante su declaración juramentada⁶⁵⁴, y una objeción a los

Corte de Primera Instancia ordenó el inicio de la etapa probatoria el 15 de junio de 2004. *Ver* el Expediente Electrónico, Caso No. 2003-1022, *NIFA contra MSDIA*, Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia), Nota 19 (R-121).

⁶⁵⁰ MSDIA también se quejó de que el testimonio se tomó en secreto en un sitio poco habitual. *Ver* la Petición de MSDIA (30 de agosto de 2005) (R-46).

⁶⁵¹ Presentación de NIFA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (6 Sept. 2005) (R-49).

⁶⁵² Providencia de la Corte de Primera Instancia, *NIFA contra MSDIA* (23 de septiembre de 2005) (R-50).

⁶⁵³ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (29 de junio de 2004) (R-23).

⁶⁵⁴ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (30 de agosto de 2005) (R-46).

documentos presentados por la Sra. Usher de Ranson⁶⁵⁵. Pero ninguna de esas peticiones tenía fundamento conforme al derecho del Ecuador.

418. En resumen, no hubo nada “altamente inusual y contrario a los procedimientos judiciales habituales”⁶⁵⁶ en el manejo del testimonio de la Sra. Usher de Ranson. Específicamente, el tribunal no estaba “protegiendo deliberadamente a la testigo de NIFA para que no fuera contrainterrogada”⁶⁵⁷. Es más, como lo admite el propio Dr. Alejandro Ponce Martínez, el tribunal de primera instancia dictó la orden de que la declaración juramentada se tomara en Panamá. También dictó la orden de que se tomara su declaración juramentada cuando posteriormente estuvo en Ecuador. El único motivo por el que se la hizo comparecer por segunda vez fue para interrogarla con las preguntas de Merck. Queda claro que las quejas de Merck respecto al manejo del testimonio de la Sra. Usher de Ranson son inventos artificiales y posteriores a los hechos en vez de graves alegaciones de irregularidades. Esto queda claramente demostrado por el hecho de que la propia Merck no consideró que las presuntas irregularidades eran violaciones al debido proceso suficientemente graves como para justificar su inclusión en su recurso de apelación de la sentencia de primera instancia. En su notificación de controversia, de fecha 8 de junio de 2009, que Merck presentó después del pronunciamiento de la sentencia del tribunal de primera instancia, el 17 de diciembre de 2007, Merck no alegó que hubiera problema alguno con las notificaciones⁶⁵⁸. En su petición de anulación presentada ante el tribunal de apelaciones, Merck tampoco invocó las presuntas irregularidades en cuanto a las notificaciones.

⁶⁵⁵ Presentación de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (1 de septiembre de 2005) (R-47). El abogado de Merck incluso recurrió a apelar la resolución del Juez Toscano de no anular el testimonio de la testigo. *Ver* el Recurso de Apelación de MSDIA en contra del auto, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (28 de septiembre de 2005) (R-51). Cuando el tribunal rechazó el recurso de apelación, el abogado de Merck presentó otra forma de recurso (“recurso de hecho”). *Ver también* Recurso de Hecho de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (6 de octubre de 2005) (R-52). Ambos recursos fueron rechazados por el Juez Toscano por falta de méritos. Conforme al procedimiento civil del Ecuador, esas decisiones no son apelables ante el tribunal de primera instancia; pueden ser causales de una petición de anulación de la sentencia definitiva del tribunal.

⁶⁵⁶ Declaración de Ponce, ¶ 14.

⁶⁵⁷ *Íd.*

⁶⁵⁸ Notificación de la Diferencia a MSDIA (8 de junio de 2009).

Si la cuestión de las notificaciones fue tan “grave” que privó a Merck del debido proceso, las notificaciones podían y debieron haberse presentado como causal de nulidad de la decisión del tribunal de primera instancia⁶⁵⁹. Pero no fue así.

419. Esto contrasta con el efecto abrumador de toda el acta que demuestra que los procedimientos fueron dirigidos por el Juez Toscano de manera imparcial, que dio un tratamiento igualitario a ambos litigantes. En el presente caso, no se ha demostrado que el acta en su totalidad contenga algo que dé indicios de “privaciones repetidas de los derechos básicos del debido proceso de MSDIA” y “fallos procesales infundados y parcializados”⁶⁶⁰.

420. Por el contrario, el acta del tribunal de primera instancia contiene una serie de ejemplos de que el Juez Toscano concedió las solicitudes y peticiones de Merck:

- La corte permitió la declaración juramentada del testigo fáctico de Merck, el Sr. Edgardo Jaen⁶⁶¹, cuya finalidad era refutar el testimonio de la Sra. Usher de Ranson. Dado que el Sr. Jaen tampoco era residente, el Juez Toscano concedió la petición de Merck de que se recibiera su declaración juramentada en el Consulado del Ecuador en Panamá. El 18 de octubre de 2005, el Consulado del Ecuador en Panamá tomó la declaración de Edgardo Jaen⁶⁶².

⁶⁵⁹ Código de Procedimiento Civil del Ecuador (2011) (RLA-107) (“Art. 344.- Sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 1014, el proceso es nulo, total o parcialmente, solo cuando se omitió una de las formalidades sustanciales establecidas en el presente Código. Art. 345. – La omisión de cualquiera de las formalidades sustanciales establecidas en este párrafo, o la violación del proceso descrito en el Artículo 2014 podría emplearse como base para presentar un recurso. Art. 346 – Las siguientes son formalidades sustanciales comunes a todas las causas e instancias... 4) Notificación de la demanda enviada al demandado o a la persona que lo representa legalmente”).

⁶⁶⁰ *Comparar con* el Memorial de la Demandante, ¶ 270.

⁶⁶¹ Expediente Electrónico, Caso No. 2003-1022, *NIFA contra MSDIA*, Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia), Nota 24 (R-121).

⁶⁶² Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre de 2005 (C-151).

- Después de la etapa de exhibición de pruebas, el 28 de marzo de 2006, Merck presentó al tribunal un juramento de Alejandro Yerovi, quien supuestamente tenía conocimiento personal de hechos pertinentes sobre la controversia entre Merck y NIFA⁶⁶³. A pesar de la objeción de NIFA a que se admitiera el juramento del Sr. Alejandro Yerovi⁶⁶⁴, el tribunal aceptó su juramento y rechazó la objeción de NIFA⁶⁶⁵.
- En respuesta a la petición de Merck de que se diera una orden al Superintendente de Compañías para que entregara copias certificadas del balance general de NIFA desde que NIFA se constituyó como compañía, el tribunal de primera instancia solicitó al Superintendente de Compañías que presentara información sobre NIFA, como lo había solicitado Merck⁶⁶⁶.
- En respuesta a la petición de Merck de que el tribunal dictara una orden a las autoridades fiscales para que presentaran las declaraciones de impuestos de NIFA correspondientes a 2002 y 2003, el tribunal solicitó que las autoridades fiscales presentaran la información de NIFA que había solicitado Merck⁶⁶⁷.

421. Además, en el acta hay otros ejemplos que demuestran que el tribunal de primera instancia (Juez Toscano) no estuvo parcializado a favor de NIFA, como sugiere Merck. En su orden del 25 de abril de 2005, sin perjuicio, *ex officio* y conforme al Art. 46(c) de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Juez Toscano invitó a las partes a participar en una audiencia de

⁶⁶³ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (28 de marzo de 2006) (R-55).

⁶⁶⁴ Presentación de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (16 de junio de 2006) (R-57).

⁶⁶⁵ Providencia Judicial, *MSDIA c. NIFA*, Juicio de la Corte de Primera Instancia (TRIAL COURT TRIAL?) (11 Jul. 2006) (R-59).

⁶⁶⁶ Oficio de la Corte de Primera Instancia al Superintendente de Compañías (20 de agosto de 2004) (R-31).

⁶⁶⁷ Oficio de la Corte de Primera Instancia al Director General del Servicio de Rentas Internas (20 de agosto de 2004) (R-32).

mediación en el Centro De Mediación de la Corte Superior de Justicia de Quito⁶⁶⁸. NIFA respondió que no estaba de acuerdo “que el asunto presente sea remitido al Centro de Mediación de la Corte Superior de Justicia de Quito, dado que la compañía demandada en ningún momento mostró la intención de querer resolver el pleito...”⁶⁶⁹. El Dr. Alejandro Ponce Martínez, abogado de Merck, por otra parte, sostuvo que estaban dispuestos a celebrar la audiencia de mediación⁶⁷⁰. Al no contar con el acuerdo mutuo de las partes, el Juez Toscano no pudo remitir el caso a mediación.

422. Los ejemplos anteriores demuestran que se observó el principio de contradicción durante los procedimientos. El principio de contradicción da a cada parte la posibilidad de expresar una opinión sobre las declaraciones de su adversario, a examinar las pruebas del adversario y debatir sobre ellas, y refutarlas con las propias pruebas⁶⁷¹. Merck pudo hacer uso de este derecho.

b) Los procedimientos ante el Jueza Provisional Chang-Huang Castillo

⁶⁶⁸ Expediente Electrónico, Caso No. 2003-1022, *NIFA contra MSDIA*, Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia), Nota 82 (R-121).

⁶⁶⁹ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (26 de abril de 2005) (R-38).

⁶⁷⁰ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia (28 de abril de 2005) (R-39).

⁶⁷¹ El principio de contradicción está comprendido en el principio *audi alteram partem* reconocido por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Pruebas Nucleares*, refiriéndose a la no comparecencia de Francia. La CIJ sostuvo que el principio no es absoluto:

Aunque como órgano judicial, la Corte está consciente de la importancia del principio expresado en la máxima *audi alteram partem*, no considera que este principio impida que la Corte tome en cuenta declaraciones hechas posteriormente a los procedimientos orales, y que simplemente complementan y refuerzan los asuntos ya debatidos en el curso de los procedimientos, declaraciones con las cuales el Peticionante debe estar familiarizado. Así, el Peticionante, habiendo comentado sobre las declaraciones de las autoridades de Francia, tanto las hechas antes de los procedimientos orales como las hechas posteriormente, podría esperar razonablemente que la Corte abordase el asunto y llegase a sus propias conclusiones sobre el significado y efecto de esas declaraciones. La Corte tomó nota de los comentarios del Peticionante y, como opina que no está obligada a consultar con las partes sobre la base de su resolución, determina que reabrir los procedimientos orales no tendría ninguna finalidad útil.

Pruebas Nucleares, (Australia c. Francia), Sentencia, Informes de la C.I.J., 1974, pág. 253, pág. 265 (RLA-26).

423. La segunda categoría de cargos está relacionada con el intento de Merck de impugnar el proceso mediante el cual la Jueza Provisional Chang-Huang finalmente pronunció la sentencia de primera instancia. Merck alega los siguientes vicios procesales:

- a) que no tomó ninguna medida respecto al caso hasta tomó conocimiento del caso el 17 de diciembre de 2009, a las 2:06 PM, fecha en la que emitió la sentencia⁶⁷²;
- b) que las circunstancias indican que la sentencia no fue producto del trabajo de la Jueza Chang-Huang
- c) que la Jueza Chang-Huang admitió que la sentencia fue resultado de una influencia indebida, y
- d) que Merck fue notificada de la sentencia de una manera contraria a las prácticas judiciales generales, y que fue un acto calculado para que Merck perdiera la oportunidad de presentar un recurso de apelación.

424. Ninguna de estas acusaciones está fundamentada con pruebas presentadas y quedan desmentidas por el registro del caso, las prácticas judiciales pertinentes, y las pruebas presentadas por Merck y la Jueza Chang-Huang en los procedimientos que Merck inició en contra de ella⁶⁷³.

425. Primero, Merck no presenta ninguna prueba que demuestre que la jueza no revisó el expediente del caso durante los tres meses después de que fue designada y antes de pronunciar la

⁶⁷² Memorial, ¶ 54.

⁶⁷³ El 21 de abril de 2009, Merck presentó reclamaciones por daños y perjuicios en contra de Victoria Flordelina Chang-Huang Castillo de Rodríguez (Jueza Provisional) y Ricardo Javier López Arauz (Asistente Judicial 1 del Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha) por los honorarios legales adicionales gastados para contratar a un nuevo abogado a fin de abordar la sentencia incorrecta pronunciada mediante conducta judicial indebida (Caso No. 2009-0477). Como reparación, Merck pretendió una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, que fueron el costo de los honorarios legales adicionales. *Ver en general* Expediente Electrónico, Caso No. 2009-0477, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (R-125).

El Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) denegó las acusaciones de Merck en contra de la Jueza Chang Huang en una sentencia del 28 de junio de 2010. *Ver Id.* Merck apeló contra esa sentencia el 30 de junio de 2010. El caso está actualmente bajo consideración judicial ante la Corte de Apelaciones. *Ver en general*, el Expediente Electrónico, Caso No. 2010-1037, *MSDIA c. Chang Huang*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala Civil y Comercial (Tribunal de Segunda Instancia) (R-123).

sentencia. La Jueza Provisional Chang Huang testificó que estudió sus casos, entre ellos el caso *NIFA c. Merck*, cada vez más a fondo durante un cierto periodo; expresamente negó haber dedicado apenas unos días, y mucho menos apenas unas pocas horas, a la resolución del presente caso⁶⁷⁴.

426. Merck también pone reparos al hecho de que “[l]as actas del tribunal además revelan que su primer acto en el caso—el de ‘tomar conocimiento’ del asunto, un acto conforme al procedimiento civil del Ecuador mediante el cual un juez formalmente asume la jurisdicción—el 17 de diciembre de 2007, a las 2:06 PM”⁶⁷⁵, insinuando que ello implica que en “menos de tres horas y media... la Jueza Chang-Huang pronunció una decisión de 15 páginas en la que resuelve sobre la responsabilidad civil y los daños y perjuicios completamente a favor de NIFA”⁶⁷⁶. Pero si se consideran las prácticas judiciales corrientes, esa conducta no se deduce de su premisa. Tomar conocimiento de un caso no es una condición previa para que un juez revise el acta⁶⁷⁷. Ni tampoco indica en qué momento el juez comenzó a trabajar en la sentencia⁶⁷⁸. El acto de tomar conocimiento es un paso procesal formal, que se debe registrar antes de que el juez dicte una orden o pronuncie una sentencia en un caso⁶⁷⁹. Por lo tanto, el momento en que un juez tomó conocimiento del caso no tiene nada que ver con el tiempo que dedicó a preparar la sentencia o a revisar el expediente del caso. Sin embargo, sí refleja el momento en que el juez está listo para publicar su decisión. Por lo general, se deja constancia de ese paso al principio de la sentencia⁶⁸⁰.

⁶⁷⁴ Declaración Testimonial de Victoria Chang-Huang Castillo, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (13 de enero de 2009) (en respuesta a las Preguntas 48, 50, 51, 59, 71, 77, y 104) (R-69).

⁶⁷⁵ Memorial, ¶ 54.

⁶⁷⁶ *Íd.*

⁶⁷⁷ Opinión de Aguirre, ¶ 7.7.6.

⁶⁷⁸ *Íd.*

⁶⁷⁹ Como regla general, los jueces toman conocimiento del caso solo después de estudiar los autos para asegurarse de que no surja ningún conflicto de intereses.

⁶⁸⁰ *Ver también* Sentencia de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, pág. 1 (C-203) (“tomamos conocimiento del presente caso de conformidad con los Artículos 183 y 190 del Código Orgánico de la Función Judicial y el Artículo

Eso fue precisamente lo que hizo la Jueza Provisional Chang Huang en la sentencia del tribunal de primera instancia⁶⁸¹.

427. Además, la insinuación de Merck pasa por alto la postura procesal del caso que resulta del hecho de que la Jueza Chang Huang reemplazó al juez anterior y tuvo que retomar el caso desde el punto en que quedó. En el Ecuador, el trabajo judicial en los casos es iterativo; a medida que un caso pasa de un juez a otro sucesivamente, cada juez trabaja en base al trabajo del juez o jueces anteriores, lo cual no se indica en el expediente judicial. Por lo tanto, es normal que el trabajo de un juez subsiguiente se complete mucho antes de que obtenga acceso formalmente al expediente judicial o que tome conocimiento formalmente de un caso⁶⁸².

428. En resumen, Merck no ha demostrado que haya existido irregularidad alguna con relación al tiempo que la Jueza Provisional Chang Huang dedicó a elaborar la sentencia.

429. Las pruebas presentadas por Merck tampoco demuestran irregularidades con relación a la redacción de la sentencia. Es intrascendente que la Jueza Chang Huang no haya escrito personalmente toda la sentencia. Como testificó la propia Jueza Chang Huang, las secciones de las sentencias que ella emitió que exponen el historial procesal y la exposición de las afirmaciones de las partes, por lo general, son redactadas por sus asistentes⁶⁸³. Esa no es una práctica judicial poco común, y es desde luego algo corriente en los tribunales del país de la propia Merck.

430. Además, las similitudes en la redacción entre las afirmaciones fácticas de la demanda de NIFA y la exposición de las afirmaciones de NIFA en la sentencia del tribunal de primera instancia no causan sorpresa y son totalmente corrientes dado que la exposición de las

I de la Ley de Casación.”)

⁶⁸¹ Sentencia de la Corte de Primera Instancia, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 17 de diciembre de 2007 (C-3).

⁶⁸² *Ver* Opinión de Aguirre, ¶ 7.7.6.

⁶⁸³ Declaración Testimonial de Victoria Chang-Huang Castillo, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (13 de enero de 2009) (en respuesta a las preguntas 48, 50, 51, 59, 71, 77 y 104) (R-69).

afirmaciones fácticas se atribuye expresamente al representante del demandante: las primeras 8 páginas de la sentencia (las primeras 8 páginas de la traducción en inglés de Merck) todas comienzan con las palabras introductorias: “Él afirma:...”⁶⁸⁴ Este prefacio claramente indica que la sentencia cita de manera textual las afirmaciones fácticas de la demandante NIFA. Cabe recalcar que, si bien Merck omitió esto, la sentencia también cita de manera textual las defensas presentadas *por Merck*⁶⁸⁵. Esa práctica de redactar la sentencia incorporando expresamente las respectivas afirmaciones de las partes no tiene nada de extraordinario. Como testificó la Jueza Chang Huang, ella redactó el razonamiento y la parte dispositiva de la sentencia⁶⁸⁶. Por lo tanto, las pruebas de Merck no demuestran que haya existido irregularidad alguna respecto a la autoría de la sentencia.

431. El intento de Merck de demostrar que la sentencia fue resultado de una influencia indebida es igualmente infundado. Merck pretende impugnar la sentencia del tribunal de primera instancia alegando que la propia Jueza Provisional Chang Huang admitió en dos supuestas conversaciones privadas que la sentencia fue resultado de una influencia indebida. Pero este intento adolece de cinco fallas: no existen pruebas directas de influencia indebida. La propia Jueza Chang Huang negó tanto el hecho de las supuestas conversaciones como que haya existido una influencia indebida. Esas alegaciones fueron rechazadas por un tribunal que fue convocado a petición de Merck para resolver sobre ellas. Las dos conversaciones en las que supuestamente se hicieron las supuestas admisiones se basan en declaraciones de personas interesadas relacionadas

⁶⁸⁴ Sentencia de la Corte de Primera Instancia, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 17 de diciembre de 2007, pág. 1 (C-3) (“Él declara: a) Que Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (NIFA S.A.) es una compañía farmacéutica ecuatoriana que ha estado produciendo y comercializando medicamentos en el mercado interno por los últimos veintiocho años...”)

⁶⁸⁵ Sentencia de la Corte de Primera Instancia, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 17 de diciembre de 2007, pág. 8 (C-3), (“[L]a compañía demandada comparece en juicio y propone las siguientes defensas: 1) Niega que algunos de los puntos fácticos del caso sean verdaderos, especialmente la declaración de que Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation fue la que dio por terminadas las negociaciones que estaban en curso, pues fue la demandante la que decidió suspender y terminar todas las negociaciones...”)

⁶⁸⁶ Declaración Testimonial de Victoria Chang-Huang Castillo, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (13 de enero de 2009) (en respuesta a las preguntas 48, 50, 51, 59, 71, 77 y 104) (R-69).

con Merck en circunstancias poco creíbles. Y las dos historias que supuestamente relató la Jueza Chang Huang se contradicen una a la otra por completo.

432. En la Réplica de Merck durante los procedimientos de medidas interinas, Merck se sustentó en las declaraciones presuntamente hechas por la Jueza Temporal Chang Huang a los dos clientes del Sr. Marcelo Santamaría Martínez, uno de los abogados de Merck en el pleito de *NIFA*, cuando estos lo acompañaron al tribunal y se reunieron con la Jueza Chang Huang en septiembre de 2008⁶⁸⁷. Pero incluso una evaluación superficial de dichas declaraciones demuestra que esos testigos no testificaron que ella haya admitido algún acto ilícito en el pleito de *NIFA*. Como señaló Ecuador en su Dúplica (sobre medidas interinas), Merck presentó “[d]os declaraciones testimoniales, con un contenido que obviamente la favorecía y que en su mayor parte habían sido dictados por su abogado local⁶⁸⁸. Sin embargo, lo más interesante es que Merck presentó esas declaraciones testimoniales en su escrito de demanda en contra de la Jueza Chang Huang ante Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha. Merck no consideró pertinente presentar la decisión que se pronunció en su caso⁶⁸⁹. En su sentencia, el tribunal del Ecuador desechó el testimonio de los testigos como lo exigía el Art. 216 (6) del Código de Procedimiento Civil, afirmando que los testigos en cuestión tenían una “relación de dependencia” con el estudio jurídico Quevedo & Ponce (abogados locales de Merck) y, por lo tanto, no tenían una postura imparcial⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ Ver el Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA c. Chang-Huang* (4 de diciembre de 2008) (C-88); Ver el Testimonio de María Cristina Ponce Villacís, *MSDIA c. Chang-Huang* (C-89).

⁶⁸⁸ Testimonio de Jorge Pinos, *MSDIA c. Chang-Huang*, Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (4 de diciembre de 2008) (C-88); ver el Testimonio de María Cristina Ponce, *MSDIA c. Chang-Huang*, Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (4 de diciembre de 2008) (C-89).

⁶⁸⁹ Dúplica del Ecuador, ¶ 40. Ver el Expediente Electrónico, Caso No. 2009-0477, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia), Nota 26 (R-125).

⁶⁹⁰ Expediente Electrónico, Caso No. 2009-0477, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia), Nota 26, pág. 11 (R-125). Los dos testigos acompañaron al abogado local de Merck para solicitar una resolución sobre un divorcio de mutuo consentimiento. Conforme al Artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, los testigos dependientes no se consideran testigos idóneos. Ver Código de Procedimiento Civil (RLA-107).

433. Pero Merck sigue sustentándose en esas declaraciones⁶⁹¹. Además, ha presentado una declaración completamente nueva del Sr. Santamaría, quien presuntamente mantuvo una conversación totalmente diferente con la Jueza Chang Huang el 9 de marzo de 2012⁶⁹². El Sr. Santamaría declara que durante esa conversación, la Jueza Chang Huang convenientemente “confirmó que habían ocurrido graves incorrecciones con relación al pronunciamiento de la sentencia de primera instancia”⁶⁹³. ¿Qué declaró presuntamente la ex Jueza Chang Huang? Que “*fue una jugarreta que me hicieron esos borrachos sinvergüenzas Juan [Toscano] y Ricardo López [asistente judicial], porque yo era nueva en el juzgado [Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha]*”⁶⁹⁴. También presuntamente declaró que “no recibió un solo centavo por ese fallo”⁶⁹⁵.

434. El Sr. Santamaría alega que grabó esa conversación “unos meses después”⁶⁹⁶. Sin embargo, también afirma que su grabación es “literal”.⁶⁹⁷ La capacidad de recordar meses después una conversación tan detalladamente es rara y es común que tales recuerdos sean falibles. Lo que resulta todavía más peculiar es que Merck no mencionó en absoluto ese encuentro crucial en los alegatos sobre medidas interinas de Merck, todo lo cual fue posterior a la fecha del presunto encuentro.

435. Además de ser un testimonio de oídas presentado por el propio abogado o los testigos de Merck que tenían una relación de dependencia con el abogado, las declaraciones son poco fiables por otras razones contundentes. La propia Merck reconoce que “no concuerdan”⁶⁹⁸. Y por motivos evidentes. Según la versión más reciente de oídas, el Sr. Santamaría alega que la Jueza

⁶⁹¹ Memorial de la Demandante, ¶ 189; Declaración de Ponce, ¶ 23.

⁶⁹² Merck presentó su solicitud de medidas interinas el 12 de junio de 2012.

⁶⁹³ Declaración de Ponce, ¶ 24; Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, ¶ 3.

⁶⁹⁴ Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, informe adjunto, ¶ 2.

⁶⁹⁵ *Íd.*

⁶⁹⁶ *Íd.*, ¶ 3.

⁶⁹⁷ *Íd.*

⁶⁹⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 189.

Chang Huang le dijo que “fue una *jugarreta*” de parte del Juez Toscano y su asistente López⁶⁹⁹. Él comenta que la Jueza Chang Huang le dijo que el Sr. López obtuvo su firma sin que ella se diera cuenta de lo que estaba firmando⁷⁰⁰. Pero en las declaraciones previas rendidas por los dos testigos, que en 2008 acompañaron al Sr. Santamaría a la Sala de la Jueza Chang Huang por un asunto diferente, la Jueza Chang Huang presuntamente declaró que “todos querían interferir con su decisión y que le estaban poniendo presión”⁷⁰¹. El mismo testigo además expresó que la Jueza Chang Huang “no especificó qué tipo de presión” se le había puesto⁷⁰². Eso no es una prueba confiable de que haya existido una irregularidad.

436. En su propio testimonio presentado ante el tribunal en los procedimientos de *Merck c. Chang Huang*, la Jueza Chang Huang no declaró nada sobre que en general se vio “presionada” o “engañada” para pronunciar sus sentencias. Por el contrario, afirmó que redactó la sección dispositiva de la sentencia y negó repetidas veces que otras personas (ajenas) quisieran interferir o hayan interferido con su decisión⁷⁰³. También negó específicamente conocer o recordar al Sr. Santamaría, mucho menos haber tenido una conversación con él sobre el caso NIFA⁷⁰⁴.

437. En resumen, Merck no ha demostrado, mucho menos con las pruebas claras y convincentes necesarias, que haya habido una influencia indebida en la sentencia de primera instancia.

⁶⁹⁹ Ver Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, e informe adjunto, ¶ 2.

⁷⁰⁰ Ver Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, e informe adjunto, ¶ 2; Declaración de Ponce, ¶¶ 24-25.

⁷⁰¹ Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA c. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre de 2008, pág. 2 (C-88) (en respuesta a la Pregunta 9). Ver también Anexo C-89, Testimonio de María Cristina Ponce Villacís, *MSDIA c. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre de 2008, pág. 2 (en respuesta a la Pregunta 9 (respuesta diferente)).

⁷⁰² Anexo C-88, Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA c. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre de 2008, pág. 2 (en respuesta a la Pregunta 13 (“Testigo, por favor declare si, en la mencionada ocasión, la Dra. Victoria Chang-Huang de Rodríguez también expresó que cuando asumió el cargo por primera vez, se le puso presión. RESPUESTA: Sí, dijo que se le puso presión, y sin embargo no especificó qué tipo de presión.”)

⁷⁰³ Declaración Testimonial de Victoria Chang-Huang Castillo, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (13 de enero de 2009) (R-69) (en respuesta a las Preguntas 59, 60).

⁷⁰⁴ *Íd.* (en respuesta a las Preguntas 53, 58).

438. Finalmente, la historia de Merck de que fue notificada de la sentencia del tribunal incorrectamente y de forma deliberada para que Merck perdiera el periodo de apelación también adolece de muchos vacíos. La sentencia del tribunal de primera instancia contiene al final de su primera página una certificación del funcionario judicial de que la sentencia se notificó a las partes a las 5:30pm del 17 de diciembre de 2007⁷⁰⁵. Además, las pruebas de que el abogado de Merck fue notificado físicamente de la sentencia están en el boletín diario del tribunal que da una lista de todas las notificaciones entregadas por el tribunal⁷⁰⁶. Como se declaró anteriormente, a menos que se refute con pruebas convincentes, la certificación del funcionario judicial constituye una prueba definitiva de que la sentencia fue notificada al abogado de las partes como se indica ahí⁷⁰⁷. Ambos documentos que certifican la notificación sirvieron de sustento a la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en los procedimientos de *Merck c. Chang Huang* para concluir que la sentencia fue entregada físicamente en los casilleros judiciales de los dos abogados como se indica en ella⁷⁰⁸.

439. Pero incluso si la sentencia entregada en los casilleros judiciales de los dos abogados por algún motivo hubiese desaparecido, la propia Merck admitió que recibió un correo electrónico del juzgado, lo cual es práctica corriente, que indicaba una comunicación adjunta del tribunal y que efectivamente adjuntaba una copia electrónica de al menos una parte importante de la sentencia. Esa notificación por correo electrónico con el adjunto fue enviada a la dirección de correo electrónico del Dr. Luis Ponce Palacios, uno de los abogados locales de Merck de la firma Quevedo & Ponce (y colega del Dr. Alejandro Ponce Martínez).

⁷⁰⁵ Anexo C-3 (“En Quito, el 17 de diciembre de dos mil siete, a las 17 horas y treinta minutos, noté la sentencia precedente: al REPRESENTANTE LEGAL DE NUEVA INDUSTRIA FARMACEUTICA ASOCIADA S.A. (NIFA S.A.) en el casillero No. 809 del Dr. ANDRADE DAVILA JUAN CARLOS ORTIZ MONASTERIO LUIS EDUARDO. MERKSHARP DOHME (INTER AMERICAN). WINTOUR ENRIQUE CARLOS FEDERICO en el casillero No. 572 del Dr. PONCE PALACIO LUIS. Certifico.”)

⁷⁰⁶ Boletín de Notificaciones, Corte de Primera Instancia (17 de diciembre de 2007) (R-60). *Ver* Opinión de Aguirre, ¶ 7.7.5 y nota al pie 37.

⁷⁰⁷ Opinión de Aguirre, ¶¶ 7.7.4, 7.7.5.

⁷⁰⁸ Expediente Electrónico, Case No. 2009-0477, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia), Nota 26, en la pág. 13 (R-125).

440. El Sr. Luis Ponce testificó que el documento adjunto al correo electrónico estaba incompleto; pero no testifica que no se podía discernir que el adjunto era una sentencia o que se sintió confundido respecto a si lo que había recibido era una sentencia, o una simple orden o notificación⁷⁰⁹. Ni tampoco podía existir tal cosa. La versión incompleta de la sentencia presuntamente recibida por el Sr. Ponce contenía todos los indicios de una sentencia definitiva, que se inicia con una descripción de las afirmaciones fácticas, luego expone las objeciones del demandado, e incluye la fórmula de redacción que emplean los jueces para indicar que, tomando en cuenta los hechos, se toma la resolución siguiente.

441. Además, la cuestión de la integridad de la transmisión electrónica de la sentencia del tribunal de primera instancia fue planteada y resuelta en el caso *Merck c. Chang Huang*. El tribunal determinó que la versión completa de la sentencia fue grabada en el Sistema de Trámite Judicial Automatizado del Ecuador (SATJE)⁷¹⁰. Se sustentó en la certificación del Departamento de Tecnología de la Información de la Oficina Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura de que la sentencia fue ingresada en el sistema “completa”⁷¹¹. Sin embargo, el tribunal sí señaló las vulnerabilidades del SATJE identificadas por un perito encargado de analizar la integridad de la transmisión de correos electrónicos⁷¹². Explicó que si existía algún error en la

⁷⁰⁹ Anexo C-158, Testimonio de Dr. Luis Ricardo Ponce Palacios, *MSDIA c. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre de 2008, en 1 (en respuesta a la Pregunta 3: “Certifico que el veredicto en cuestión estaba incompleto.”)

⁷¹⁰ Expediente Electrónico, Caso No. 2009-0477, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) pág. 8 (R-125)

⁷¹¹ *Íd.*

⁷¹² *Íd.*

El tribunal explicó lo siguiente:

OCTAVO [. . .]

El perito, en cumplimiento de la tarea que le fue encomendada, Ing. Luis Mafla, presentó su Informe Pericial en las páginas 604 hasta 609, y expresó, entre otras cosas “... él no garantiza la integridad ni la confidencialidad de los mensajes de correo electrónico...,” pág. 605; “... no es posible realizar una comparación exacta entre el documento digital y su copia física ...,” pág. 7;” “...de vez en cuando, su funcionalidad puede apartarse de lo dispuesto en las normas...,” pág. 607. “... ningún sistema de información es perfecto, y puede haber errores de procesamiento o de transmisión. El sistema utilizado por el

transmisión, se debió al hecho de que el SATJE era imperfecto y que podía haber errores en la transmisión. Sin embargo, el tribunal sostuvo que Merck no había demostrado ninguna acción indebida en la transmisión.

442. Lo que queda por demás claro es que los abogados de Merck fueron notificados tanto física como electrónicamente acerca de la sentencia pronunciada. Incluso si fuera cierto que la sentencia se recibió incompleta y/o se extravió del casillero judicial, cualquier abogado diligente se habría puesto en contacto con el tribunal para obtener la versión completa de la sentencia. No existe ninguna prueba de que nadie de la firma Quevedo & Ponce haya tomado inmediatamente esa medida lógica.

443. En cambio, Merck ha presentado una declaración (originalmente presentada en el caso *Merck c. Chang Huang*) de la Sra. María Belén Merchán Mera, que trabajaba para Quevedo & Ponce como asistente encargada de recibir y entregar notificaciones de órdenes judiciales pronunciadas por las diversas judicaturas de este distrito diariamente⁷¹³. Ella afirma que el 19 de diciembre de 2007 (es decir, dos días después de recibir la versión electrónica de la sentencia), verificó el boletín de notificaciones del tribunal y descubrió que se había entregado una notificación en el caso NIFA el 17 de diciembre de 2007⁷¹⁴. Sigue siendo un completo misterio por qué el estudio jurídico experimentado Quevedo & Ponce, avisado de la sentencia desde el 17 de diciembre de 2007, esperó hasta el 19 de diciembre de 2007 para revisar el boletín o pedir al tribunal la versión completa de la sentencia. Sin embargo, la Sra. Merchán no tuvo ninguna

Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE) para la distribución de mensajes de correo electrónico no es seguro. Permite la intervención humana que podría alterar el funcionamiento del sistema, desde la creación del texto de la resolución hasta su almacenamiento en la bandeja de entrada de la computadora del Dr. Luis Ponce Palacios...,” pág. 608. Esta prueba en sí y por sí nos permite entender que la distribución de mensajes de correo electrónico es imperfecta y puede ocasionar errores, pero en ninguna parte de dicho informe se identifica a la persona que puede haber realizado la intervención humana.

⁷¹³ Anexo C-159, Testimonio de María Belén Merchán Mera, *MSDIA c. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre de 2008, en 1-1 (en respuesta a la Pregunta 1).

⁷¹⁴ Anexo C-159, Testimonio de María Belén Merchán Mera, *MSDIA c. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre de 2008, en 1-2 (en respuesta a la Pregunta 6).

dificultad en obtener una copia de la sentencia completa yendo al Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha⁷¹⁵.

444. Cuesta creer el argumento de Merck de que se enteró de la decisión solo porque “nuestro practicante por propia iniciativa revisaba todos los días los boletines de los tribunales de primera instancia”, supuestamente cuando la Sra. Merchán retiró una copia física⁷¹⁶. Como ya se expuso más arriba, el Sr. Luis Ponce testificó que lo que recibió era una sentencia. Por lo tanto, Merck estaba notificada de que se había pronunciado sentencia. La medida tomada por la Sra. Merchán el 19 de diciembre de 2007 pudo haberse tomado el 17 o el 18 de diciembre.

445. Las pruebas de Merck apenas si demuestran que haya habido una irregularidad con respecto a la notificación de la sentencia, mucho menos un complot para engañar a la empresa y hacerla renunciar a su derecho de apelar. En efecto, a la luz de las repercusiones evidentes de la notificación de correo electrónico admitida y la práctica de verificar físicamente los casilleros judiciales, que alguien considerase la “trampa” de ofrecer la menor perspectiva de éxito simplemente no es verosímil.

446. Además, lógicamente, Merck no sufrió ningún perjuicio en absoluto, incluso si su propia

⁷¹⁵ Anexo C-159, Testimonio de María Belén Merchán Mera, *MSDIA c. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre de 2008, en 1-2 (en respuesta a las Preguntas 10, 11, 12). Específicamente, la Sra. Belén Merchán declaró en respuesta a la Pregunta 11:

PREGUNTA DÉCIMO PRIMERA: Sra. Testigo, declare si solo solamente por revisar físicamente los procedimientos entablados por NIFA S.A. en contra de MSD el 19 de diciembre de 2007, pudo conocer que la orden judicial del 17 de diciembre de 2007 contenía una sentencia que condenaba a MSD a pagar doscientos millones de dólares.

RESPUESTA: Sí, solo en el momento en que revisé el expediente pude verificar que era una sentencia que condenaba a MSD a pagar doscientos millones de dólares y cincuenta mil dólares por los honorarios de la otra parte.

Íd.

Además, Carlos Espín Arias, asistente del Dr. Luis Ponce Palacios, que era responsable de supervisar los procedimientos, indicó que el caso estaba en los archivos y obtuvo una copia de la sentencia el 19 de diciembre de 2007. Expediente Electrónico, Caso No. 2009-0477, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia), Nota 26 en pág. 11 (R-125).

⁷¹⁶ Declaración de Ponce, ¶ 20.

falta de diligencia la llevó a malinterpretar la importancia de la notificación por correo electrónico. Merck pudo presentar y presentó su recurso de apelación dentro del plazo legal⁷¹⁷.

447. Lo siguiente queda claro: Las afirmaciones de Merck sobre el debido proceso no son más que quejas insignificantes muy bien escogidas y exageradas para dar la impresión de que el proceso fue injusto. Fueron alegadas con mucho cuidado para formular la verdadera queja de Merck, que es el monto de la sentencia del tribunal de primera instancia. Este monto fue corregido por la Corte Nacional de Justicia. Lo que ha quedado desde entonces son las quejas insignificantes sin ninguna prueba que las sustente.

448. Las alegaciones de Merck sobre el tribunal de primera instancia no demuestran las graves irregularidades que sustanciarían una reclamación de denegación de justicia. Es claro y evidente que están muy lejos de demostrar que el tribunal “administró justicia de una forma gravemente incorrecta”⁷¹⁸. Incluso si fuesen ciertas – y es claro que no se demostraron en el presente arbitraje-- no “perturban el sentido de corrección judicial y por lo tanto dan lugar a un incumplimiento del estándar mínimo de tratamiento”⁷¹⁹. En este caso, el registro en su totalidad no contiene ningún indicio de que se hayan producido irregularidades que podrían dar lugar a una preocupación de denegación de justicia.

449. Por el contrario, no puede cuestionarse seriamente que se dio a Merck un juicio que coincidió plenamente, por decir lo menos, con el estándar mínimo de justicia reconocido en el derecho internacional. Merck fue representada por varios abogados experimentados y muy conocidos del Ecuador. Las reglas de procedimiento que rigieron el juicio otorgaron a Merck todos los medios de presentar sus defensas y promover sus intereses. Específicamente, el tribunal dio a Merck una oportunidad completa de presentar sus pruebas, presentar sus alegatos escritos y

⁷¹⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 61.

⁷¹⁸ *Azinian, Kenneth Davitian, y Ellen Baca c. los Estados Unidos de México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999), ¶¶ 102-103 (CLM-36).

⁷¹⁹ *International Thunderbird Gaming Corporation c. México*, Reglas de la CNUDMI Rules (TLCAN), Laudo, 26 de enero de 2006., ¶ 200 (CLM-128).

verbales, y presentar sus dos testigos fácticos para refutar el testimonio ofrecido por el único testigo de NIFA. Y Merck hizo uso de esa oportunidad.

450. Ninguna de las alegaciones de Merck con respecto a los procedimientos de primera instancia pueden sustentar una reclamación de denegación de justicia.

2. Los procedimientos de la Corte de Apelaciones

451. Merck presenta un grupo similar de quejas acerca de los procedimientos ante la Corte Provincial de Justicia de lo Comercial y lo Civil (tribunal de segunda instancia o de apelaciones). Pero, como sus ataques en el primer caso y los procedimientos de la CNJ, Merck no ha podido demostrar irregularidades que equivalgan a una denegación de justicia. Como se demuestra a continuación, las pruebas de Merck no logran demostrar que la notificación de asumir la jurisdicción del caso por parte del tribunal de apelaciones no se envió debidamente al abogado de Merck; que la petición de nulidad presentada por Merck antes de la fase probatoria fue rechazada por el tribunal “sin expresar un justificativo claro”; y que la designación de los tres peritos cuyas opiniones fueron desfavorables para Merck fueron “irregulares” o “indebidas”. Además, contrariamente a las afirmaciones de Merck, el tribunal no consideró que Merck hubiese renunciado a todas las pruebas. Se dio a ambas partes amplia oportunidad de presentar nuevas pruebas además de las pruebas del tribunal inferior. Finalmente, el tribunal no privó a Merck de la oportunidad de solicitar una audiencia oral o de presentar escritos finales al pronunciar la sentencia definitiva junto con una aclaración de su auto previo.

a) La notificación del Tribunal de Apelaciones

452. Merck alega que no se le informó debidamente de la orden de que el tribunal de apelaciones tomó posesión del caso, lo cual inicia el periodo de diez días que tiene el recurrente para presentar sus puntos de apelación⁷²⁰. Esto es una ampliación de su afirmación de que existió una conspiración para impedirle que ejerciera su derecho de apelación. Sin embargo, el

⁷²⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 66.

funcionario judicial certificó que el 15 de julio de 2008, a las 5:00pm, se notificó a los abogados de las partes en sus casilleros judiciales de la orden por la cual el tribunal de apelaciones tomó posesión del caso⁷²¹. Esa es una prueba confiable de que se notificó debidamente a las partes, lo cual prevalece, a menos que haya pruebas contundentes que lo contradigan⁷²². El hecho de que Merck no haya presentado una queja por notificación insuficiente en este sentido corrobora la presunción de regularidad de la certificación de la notificación 453. Merck no presenta ninguna prueba para contradecir esa certificación oficial. Como sustento, Merck se refiere a la declaración del Dr. Alejandro Ponce Martínez, quien alega que la orden del 15 de julio de 2008 no se notificó a Merck, “con el claro objetivo de que la decisión de primera instancia se ejecutoriara en contra [de Merck]”⁷²³. Pero lo que Merck y el Sr. Ponce no han revelado es que, conforme al acta, el Sr. Ponce no era el abogado de la causa que manejaba el recurso de apelación de Merck en esa época⁷²⁴. En efecto, la firma del Sr. Ponce no participó en las etapas iniciales del procedimiento de apelación. El Sr. Ponce, por lo tanto, no tiene conocimiento personal de si el abogado de Merck fue notificado debidamente sobre la “recepción del procedimiento” por parte del tribunal de apelaciones⁷²⁵.

⁷²¹ Notificación del Auto la Corte de Apelaciones (que tomó posesión del caso) (15 de julio de 2008) (R-63) (“En Quito, el quince de julio, dos mil ocho, a las 5:00 p.m. Por el presente, se ordena que la decisión precedente sea notificada 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.”)

⁷²² Opinión de Aguirre, ¶ 7.7.4.

⁷²³ Declaración de Ponce, ¶ 28.

⁷²⁴ Después de que se presentó el recurso de apelación de la Sentencia de la Corte de Primera Instancia el 20 de diciembre de 2007, Merck designó al Dr. Fabián Corral el 31 de enero de 2008 para que representara a Merck en el pleito de 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 Escrito de Merck del 29 de julio de 2008, *NIFA c. Merck*, Corte de Apelaciones (R-64); *comparar con* Anexo C-156 (sin incluir la fecha). Quevedo & Ponce, el estudio jurídico del Dr. Alejandro Ponce, fue nuevamente designado abogado de Merck el 28 de octubre de 2008. Nueva designación de Alejandro Ponce Martínez como abogado de Merck (R-67).

⁷²⁵ Ver Declaración de Ponce, ¶ 28; Memorial de la Demandante ¶ 67.

454. Además, igual con quejas previas sobre notificaciones, Merck no puede demostrar que se haya producido daño alguno a consecuencia de la presunta notificación incorrecta: Pudo presentar su escrito de apertura sin problemas dentro del plazo requerido. Además, si bien el Sr. Ponce expresa que Merck pudo presentar el escrito a tiempo solo porque ya se había preparado un borrador del escrito, una revisión rápida de dicho escrito revela que es una presentación pulida que no parece haber sido un simple borrador preparado menos de una hora antes de presentarlo⁷²⁶. No hay pruebas de que haya habido alguna persona que “calculó impedir que MSDIA ejerciera su derecho a apelar”⁷²⁷. En efecto, según el propio relato de Merck, fue alertada de la fecha límite por una llamada telefónica del tribunal, un acto que no es requerido por ley y que contradice totalmente la teoría de conspiración que plantea Merck⁷²⁸.

b) La recusación del Juez Toscano

455. Merck también alega que el desempeño del Juez Toscano en el tribunal de segunda instancia de algún modo vició el manejo de su recurso de apelación por parte del tribunal. Pero Merck no ha podido contradecir los hechos en actas al hacer esa alegación.

456. Apenas dos semanas después de que el tribunal de apelaciones recibió el expediente de la causa, y el mismo día en que Merck presentó su primer escrito de apelación, el Juez Toscano se excusó, *sua sponte*, de conocer o resolver sobre el caso, pues 1) había participado en los procedimientos del tribunal inferior, y 2) su juez subrogante⁷²⁹ había sido abogado de NIFA en la

⁷²⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 67. Ver el Escrito de MSDIA del 29 de julio de 2008, *NIFA c. Merck*, Corte de Apelaciones (R-64).

⁷²⁷ *Íd.* Como expresó el tribunal en el caso *Rumeli c. Kazakstán*, una acusación de conspiración, “si se va a sustentar solo por pruebas circunstanciales, debe probarse con pruebas que lleven clara y convincentemente a la deducción de que ocurrió una conspiración.” *Rumeli Telekom AS y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS c. Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo (29 de julio de 2008) (CLM-142), ¶ 709.

⁷²⁸ Declaración de Ponce, ¶ 28.

⁷²⁹ En esa época, los tribunales designaban a los jueces sustitutos siguiendo la sugerencia de los jueces permanente. Los jueces sustitutos solo se desempeñaban cuando el juez no estaba disponible para realizar sus funciones. En la actualidad, los jueces sustitutos son jueces permanentes que se desempeñan rotativamente.

primera instancia⁷³⁰. El Juez Toscano cumplió así con su deber conforme al Artículo 879 del Código de Procedimiento Civil, que requiere que el juez divulgue cualquier circunstancia que pueda implicar una recusación o descalificación⁷³¹. Los otros dos miembros del Tribunal se negaron a excusar al Juez Toscano porque sus motivos carecían de méritos⁷³². Esto se debe a que, de acuerdo con el estándar legal aplicable, un juez está sujeto a descalificación solo si pronunció la sentencia en otra instancia sobre el mismo asunto⁷³³. Como el Juez Toscano no pronunció la sentencia en la primera instancia, esa disposición no se aplicaba para él. Merck insistió y presentó otra petición en la que exigía la recusación del Juez Toscano el 1 de junio de 2009⁷³⁴. El Juez Toscano aceptó inmediatamente la petición de Merck⁷³⁵. El 23 de junio de 2009, el tribunal de apelaciones reemplazó al Juez Toscano con un juez subrogante hasta que se pudiera resolver la petición de recusación⁷³⁶.

457. Más importante aún es que el Juez Toscano fue parte del tribunal hasta el 23 de junio de 2009, no fue el juez de “sustanciación”⁷³⁷ en el caso y, por lo tanto, no firmó las órdenes relativas a la admisión de pruebas. Ni tampoco participó en ninguna inspección judicial ni

⁷³⁰ Excusa del Juez Juan Toscano, Corte de Apelaciones, 29 de julio de 2008 (R-65).

⁷³¹ Artículo 879 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador (RLA-107)

⁷³² Providencia de la Corte de Apelaciones del 25 de septiembre de 2008, en la que se rechaza la excusa del Juez Toscano (R-66).

⁷³³ Artículo 856 (6) del Código de Procedimiento Civil del Ecuador (RLA-107) (traducción del Abogado) (“Un juez de una Corte o de un Tribunal puede ser recusado y debe separarse del caso por las siguientes razones: ... (6) Haber *pronunciado una sentencia* en una instancia previa en el mismo proceso u otro asunto en conexión dicho asunto.” (Énfasis añadido)).

⁷³⁴ Petición de Recusación de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (1 de junio de 2009) (R-71).

⁷³⁵ Petición del Juez Toscano en la que solicita a la Corte que acepte la Petición de Recusación de MSDIA (R-73).

⁷³⁶ *Ver* Anexo C-186, Providencia de la Corte de Apelaciones of 23 June 2009, *NIFA contra MSDIA* (que ordena la recusación del Juez Toscano Garzón y lo reemplaza con el Juez Permanente asistente Marco Vallejo Jijón). En esa orden, la corte decidió remover temporariamente al Juez Toscano mientras se esperaba la decisión definitiva sobre la petición de recusación de MSDIA.

⁷³⁷ Un “juez de sustanciación” es generalmente responsable de tramitar todos los aspectos procesales y probatorios del caso.

pronunció ninguna orden relativa a testigos y pruebas. En resumen, su función en el tribunal no sustenta la alegación de Merck. Finalmente, el hecho de que Merck no planteó esta cuestión en su petición posterior de casación sugiere enfáticamente que incluso Merck no consideró que esta representara una cuestión grave.

c) La petición de nulidad

458. Merck además se queja de que el tribunal de apelaciones rechazó su petición de nulidad que pretendía desestimar el caso por falta de jurisdicción “sin indicar un razonamiento claro”⁷³⁸. Pero la orden del tribunal sí presenta una explicación clara y precisa del rechazo de la petición de nulidad por parte del tribunal:

Se rechaza la petición [de nulidad] presentada por la demandada, pues la Sala observa que el caso ha sido acordado el trámite de demanda ordinaria, como solicitó originalmente la demandante en los escritos iniciales de la demanda, sobre cuya base el acta se declara válida por haber cumplido con los requisitos de forma.- Sepan los litigantes que la causal de acción, así como las objeciones a esta se analizarán en el momento de pronunciar la sentencia⁷³⁹.

El tribunal determinó que la reclamación de NIFA era a primera vista una reclamación civil, y fue alegada como tal, de tal forma que el trámite correcto era el procedimiento civil ordinario. Además, el tribunal explicó que consideraría todas las objeciones con su sentencia final⁷⁴⁰.

459. Debe señalarse que como parte de sus argumentos de nulidad en su escrito de apelación, Merck podía haber impugnado las presuntas violaciones al debido proceso que blandió como vicios atroces de ese procedimiento, a saber, las dos notificaciones relativas a la Sra. Usher de Ranson. El hecho de que Merck no lo hizo sugiere que no las consideró suficientemente graves

⁷³⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 74; Anexo C-161, Petición de MSDIA del 12 de diciembre de 2008, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones.

⁷³⁹ Anexo C-165, Providencia de la Corte de Apelaciones del 29 de enero de 2009, *NIFA contra MSDIA*, en 1.

⁷⁴⁰ *Íd.*

como para incluirlas como causales de nulidad de la resolución del tribunal inferior⁷⁴¹.

d) La designación del Tribunal de Apelaciones y el uso de peritos no fue una denegación de justicia

460. Una de las distorsiones más atroces en autos tiene que ver con su alegación de que la designación del tribunal de segunda instancia y el uso de casi todos los peritos – salvo los dos que opinaron a favor de Merck—fueron “irregulares e incorrectos”⁷⁴². En su Memorial, Merck tiene quejas de cada etapa del proceso relativas a los peritos que presentaron informes desfavorables a la posición de Merck. Alega que a) el procedimiento que llevó a su designación, b) el uso de su testimonio, y c) el razonamiento de los informes de esos peritos, y el hecho de que el tribunal se sustentó en esos informes constituyen una denegación de justicia. Sin embargo, cuando se consideran junto con los hechos en acta que Merck no incluye en su narrativa, la demostración de Merck no demuestra la irregularidad que alega.

461. En su Memorial, Merck reconoce y describe el procedimiento correcto para designar peritos en los tribunales de Ecuador. Ese reconocimiento de la forma correcta de designar y usar peritos es crucial y se opone a sus restantes argumentos relativos a los peritos designados en los procedimientos de apelación. El Memorial explica lo siguiente:

Conforme a las normas de procedimiento del Ecuador, un tribunal puede designar peritos para que opinen sobre cuestiones específicas a petición de una parte. En general, cuando es posible, esas personas designadas por el tribunal han sido "acreditados" como peritos en la materia pertinente por la oficina regional del Consejo de la Judicatura del Ecuador. Si una parte solicita que el tribunal designe a un perito en una materia en la cual no hay peritos acreditados, el tribunal puede solicitar recomendaciones de otros órganos, como el correspondiente ministerio de gobierno del

⁷⁴¹ El lugar apropiado para alegar la nulidad basándose en violaciones del debido proceso era el escrito inicial de apelación de Merck. *Ver* Escrito de MSDIA del 29 de julio de 2008, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, pág. 20 (R-64) (que alega que la Jueza Chang Huang actuó arbitrariamente).

⁷⁴² Memorial de la Demandante, ¶ 271(e).

Ecuador o una asociación profesional⁷⁴³.

462. El tribunal de apelaciones utilizó este proceso para designar al Dr. De León, a quien Merck apoya totalmente, de igual forma que utilizó ese proceso para designar a los peritos que ahora critica Merck. Merck no tuvo ninguna queja cuando este proceso tuvo como consecuencia la designación del Dr. De León para que opinara sobre si Merck había violado las leyes sobre libre competencia, a pedido de Merck⁷⁴⁴, y sobre la cuestión de los daños y perjuicios resultantes, a petición de NIFA⁷⁴⁵. Como se indica en el Memorial, el Dr. De León fue designado después de que el tribunal solicitó una lista de peritos recomendados de la institución competente del Ecuador, la Dirección de la Libre Competencia del Ecuador⁷⁴⁶. "En respuesta, la Dirección de la Libre Competencia suministró tres nombres al tribunal de apelaciones, uno de los cuales era el abogado venezolano de renombre internacional especializado en libre competencia, Dr. Ignacio De León, para que se desempeñara como su perito independiente en derecho de la libre competencia en respuesta a la petición de MSDIA"⁷⁴⁷. Basándose en la recomendación de la Dirección de la Libre Competencia, el tribunal designó al Dr. De León para que se desempeñara "junto con sus peritos en daños y perjuicios, así como también sobre responsabilidad civil por violaciones a la libre competencia"⁷⁴⁸.

⁷⁴³ *Íd.*, ¶ 85 (se omitieron las notas al pie).

⁷⁴⁴ *Íd.*, ¶¶ 86-87.

⁷⁴⁵ *Íd.*, ¶ 103 (que cita el Anexo C-24, Informe de Ignacio de León, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero de 2010, en 98; ver también Anexo C-40, Petición de MSDIA del 13 de mayo de 2011, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 1-3.).

⁷⁴⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 86 (que cita el Anexo C-176, Segunda Petición de MSDIA del 5 de junio de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones). Como no había peritos acreditados en derecho de defensa de la competencia en el registro del Consejo de la Judicatura del Ecuador, la Corte de Apelaciones solicitó recomendaciones para un experto así de la Autoridad de Competencia del Ecuador.

⁷⁴⁷ *Íd.*, ¶ 87 (que cita el Anexo C-22, Carta de Fausto E. Alvarado C., Autoridad de Competencia del Ecuador, a Lupe Veintimilla Zea, transcriptora judicial de la Corte de Apelaciones, de fecha 29 de junio de 2009).

⁷⁴⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 103 ("la Corte de Apelaciones designó al Dr. De León, que es economista además de abogado y profesor internacionalmente reconocido en el ámbito de la competencia para que se desempeñara conjuntamente con su perito en daños y perjuicios, además de responsabilidad en cuanto a defensa de la libre competencia".) (que cita el Anexo C-175, Primera Petición de NIFA del 5 de junio de 2009, *NIFA contra MSDIA*,

463. Sin embargo, ahora Merck alega que este mismo proceso fue "irregular e incorrecto"⁷⁴⁹ cuando llevó a la designación del Sr. Cabrera y el Dr. Guerra, que no llegaron a conclusiones favorables para Merck. Las designaciones del Sr. Cabrera y el Dr. Guerra no solo se llevaron a cabo siguiendo el mismo proceso avalado antes por Merck; las designaciones se realizaron a pedido de la propia Merck.

464. El tribunal designó al Sr. Cabrera para que analizara las reclamaciones de daños y perjuicios de las partes. Fue designado como segundo perito en daños a pedido de Merck y empleando el proceso que había sugerido específicamente Merck. Antes de que el Dr. De León presentara su informe de fecha 12 de febrero de 2010⁷⁵⁰, en junio de 2009, Merck solicitó al tribunal de apelaciones que designara a un perito en daños, enumerando explícitamente las cuestiones que debía abordar el informe del perito⁷⁵¹. Merck posteriormente sugirió que el tribunal pidiera al Colegio de Contadores Públicos de Pichincha una lista de candidatos cualificados⁷⁵². De acuerdo con la propia petición de Merck, el tribunal escribió al Colegio de Contadores solicitando los peritos recomendados y adjuntó la lista de preguntas y cuestiones que Merck deseaba que abordara el perito⁷⁵³. Mediante orden de fecha 3 de febrero de 2010, el tribunal entonces designó al Sr. Cabrera por recomendación del Colegio⁷⁵⁴. Como el tribunal había accedido totalmente a la solicitud de Merck, esta no protestó, al menos, no en ese

Corte de Apelaciones, en 4-5). *Ver* también Memorial de la Demandante, ¶ 87. La Demandante explica que solicitó al Corte de Apelaciones que designara a un perito en derecho de la libre competencia para que evaluara si la Demandante podía ser hecha responsable conforme a los principios de defensa de la libre competencia.

⁷⁴⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 271(e).

⁷⁵⁰ Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero de 2010.

⁷⁵¹ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (5 de junio de 2009) (R-72).

⁷⁵² Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (5 de enero de 2010) (R-81).

⁷⁵³ Providencia de la Corte de Apelaciones al Colegio de Contadores Públicos de Pichincha, *NIFA contra MSDIA* (29 de enero de 2010) (R-84).

⁷⁵⁴ Oficio del Presidente del Colegio de Contadores Públicos de Pichincha a la Corte de Apelaciones (1 de febrero de 2010) (R-85); Providencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA* (3 de febrero de 2010) (R-86).

momento.

465. Sin embargo, después de que el Dr. De León presentó su informe pericial de fecha 12 de febrero de 2010, en el cual determinó que no había habido ninguna violación de la libre competencia y nada de daños y perjuicios, Merck cambió de idea. Ya no quiso el informe pericial del Sr. Cabrera, porque prefería que el tribunal se sustentara solamente en la opinión favorable del Dr. De León⁷⁵⁵. Como quería sustentarse solamente en el Dr. De León y excluir cualquier otra opinión sobre daños, Merck “renunci[ó] a su petición del perito Cristian Cabrera, por lo cual, aceptando la renuncia, se dejará sin efecto la designación y la orden de que presente un informe relativo a los asuntos solicitados”⁷⁵⁶. Nuevamente, el tribunal accedió al pedido de Merck, aunque tenía derecho a mantener al Sr. Cabrera como perito independiente, designado por el tribunal. El tribunal otorgó la petición de Merck el 26 de abril de 2010 y despidió al Sr. Cabrera como perito⁷⁵⁷.

466. Posteriormente, NIFA solicitó que se designara a otro perito en daños porque el Dr. De León no había abordado la cuestión de los daños⁷⁵⁸. En respuesta, mediante orden de fecha 10 de mayo de 2011, el tribunal de apelaciones volvió a designar al Sr. Cabrera, quien ya estaba familiarizado con el caso, había sido recomendado por el Colegio de Contadores, y previamente había sido aprobado por ambas partes⁷⁵⁹. El tribunal justificó su designación porque el informe

⁷⁵⁵ Petición de MSDIA del 16 Abril de 2010, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (C-26).

⁷⁵⁶ *Íd.*

⁷⁵⁷ Providencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA* (26 de abril de 2010) (R-87)

⁷⁵⁸ Petición de NIFA, Corte de Apelaciones, 5 de mayo de 2011 (R-110).

⁷⁵⁹ Providencia de la Corte de Apelaciones del 25 de abril de 2011, *NIFA contra MSDIA* (25 de abril de 2011) (C-37). Cuando el Sr. Cabrera fue designado por primera vez a petición de Merck, ya estaba registrado como perito del Consejo de la Judicatura. *Ver* Anexo C-63, Memorando de Wilson Rosero Gómez, Jefe de Personal, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 31 de mayo de 2012, pág. 2. Según la Demandante, su acreditación se limitaba a “contabilidad, finanzas e impuestos”. Presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional (recibida por el Tribunal el 3 de abril de 2013) (R-117), ¶ 111. Merck también declaró, sin hacer mención de ningún documento de respaldo, que el 25 de enero de 2011, el Sr. Cabrera había solicitado al entonces Director del Consejo de la Judicatura de la Provincia de Pichincha que actualizara sus credenciales como perito en daños. *Íd.*, ¶ 112. El Consejo de la Judicatura así lo hizo. *Ver* Anexo C-63, Memorando de Wilson Rosero Gómez, Jefe de Personal, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha

del Dr. De León “no cumplió el objetivo del informe pericial para el cual había sido designado”⁷⁶⁰. Merck no ha explicado de qué forma esa designación “violó el principio dispositivo procesal contenido en la Constitución”⁷⁶¹. Más importante aún es que la propia Merck admitió que la acreditación del Consejo de la Judicatura no es un requisito previo para ser designado perito en procedimientos judiciales⁷⁶².

467. Merck además no ha demostrado de qué forma la designación del Dr. Guerra como perito en derecho de la libre competencia no fue "regular y correcta". Merck alega que el tribunal designó al Dr. Guerra en respuesta a la petición de NIFA basándose en el presunto “error esencial” en el informe del Dr. De León “sin ninguna explicación”⁷⁶³. En realidad, hay una explicación clara.

468. De conformidad con el Artículo 258 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador, las partes pueden impugnar la opinión de un perito designado por la corte que cometió un error esencial en su informe⁷⁶⁴. Si una parte impugna la opinión de un perito, el tribunal puede autorizar un procedimiento sumario durante el cual ambas partes pueden presentar pruebas sobre si el informe pericial adolece de un error esencial. Eso es precisamente lo que sucedió en este caso. Después de que el Dr. De León presentó su informe, NIFA alegó que había cometido un

31 de mayo de 2012, pág. 2. Cabe señalar que esto no cambia el hecho de que cuando el Sr. Cabrera fue designado inicialmente por la Corte de Apelaciones a pedido de Merck, no estaba acreditado como perito en daños y que Merck no puso objeción a su designación. Además, como admitió Merck, esa acreditación *no* era requisito para su designación como perito en daños. Memorial de la Demandante, ¶¶ 85-87.

⁷⁶⁰ Providencia de la Corte de Apelaciones del 25 de abril de 2011, *NIFA contra MSDIA* (25 de abril de 2011) (C-37).

⁷⁶¹ Declaración de Ponce, ¶ 39.

⁷⁶² Memorial de la Demandante, ¶¶ 85-87.

⁷⁶³ *Íd.*, ¶ 93.

⁷⁶⁴ Código de Procedimiento Civil, Art. 258 (RLA-107). (“Si el Informe Pericial adolece de un error esencial, por haberse probado sumariamente, el tribunal debe, a petición de las partes o *sua sponte*, ordenar que sea corregido por otro perito o peritos, sin perjuicio de la responsabilidad incurrida por los anteriores [peritos] por negligencia o mala fe”.)

error esencial⁷⁶⁵. El tribunal de apelaciones inició un procedimiento sumario de conformidad con el Artículo 258 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador⁷⁶⁶, durante el cual ambas partes presentaron sus pruebas⁷⁶⁷. En respuesta a la petición de NIFA de que se designara un perito en derecho de la libre competencia para impugnar las conclusiones del Dr. De León y para responder a la petición de Merck de que opinara otro perito sobre el presunto error esencial del Dr. De León, el tribunal de apelaciones designó al Dr. Guerra⁷⁶⁸. En tal sentido, NIFA declaró ante el tribunal de apelaciones: “Ambas partes han solicitado que designe peritos con conocimientos en Derecho de la Libre Competencia y Derecho de la Libre Competencia y daños a fin de aclarar la verdad y determinar si el argumento presentado por Ignacio de León refleja la verdad”⁷⁶⁹. Así, de conformidad con el Artículo 258 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador, a pedido de ambas partes, el Dr. Guerra fue designado como perito adicional sobre derecho de libre competencia, para evaluar si el Dr. De León había cometido un error esencial.

469. Las acusaciones de Merck llegan incluso más lejos, y alegan que el proceso que llevó a la designación del Dr. Guerra sugiere una “influencia indebida”⁷⁷⁰. Merck argumenta que “[un] mes después de su acreditación, el 11 de mayo de 2010, NIFA presentó una petición en la que afirma que el Dr. De León había cometido un ‘error esencial’ y solicitaba la designación de un perito adicional sobre libre competencia”⁷⁷¹. Es claro que la insinuación de Merck de que la mera proximidad de su acreditación con la petición de NIFA de algún modo equivale a una

⁷⁶⁵ Anexo C-192, Petición de NIFA del 11 de mayo de 2010, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 1-2.

⁷⁶⁶ Expediente Electrónico, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, Nota 252 (R-122).

⁷⁶⁷ MSDIA presentó el testimonio de dos testigos para demostrar que el Dr. de León no había cometido un error esencial. *Ver* Expediente Electrónico, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, Nota 258 (R-122).

⁷⁶⁸ Providencia de la Corte de Apelaciones del 8 de diciembre de 2010, *NIFA contra MSDIA* (C-29).

⁷⁶⁹ Petición de NIFA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (12 de noviembre de 2010) (R-99); R-122 Expediente Electrónico, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, Nota 261.

⁷⁷⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 91.

⁷⁷¹ *Íd.*, ¶ 92.

“irregularidad” carece de todo mérito. Merck no ha presentado ninguna prueba en absoluto de que la acreditación del Dr. Guerra fue influenciada por NIFA.

470. Considerablemente más importante es el hecho de que fue la propia Merck la que solicitó específicamente al tribunal que pidiera a la autoridad competente, el Consejo de la Judicatura, que recomendara una lista de peritos cualificados para revisar el informe del Dr. De León⁷⁷² para determinar si había cometido un error esencial⁷⁷³. Nuevamente, el tribunal siguió el proceso de selección propuesto por Merck, enviando la petición al Consejo de la Judicatura de Pichincha⁷⁷⁴. El Consejo de la Judicatura de Pichincha respondió simplemente remitiendo al tribunal a la lista accesible al público de peritos acreditados que constan en su sitio web⁷⁷⁵. De acuerdo con la práctica habitual, mediante orden del 8 de diciembre de 2010, el tribunal de segunda instancia designó al Dr. Guerra de una lista recomendada por el Consejo de la Judicatura de Pichincha⁷⁷⁶. El hecho de que el Dr. Guerra fue acreditado meses antes de su designación por parte del tribunal es intrascendente. La lista contenía peritos que se habían registrado incluso después que el Dr. Guerra⁷⁷⁷; el tribunal podía haber designado a cualquiera de ellos.

471. Durante el constante intercambio de correspondencia y escritos entre las partes, en los que expresaban sus opiniones sobre esos peritos designados por el tribunal, Merck mantuvo que el tribunal había designado correctamente al Dr. De León y que NIFA había impugnado su designación como perito solo después de que su informe no coincidió con su argumento: “Esa impugnación es absolutamente inoportuna porque cuando el perito fue designado, NIFA no se

⁷⁷² Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero de 2010.

⁷⁷³ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (29 de octubre de 2010) (R-98).

⁷⁷⁴ Oficio de la Corte de Apelaciones al Director Provincial de Pichincha (Consejo de la Judicatura) (26 de noviembre de 2010) (R-100).

⁷⁷⁵ Oficio del Director Provincial de Pichincha a la Corte de Apelaciones (30 de noviembre de 2010) (R-101).

⁷⁷⁶ Lista de Peritos Certificados presentada por la Dirección Provincial de Pichincha (R-102); Providencia de la Corte de Apelaciones del 8 de diciembre de 2010, *NIFA contra MSDIA* (8 dic. 2010) (C-29).

⁷⁷⁷ Lista de Peritos Certificados presentada por la Dirección Provincial de Pichincha (R-102).

opuso a esa designación y la aceptó al no manifestar nada. Es más, no se opuso a que el tribunal solicitara una lista de peritos recomendados del Ministerio de la Industria y la Competencia. Con esa conducta, es evidente que en ese momento NIFA estuvo de acuerdo no solo con el proceso que llevó a la designación del perito, sino también con la designación de ese perito. Específicamente, no dijo nada cuando el tribunal designó al perito...”⁷⁷⁸. Merck criticó la desaprobación tardía del perito designado por el tribunal, y ahora Merck ha adoptado esa estrategia como propia en el presente arbitraje: “Actualmente, cuando tiene un informe pericial que no favorece sus intereses, decide impugnar la designación. Esa conducta es contraria a la lealtad procesal que debe respetar”⁷⁷⁹. Esa conducta contradictoria socava todavía más las pruebas de Merck.

472. Además de criticar la designación de los peritos por parte del tribunal, Merck critica la forma en que el tribunal de segunda instancia trató a Merck respecto del uso de los peritos. Merck argumenta que este tratamiento demostró que el tribunal tenía una “predisposición a resolver en contra de MSDIA”⁷⁸⁰. Específicamente, Merck alega que el tribunal “en general no tomó en cuenta” los informes periciales del Dr. De León y del Dr. Petrecolla, que llegaron a conclusiones favorables para Merck⁷⁸¹. Pero el acta judicial demuestra lo contrario. Con respecto al Dr. Petrecolla, y a pesar de la objeción de NIFA a su informe debido a que fue presentado después de finalizar el periodo de exhibición de pruebas, el tribunal admitió su informe y declaró que lo consideraría cuando fuera apropiado⁷⁸². En cuanto al Dr. De León, el tribunal si debatió su informe en su sentencia final⁷⁸³, pero no estaba obligado a seguir las conclusiones del perito⁷⁸⁴.

⁷⁷⁸ Petición de MSDIA, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (17 de junio de 2010) (R-89).

⁷⁷⁹ *Íd.*

⁷⁸⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 113.

⁷⁸¹ *Íd.*, ¶ 98.

⁷⁸² Providencia de la Corte de Apelaciones del 25 de abril de 2011, *NIFA contra MSDIA* (25 de abril de 2011) (C-37).

⁷⁸³ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en 13.

473. Con respecto al Dr. De León, después de que NIFA impugnó su informe como fundamentalmente viciado, el tribunal continuó concediendo las peticiones de Merck que apoyaban el informe del Dr. De León. Cuando el tribunal se dio cuenta de que había pasado por alto la petición de Merck de un informe aclaratorio, rectificó la situación enseguida. Así, en vez de iniciar el periodo para el intercambio de pruebas relativas a la impugnación de NIFA, el tribunal reconoció la petición de Merck de que se diera al Dr. De León la oportunidad de ampliar y aclarar sus conclusiones en respuesta a preguntas planteadas por Merck⁷⁸⁵. También otorgó al Dr. De León una prórroga de la fecha para presentar su informe aclaratorio adicional y permitirle acceso a los alegatos de las partes relativos a su opinión original, todo tal como lo había solicitado Merck⁷⁸⁶. Huelga decir que esos hechos que contradicen la teoría de Merck fueron omitidos en el relato de Merck.

474. Merck también critica al tribunal por no dar mayor peso al informe pericial del Dr. Petrecolla. Como se explica en el Memorial de Merck, el proceso correcto para que el tribunal reciba y considere una opinión pericial es que la parte presente una solicitud de que se designe un perito y que el Tribunal entonces designe uno. Merck reconoce que conforme al derecho del Ecuador, es el tribunal el que "puede designar peritos para que den su opinión".⁷⁸⁷ Pero el tribunal de apelaciones no designó al Dr. Petrecolla, ni tampoco solicitó su opinión. Merck actuó por su cuenta y contrató directamente al Dr. Petrecolla, y presentó su informe (el cual opinaba a favor de Merck) como un apéndice a su propio escrito ante el tribunal. A pesar de que Merck se apartó del procedimiento debido para obtener opiniones periciales, y a pesar de la enérgica protesta de NIFA, el tribunal de todas formas determinó que tomaría en cuenta la opinión del Dr. Petrecolla.⁷⁸⁸ Conforme al Artículo 263 del Código de Procedimiento Civil, "en caso de conflicto

⁷⁸⁴ Código de Procedimiento Civil, Artículo 262(2) (RLA-107). El Artículo 262(2) establece: "El juez no está obligado a adoptar la opinión de los peritos en contra de su propia creencia".

⁷⁸⁵ Providencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA* (17 de junio de 2010) (R-88).

⁷⁸⁶ Providencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA* (29 de junio de 2010) (R-91).

⁷⁸⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 85.

⁷⁸⁸ Providencia de la Corte de Apelaciones del 25 de abril de 2011, *NIFA contra MSDIA* (25 de abril de 2011)

entre dos informes periciales, el juez *puede considerar* designar a otro perito para que oriente la opinión del juez”⁷⁸⁹. Aunque no consideró necesario designar a un tercer perito en la materia, el tribunal de apelaciones acordó considerar el informe del Dr. Petrecolla, en respuesta a la petición de Merck.

475. El Sr. Ponce opina que el Sr. Cabrera y el Sr. Guerra “evidentemente no tenían la experticia ni las credenciales necesarias para desempeñarse como peritos en esos campos”⁷⁹⁰, sugiriendo que el tribunal a sabiendas designó a peritos no cualificados. Alega que durante el pleito, “obtuvimos las solicitudes de acreditación pericial que habían presentado el Sr. Guerra y el Sr. Cabrera ante el Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura”⁷⁹¹. Sin embargo, como ya se analizó, ambos fueron designados de acuerdo con procesos solicitados por Merck y fueron sugeridos por órganos competentes que podían recomendar tales peritos. Además, las competencias respectivas de esos peritos no fueron impugnadas por Merck sino hasta después de que el Sr. Cabrera y el Dr. Guerra presentaron sus informes⁷⁹². Cuando el Sr. Cabrera fue recomendado por el Colegio de Contadores y designado por el juez, Merck no planteó ninguna objeción respecto de las credenciales del Sr. Cabrera. De forma similar, no planteó ninguna objeción en cuanto al Dr. Guerra hasta después de que presentó el informe.⁷⁹³

476. Parece que posteriormente el abogado local de Merck puede haberse quejado a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura objetando la acreditación de los dos peritos. En efecto, el informe del Director Provincial de Pichincha respecto a la acreditación del Sr. Cabrera

(C-37).

⁷⁸⁹ Código de Procedimiento Civil, Art. 263 (RLA-107).

⁷⁹⁰ Declaración de Ponce, ¶ 40.

⁷⁹¹ *Íd.*, ¶ 40.

⁷⁹² La Demandante recusó las credenciales del Dr. Guerra más de dos meses después de que él presentó su informe. *Ver* Petición de MSDIA, Corte de Apelaciones, 28 de abril de 2011 (C-38).

⁷⁹³ *Ver* Petición de MSDIA, Corte de Apelaciones, 28 de abril de 2011 (C-38)

y del Dr. Guerra fue notificado al Sr. Alejandro Ponce⁷⁹⁴, dando a entender que se revisó la corrección de su acreditación a pedido del abogado local de Merck. En su informe de enero de 2012, el Director Provincial de Pichincha concluyó que el Sr. Cabrera tenía suficientes credenciales para desempeñarse como perito en “contabilidad y auditoría”⁷⁹⁵ solamente, y no en daños. Pero, el hecho de que la acreditación del Sr. Cabrera se limitara en esa época a contabilidad y auditoría⁷⁹⁶ no demuestra que el tribunal lo haya designado indebidamente o que haya habido alguna influencia indebida en su acreditación inicial por parte de la Oficina Provincial del Consejo de la Judicatura, y Merck no suministra absolutamente ninguna prueba en ese sentido. Como con sus otras alegaciones, se pide al Tribunal que imagine vínculos que no son sustentados por las pruebas de Merck ni por los autos.

477. Naturalmente, el testimonio del Sr. Cabrera fue posteriormente desechado por la CNJ⁷⁹⁷.

478. Con respecto al Dr. Guerra, cuyas credenciales no fueron cuestionadas por Merck cuando fue designado, el Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha declaró en su informe de enero de 2012 que su acreditación de 2011 no había sido firmada por el entonces Director Provincial⁷⁹⁸. Por ello, ya no era considerado un perito acreditado. No obstante, el Director Provincial también declaró que "en años anteriores no hubo ninguna objeción a su cualificación"⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ Ver Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 26 de enero de 2012.

⁷⁹⁵ Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 26 de enero de 2012, en 2.

⁷⁹⁶ Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 26 de enero de 2012, en 2; Anexo C-63, Memorando de Wilson Rosero Gómez, Jefe de Personal, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 31 de mayo de 2012.

⁷⁹⁷ Ver Anexo C-203, Sentencia del CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, párr. 16.5-16.6.

⁷⁹⁸ Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 26 de enero de 2012.

⁷⁹⁹ Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de

479. Merck tampoco ha demostrado que la designación del Sr. Marco V. Yerovi Jaramillo, el segundo perito en bienes raíces, fuera irregular o indebida. Es más, al igual que el Dr. De León, el Sr. Yerovi fue designado a petición de *ambas partes*⁸⁰⁰. Primero, Merck solicitó al tribunal de apelaciones que designara a un perito para determinar si las plantas usadas en el informe pericial del Sr. Manuel Silva eran adecuadas para la industria farmacéutica⁸⁰¹. En la misma fecha, NIFA alegó que el informe del Sr. Silva adolecía de un error esencial⁸⁰²; por lo tanto, también solicitó la designación de un nuevo perito que abordara el tema de si las plantas mencionadas por el Sr. Silva eran adecuadas para la industria. A petición de las dos partes, el tribunal de apelaciones envió una petición al Departamento Provincial del Consejo de la Judicatura para obtener una lista de posibles peritos en la materia⁸⁰³.

480. En esa etapa, Merck no objetó la designación de un nuevo perito en bienes raíces. Pero sí objetó el alcance de la opinión del perito recién designado, pero solo porque quiso impedir que el perito abordara las cuestiones planteadas por NIFA⁸⁰⁴. El tribunal no tenía ningún motivo para otorgar la petición de Merck de un nuevo perito pero rechazar la petición de NIFA. Así, en respuesta a las peticiones de *ambas partes*, el tribunal designó al Sr. Yerovi, que fue seleccionado de la lista de peritos enviada por el Departamento Provincial del Consejo de la Judicatura a pedido del tribunal⁸⁰⁵. Merck no puso ninguna objeción a esa designación específica, pero

fecha 26 de enero de 2012, en 1 (Énfasis añadido).

⁸⁰⁰ *Comparar con* Memorial de la Demandante, ¶ 102 (“NIFA solicitó la designación de un nuevo perito, y nuevamente sin explicación alguna, la Corte de Apelaciones cumplió...”)

⁸⁰¹ Petición de MSDIA, Corte de Apelaciones, 30 de septiembre de 2010 (R-92).

⁸⁰² Petición de NIFA, Corte de Apelaciones, 30 de septiembre de 2010 (R-94). Conforme al Artículo 258 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador (RLA-107), “En caso de que el informe adolezca de un error esencial, y si el error se prueba sumariamente, el juez deberá – *sua sponte* o a petición de una de las partes—ordenar que el informe sea corregido por otro perito o peritos, sin perjuicio de la responsabilidad que hayan incurrido el perito o los peritos anteriores si el informe original fue preparado de mala fe”.

⁸⁰³ Providencia de la Corte de Apelaciones, 30 de septiembre de 2010 (R-93).

⁸⁰⁴ Presentación de MSDIA, *NIFA contra MSDIA* (Corte de Apelaciones) (31 de enero de 2011) (R-105).

⁸⁰⁵ Providencia de la Corte de Apelaciones, 30 de septiembre de 2010 (R-93); Anexo C-28, Providencia de la Corte de Apelaciones del 26 de octubre de 2010, *NIFA contra MSDIA*.

simplemente se reservó el derecho de cuestionar al Sr. Yerovi⁸⁰⁶.

481. Además, como expuso claramente en su introducción, el informe pericial del Sr. Yerovi abordó cuestiones planteadas tanto por NIFA como por Merck⁸⁰⁷. Después de que el Sr. Yerovi presentó el primer informe⁸⁰⁸, Merck solicitó un informe complementario de él para abordar otras preguntas de Merck⁸⁰⁹. El Sr. Yerovi respondió con un informe complementario al cabo de dos semanas⁸¹⁰. En resumen, no solo no objetó la designación del Sr. Yerovi por indebida, sino que Merck confió en la competencia del Sr. Yerovi presentando más preguntas.

482. Finalmente, Merck impugna varias conclusiones jurídicas a las que arribaron todos los peritos que opinaron en contra de esta, así como también el razonamiento del tribunal de apelaciones al sustentarse en esos peritos⁸¹¹. El Memorial de Merck describe que discrepa con la interpretación y la aplicación del derecho del Ecuador por parte del tribunal y de los peritos alegando que es defectuosa y carece de sustento⁸¹². Como parte de una controversia jurídica, Merck tiene derecho a mantener la posición que crea conveniente respecto de la aplicación correcta de la ley o de las pruebas. Pero esa posición no deja de ser la perspectiva de una parte en una controversia contenciosa acusatoria, en este caso, la parte perdedora. El hecho de que Merck discrepe con el razonamiento legal que produce una sentencia contra ella, no demuestra que existió una denegación de justicia. Existe un medio adecuado para que la parte perdedora refute

⁸⁰⁶ Petición de MSDIA, Corte de Apelaciones, 27 de octubre de 2010 (R-97).

⁸⁰⁷ Anexo C-30, Informe de Marco V. Yerovi Jaramillo, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 20 de diciembre de 2010, pág. 1 (“Yo, MARCO V. YEROVI JARAMILLO, [...], por el presente, respondo las preguntas planteadas por la compañía Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation y Prophar S.A., en los siguientes términos.”)

⁸⁰⁸ *Íd.*

⁸⁰⁹ Petición de MSDIA, Corte de Apelaciones, 31 de enero de 2011 (R-105)

⁸¹⁰ Providencia de la Corte de Apelaciones del 25 de abril de 2011, *NIFA contra MSDIA* (25 de abril de 2011) (C-37).

⁸¹¹ En realidad, de acuerdo con el Artículo 262(2) del Código de Procedimiento Civil del Ecuador (RLA-107), “El juez no está obligado a seguir la opinión del perito, cuando esta va en contra de su propia creencia”.

⁸¹² *Ver por ej.*, Memorial de la Demandante, ¶¶ 93-97, 102, 107-109.

la validez del razonamiento legal de un tribunal, así como también las pruebas en que se sustenta: Solicitar una revisión en apelación. Eso lo hizo Merck y, como ya se observó, la Corte Nacional de Justicia abordó las inquietudes de Merck. Pero las diferencias de Merck con los peritos y el hecho de que el tribunal de apelaciones se sustentó en ellos no demuestran que haya existido una denegación de justicia.

e) Fase probatoria

483. El Sr. Ponce cita entre las “graves irregularidades procesales y violaciones de los derechos de MSDIA en el tribunal de segunda instancia”⁸¹³, el hecho de que la única prueba relativa a daños presentada por NIFA durante el plazo de pruebas fue un informe electrónico preparado por la firma consultora IMS-Ecuador⁸¹⁴. Mediante esa afirmación, Merck busca impugnar las conclusiones de hechos del tribunal de segunda instancia. Pero tal sugerencia no solo es sumamente engañosa; la prueba de Merck no alcanza para demostrar irregularidades en ese sentido.

484. En realidad, NIFA no estaba obligada a complementar lo que el tribunal inferior había determinado que era suficiente. El Sr. Ponce reconoce que “[c]uando cualquiera de las partes, en procedimientos ordinarios, en segunda instancia, así lo solicitan, el tribunal concede un periodo de pruebas durante el cual las partes pueden presentar nuevas pruebas *no presentadas en la primera instancia*”⁸¹⁵. Merck, como recurrente, tenía la carga de proporcionar pruebas para desvanecer la decisión del tribunal de primera instancia.

485. NIFA se sustentó en su mejor prueba del tribunal inferior; como parte victoriosa en el nivel de primera instancia, expresamente solicitó que el tribunal se sustentara en las pruebas del

⁸¹³ Declaración de Ponce, ¶ 35.

⁸¹⁴ Ver Memorial de la Demandante, ¶ 81 (que cita el Anexo C-182, Primera Petición de NIFA del 5 de junio de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3-4 (que describe la hoja de cálculo electrónica); Anexo C-160, Carta de Iván Ponce (IMS-Ecuador) a NIFA de fecha 9 de diciembre de 2008; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 36).

⁸¹⁵ Declaración de Ponce, ¶ 33.

tribunal inferior que le eran favorables en el acta, entre ellas, sus alegatos⁸¹⁶. Así, NIFA se sustentó por referencia en las mismas pruebas ante el tribunal de apelaciones que había empleado para sustentarse ante el tribunal de primera instancia, obviando cualquier requisito de presentación de pruebas adicionales⁸¹⁷.

486. Además, contrariamente a la afirmación de Merck, aparte del informe de datos del mercado⁸¹⁸, NIFA presentó nuevas pruebas adicionales de daños ante el tribunal de apelaciones, entre ellas, información sobre la capacidad técnica de NIFA de llevar a cabo su programa de expansión y diversificación de productos e informes técnicos que describían el mercado farmacéutico y las compañías farmacéuticas en el Ecuador⁸¹⁹. Finalmente, como es lógico, los informes de los peritos en daños descritos más arriba contenían información sustancial relativa a los daños, exactamente como deben ser tales informes. Por ende, NIFA se sustentó expresamente en el informe pericial del Sr. Cabrera sobre los daños para cuantificar los daños y perjuicios.

487. Adicionalmente, en cuanto a la cuestión de la responsabilidad civil, aunque NIFA no hubiese presentado a sus propios testigos nuevos, obtuvo pruebas mediante la conainterrogación de testigos de Merck, entre ellos Hans Forrer Ruegg⁸²⁰, María Fabiana Lacerca⁸²¹, Luis Ortiz Monasterio⁸²², Richard Trent⁸²³, Doris Pienknagura⁸²⁴, y Jacob Harel⁸²⁵.

⁸¹⁶ Anexo C-182, Primera Petición de NIFA del 5 de junio de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones.

⁸¹⁷ Opinión de Aguirre, ¶¶ 5.2, 5.3, 5.4.

⁸¹⁸ Ver Anexo C-160.

⁸¹⁹ Anexo C-182, Primera Petición de NIFA del 5 de junio de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones.

⁸²⁰ Petición de NIFA, Corte de Apelaciones, Interrogatorio de Hans Forrer Ruegg, 5 de junio de 2009 (R-75).

⁸²¹ Petición de NIFA, Corte de Apelaciones, Interrogatorio de María Fabiana Lacerca, 5 de junio de 2009 (R-76).

⁸²² Petición de NIFA, Corte de Apelaciones, Interrogatorio de Luis Ortiz Monasterio, 5 de junio de 2009 (R-77).

⁸²³ Petición de NIFA, Corte de Apelaciones, Interrogatorio de Richard Trent, 5 de junio de 2009 (R-78).

⁸²⁴ Anexo C- 173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4

La contrainterrogación de esos testigos por parte de NIFA produjo información relativa a las negociaciones entre los litigantes⁸²⁶.

488. Además, en cuanto a las dos cuestiones, la responsabilidad civil y los daños, NIFA se basó en sus pruebas del tribunal inferior. Por ejemplo, la testigo fáctica de NIFA, la Sra. Usher de Ranson, testificó sobre las negociaciones fallidas⁸²⁷. NIFA también presentó correspondencia por vía electrónica entre la Sra. Usher de Ranson, Miguel García, y Jill Gambino, que pretendía mostrar la estrategia de Merck con respecto a NIFA. También adujo más de 140 páginas de correos electrónicos relacionados con el “proyecto Beagle” (el proyecto de vender la planta de Merck), para demostrar la intervención poco habitual de altos directivos de Merck en el proyecto⁸²⁸. Con respecto a la cuestión de los daños y perjuicios, NIFA se sustentó en los resultados de una inspección judicial de su planta que fue llevada a cabo por el tribunal de primera instancia⁸²⁹.

489. Así pues, Merck no demuestra las irregularidades que alega en la etapa probatoria de los procedimientos en apelación.

f) La sentencia del Tribunal de Apelaciones

490. El punto final de ataque de Merck es la manera en que el tribunal pronunció la sentencia de segunda instancia. Merck alega que la sentencia de segunda instancia fue pronunciada de forma acelerada⁸³⁰, que su razonamiento fue “extraño” porque el tribunal “expresamente declaró

de junio de 2009, en 9

⁸²⁵ Petición de NIFA, Corte de Apelaciones, Interrogatorio de Jacob Harel, 5 de junio de 2009 (R-79)

⁸²⁶ *Ver, por ej.*, Anexo C- 173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en 10, 11 (respuesta a las preguntas diecinueve y veinticuatro).

⁸²⁷ *Ver* C-144, C-149.

⁸²⁸ Petición de NIFA, Corte de Apelaciones, 5 de junio de 2009 (R-74).

⁸²⁹ *Íd.*

⁸³⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 120.

que estaba pasando por alto todas las pruebas que habían sido presentadas por MSDIA”⁸³¹, que pasó por alto la obligación de NIFA de probar la responsabilidad civil y los daños⁸³², y que se sustentó en cierta información de dominio público para concluir que Merck tenía una posición de mercado dominante⁸³³. Pero Merck no demuestra esas alegaciones como violaciones del debido proceso.

491. Primero, no hubo nada “extraordinario” en cuanto al tiempo en que se pronunció la sentencia. Merck alega que cuando el tribunal de apelaciones pronunció su sentencia, tenía ante sí una petición pendiente de aclaración de un fallo previo, respecto a la cual debió haberse resuelto antes de la resolución final sobre el fondo⁸³⁴. Merck se queja de que “al pronunciar la sentencia junto con su decisión sobre la petición pendiente, el tribunal privó a Merck de la oportunidad de solicitar una audiencia oral final o de presentar un escrito final”⁸³⁵.

492. Contrariamente a la afirmación de Merck, la propia Merck no ejerció su derecho de solicitar una audiencia oral. El Artículo 1016 del Código de Procedimiento Civil establece que las partes tienen derecho a solicitar argumentos orales después del cierre del periodo de pruebas o después de que el tribunal declare que el caso está listo para la sentencia final⁸³⁶. Además, las partes tienen derecho a presentar argumentos escritos finales en cualquier momento después de los alegatos probatorios⁸³⁷.

493. En este caso, después de que el tribunal de apelaciones dictó una orden de que el caso

⁸³¹ *Íd.*, ¶ 121.

⁸³² *Íd.*, ¶ 124.

⁸³³ *Íd.*

⁸³⁴ *Íd.*, ¶ 119.

⁸³⁵ *Íd.*, ¶ 120.

⁸³⁶ Código de Procedimiento Civil, Artículo 1016 (RLA-107).

⁸³⁷ Código de Procedimiento Civil, Artículo 406 (RLA-107).

está listo para la sentencia final⁸³⁸, en vez de solicitar una audiencia oral o presentar su escrito final, Merck optó por presentar una petición de suspender los procedimientos, solicitando al tribunal que remitiera la interpretación de las normas de la Comunidad Andina sobre competencia al Tribunal Andino⁸³⁹. El tribunal rechazó la petición de Merck sosteniendo que las normas de la Comunidad Andina no eran aplicables porque el pleito *NIFA c. Merck* era una demanda civil que debía resolverse exclusivamente conforme al derecho del Ecuador.⁸⁴⁰ Una vez más, en vez de solicitar una audiencia oral del caso, Merck persistió y presentó una solicitud de aclaración de esa orden⁸⁴¹. Como la denegación inicial del tribunal de apelaciones de que se suspendieran los procedimientos era clara⁸⁴², aquello fue un intento de demorar el pronunciamiento de la sentencia⁸⁴³. El tribunal de todas formas consideró la petición de Merck y ordenó que NIFA diera su respuesta dentro de 48 horas⁸⁴⁴. Después de escuchar a ambas partes sobre el tema, el tribunal pronunció la aclaración junto con su sentencia final⁸⁴⁵.

494. En todo caso, el hecho de que el tribunal de apelaciones pronunciase la sentencia final al mismo tiempo que su aclaración sobre el fallo previo es una práctica frecuente, y también es

⁸³⁸ Ver el Expediente Electrónico de los Procedimientos de la Corte de Apelaciones, Caso No. 2008-0421, *NIFA contra MSDIA*, Nota 375 (R-122).

⁸³⁹ *Íd.*, Nota 376 (R-122).

⁸⁴⁰ Ver *Íd.* Nota 377 (Providencia de la Corte de Apelaciones de fecha 26 de agosto de 2011).

⁸⁴¹ Solicitud de Aclaración de Merck, *NIFA c. MSDIA* (Corte de Apelaciones) (31 de agosto de 2011) (R-113). Ver también el Expediente Electrónico de los Procedimientos de la Corte de Apelaciones, Caso No. 2008-0421, *NIFA c. MSDIA*, Nota 378 (Solicitud de Ampliación de fecha 31 de agosto de 2011) (R-122).

⁸⁴² Ver el Expediente Electrónico, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, Nota 377 (R-122).

⁸⁴³ El tribunal ya había advertido a las partes que se abstuvieran de prácticas nocivas. Ver el Expediente Electrónico de los Procedimientos de la Corte de Apelaciones, Caso No. 2008-0421, *NIFA contra MSDIA*, Nota 373 (R-122) (Ampliación y/o Aclaración de fecha 1 de agosto de 2011) (“Con respecto a la petición de la Demandante, también advertimos acerca de intentar demorar el proceso con peticiones sin sustento que no merecen resolución alguna de la Sala. – Advertimos a las partes contra continuar provocando incidentes que tiendan a obstruir el desarrollo normal del caso, o estarán sujetas a lo previsto en el Artículo 263 del Código de Procedimiento Civil y los Artículos 130, numeral 13, y 131 del Código Orgánico de la Función Judicial.”)

⁸⁴⁴ Expediente Electrónico, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones, Nota 380 (R-122).

⁸⁴⁵ Ver la Sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de lo Comercial y Civil (“Corte de Apelaciones”), *NIFA contra MSDIA* (C-4).

seguida por los tribunales y cortes internacionales de todo el mundo⁸⁴⁶.

495. Segundo, la caracterización de Merck de la sentencia como “extraña” porque “expresamente declaró que estaba pasando por alto todas las pruebas”⁸⁴⁷ no es otra cosa que una polémica vacía de sentido. Merck tergiversa la sentencia del tribunal de apelaciones como si dijera que Merck había “renunciado expresamente” a todas las pruebas que había presentado⁸⁴⁸. La sentencia en sí es clara al especificar que las únicas pruebas que consideró renunciadas por Merck fueron las pruebas que la propia Merck quiso excluir: “para dejar constancia, la demandada en esta instancia renuncia expresamente a las pruebas con el fin de desvanecer la causal del veredicto en la primera instancia, *tal como aparece en la página 9940* de las órdenes judiciales”⁸⁴⁹. La página 9940 de autos contiene la renuncia de Merck a su derecho de designar un perito para determinar si NIFA había sufrido daños a raíz de las negociaciones fallidas⁸⁵⁰. Esta petición, como ya se analizó, la había planteado Merck porque el Dr. De León había presentado un informe en el que Merck quería sustentarse como el único informe pericial sobre daños, debido a sus conclusiones favorables. El tribunal había tomado debida nota de esa renuncia en una orden emitida el 26 de abril de 2010, antes de su sentencia final⁸⁵¹.

496. El tribunal de apelaciones no consideró las otras pruebas renunciadas de Merck. La sentencia se refiere expresamente a los informes periciales que Merck empleó como pruebas,

⁸⁴⁶ El ejemplo más a la mano es el *Arbitraje del caso Indus Waters Kishenganga*, en el cual el tribunal arbitral pronunció su laudo sobre el fondo y el mismo día resolvió sobre la petición de la India de que se aclarara el laudo parcial del tribunal. *Arbitraje de Indus Waters Kishenganga (Pakistán c. India)*, CPA, Final Laudo (20 de diciembre de 2013) (RLA-125), *acompañado con la Resolución sobre la Solicitud de Aclaración o Interpretación de la India* (20 de diciembre de 2013).

⁸⁴⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 121.

⁸⁴⁸ *Íd.*, ¶ 121.

⁸⁴⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en 15 (C-4) (Énfasis añadido).

⁸⁵⁰ Petición de MSDIA of 16 Abril de 2010, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Apelaciones (C-26).

⁸⁵¹ Providencia de la Corte de Apelaciones, 26 Abril de 2010 (R-87); Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en 16 (C-4).

entre ellos, el testimonio pericial del Sr. De León y del Sr. Silva. Como su principal función era revisar la decisión del tribunal inferior, el tribunal consideró los registros de los procedimientos del tribunal de primera instancia además de cualquier nueva prueba presentada por ambas partes en la instancia de apelación⁸⁵². La oración de la sentencia citada por Merck simplemente hace referencia al único respecto en el cual Merck renunció expresamente a sus derechos.

497. Además, conforme al Artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal no tiene ninguna obligación de dar crédito a *todas* las pruebas presentadas por las partes, pero solo a las pruebas pertinentes al resultado final del caso. Así, el hecho de que el tribunal no analizó toda el acta voluminosa de pruebas presentadas por las partes, no significa que el tribunal haya renunciado a ellas o que no las haya considerado. La sentencia final del tribunal de apelaciones refleja su aprecio de las pruebas que determinó que eran más convincentes. Es claro que tampoco detalla *todas* las pruebas de NIFA que puede haber considerado. El tribunal no tenía ninguna obligación de enumerar todas las pruebas que influenciaron su decisión hacia un lado o hacia el otro⁸⁵³.

498. Así, la afirmación de Merck de que el tribunal “pasó por alto” sus pruebas y se sustentó únicamente en las pruebas de NIFA carece de sustento.

⁸⁵² Opinión de Aguirre, ¶ 5.4. *Ver también* *Íd.*, ¶¶ 5.5-5.7, 7.2.

⁸⁵³ Esta práctica no es poco habitual. *Ver por ej.*, Corte Suprema de Suiza, Caso No. 4A_95/2013, Sentencia (27 de junio de 2013) (RLA-123). Este caso se trató de un contrato entre una compañía minera canadiense y una firma consultora alemana que contenía una cláusula de arbitraje de la CCI con jurisdicción en Zúrich. Cuando surgió la controversia en cuanto al pago de honorarios, la consultora alemana inició los procedimientos de arbitraje en Zúrich. El tribunal de la CCI pronunció un laudo en enero de 2013 confirmando la reclamación. Se presentó un recurso de apelación ante la Corte Suprema de Suiza por la causal de falta del debido proceso. La Corte Suprema de Suiza determinó que no mencionar específicamente una declaración testimonial o el testimonio de un testigo en una audiencia no es una violación del derecho a comparecer cuando el tribunal arbitral llega a una conclusión fáctica y simplemente declara que las “otras pruebas” no sustentan otra conclusión:

No existe ni violación del derecho a comparecer ni una denegación de derecho en el hecho de que, posteriormente, no mencionó expresamente las declaraciones testimoniales mencionadas en el recurso de apelación, sino que determinó en general que las otras pruebas – específicamente, las declaraciones testimoniales—no podían cambiar los resultados de las pruebas.

Íd., ¶ 3.2.

499. Merck alega que la decisión del tribunal de apelaciones "pasó por alto la carga de la prueba de NIFA respecto tanto de la responsabilidad civil como de los daños"⁸⁵⁴. El único ejemplo que da la propia Merck socava su afirmación. Merck expresa que el tribunal de apelaciones se sustentó en la información disponible de dominio público sobre el poder económico de Merck en el mercado, sin citar las correspondientes reglas de procedimiento. La facultad del tribunal de sustentarse en información disponible públicamente se deriva de una disposición específica del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece lo siguiente: "Los jueces solo tomarán decisiones basándose en los materiales suministrados por las partes. No será necesaria la prueba de hechos públicos y bien conocidos pues el juez puede declararlos parte del acta para llegar a su decisión"⁸⁵⁵. El tribunal no necesitó citar expresamente ese principio bien conocido, que es común a muchas jurisdicciones.

500. Aún más importante es que el acta no da sustento a la afirmación generalizada de Merck de que el tribunal de apelaciones simplemente pasó por alto la carga de la prueba de NIFA. Como ya se describió, además del testimonio pericial y las nuevas pruebas presentadas por NIFA, el tribunal de apelaciones tuvo ante sí toda el acta del tribunal inferior, la cual incluyó pruebas sobre responsabilidad civil y daños y perjuicios.

501. En tal sentido, el Sr. Ponce critica al tribunal de apelaciones (como también al tribunal de primera instancia) por sustentarse en el testimonio de la Sra. Usher de Ranson "a pesar de las violaciones de procedimiento en la práctica de las pruebas..."⁸⁵⁶ Pero, como se demostró anteriormente, Merck no demuestra que haya habido nada irregular acerca de la recepción de las pruebas de la Sra. Usher de Ranson; esta conclusión está corroborada, como ya se observó, por el hecho de que Merck no solicitó anular la decisión del tribunal inferior basándose en tales presuntas violaciones de procedimiento. Finalmente, como cuestión de hecho, existen pruebas en el acta que tuvieron ante sí ambos tribunales de que la Sra. Usher de Ranson, la testigo clave de

⁸⁵⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 124.

⁸⁵⁵ Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 27 (promulgado el 9 de marzo de 2009) (RLA-91).

⁸⁵⁶ Declaración de Ponce, ¶ 51.

NIFA sobre la responsabilidad civil, sabía personalmente de las negociaciones entre Merck y NIFA por su puesto de Vicepresidenta Ejecutiva de Staubach encargada de relaciones con los clientes y a cargo de la cuenta de Merck.⁸⁵⁷

502. En resumen, la andanada de presuntas irregularidades que plantea Merck no tiene sustento en el acta. Dejando de lado el razonamiento y el monto de daños pronunciados por el tribunal de apelaciones, el cual fue corregido por la Corte Nacional de Justicia, Merck no puede seriamente afirmar que sus derechos fundamentales al debido proceso fueron violados por el tribunal de apelaciones. Por el contrario, los autos de la segunda instancia demuestra que se concedió a ambos litigantes la misma oportunidad de presentar pruebas nuevas y de sustentarse en las pruebas del tribunal inferior; obtener testimonio de testigos mediante un proceso judicial obligatorio y confrontar a los testigos nuevos de uno y otro; designar diversos peritos en tres aspectos pertinentes (daños, bienes raíces y leyes sobre la libre competencia) y cuestionar sus

⁸⁵⁷ La Demandante pretende desacreditar el testimonio de la Sra. Anne Usher de Ranson sugiriendo que ella solo participó en las etapas iniciales de las negociaciones. Memorial de la Demandante, ¶ 46. Esto queda desmentido por las pruebas de la propia Demandante. *Ver también* el Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre de 2005, en 2 (C-151) (en respuesta a la Pregunta 20) (“La Sra. Anne Usher de Ranson, que fue mi superior directo en Staubach, estaba al tanto de los progresos logrados pues esa información estaba disponible en los informes semanales de progresos y las comunicaciones escritas intercambiadas por medio de Staubach entre los interesados y Merck.”); *Íd.* (en respuesta a la Pregunta 22) (“La Sra. Anne Usher de Ranson estuvo al tanto de las dos reuniones que se mantuvieron ese día en Panamá. Como yo coordiné las reuniones entre Merck y NIFA, ella tuvo acceso a los correos electrónicos intercambiados en ese sentido”.); *Íd.*, pág. 11 (en respuesta a la contrainterrogación de NIFA 5) (“La Sra. Anne Usher de Ranson tuvo acceso total a las copias físicas de todos los documentos relativos a los proyectos que se realizaron por medio de la oficina de Panamá, entre ellos la promoción de la venta de la planta de MSD en Ecuador.”); Anexo C-149, Testimonio de Anne Karsen Renson [también llamada Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 29 de agosto de 2005 (en respuesta a la Pregunta 8) (“Después del 14 de mayo de 2002, dejé de tratar directamente, cara a cara, con el cliente en las negociaciones con Merck, pero yo, como directivo de la compañía y gerente contable de MSD, seguí estando informado de todo lo que ocurría en las negociaciones. Edgardo Jaén me informó sobre la mayoría de los clientes con quienes trataba, entre ellos MSD, pues yo era directivo en Staubach Spanish Americas & Caribbean Inc. y era su supervisor directo.”)

Además, como demuestran las pruebas presentadas en los tribunales inferiores, la Sra. Usher de Ranson siguió desempeñando una función importante en cuanto a definir la estrategia de Staubach para vender la Planta del Valle de los Chillos. *Ver por ej.*, el correo electrónico de Anne Usher de Ranson a Edgardo Jaén (Staubach), de fecha 16 de enero de 2003 (R-12), en el cual ordena al Sr. Jaén que consulte si EQUAQUIMICA todavía estaba interesada en la planta a la luz de las intenciones de Jacob Harel (Merck) de obstaculizar el trato con NIFA; Correo electrónico de Anne Usher de Ranson a Jill Gambino (Staubach) y Edgardo Jaén (Staubach), de fecha 22 de enero de 2003 (R-14), respecto de la última reunión entre NIFA y Merck el 22 de enero de 2003.

conclusiones. Cada litigante tuvo plena oportunidad de conocer la sustancia y la fuente de las pruebas en contra de ella y de refutar su validez⁸⁵⁸. Cada uno también tuvo derecho a presentar argumentos escritos y solicitar argumentos orales. Merck no ha demostrado de qué forma este proceso careció de las salvaguardias procesales necesarias como para dar sustento a su reclamación de denegación de justicia.

3. Merck no ha demostrado que las sentencias del tribunal inferior estuvieron “influenciadas” por corrupción judicial

503. Merck alega que “existen *indicios abrumadores de corrupción* entre los jueces asignados a la litis *NIFA c. MSDIA* en el tribunal de primera instancia y en el tribunal de apelaciones, y que las sentencias en esos tribunales fueron *obtenidas por medios corruptos por la demandante*”⁸⁵⁹. Como ya se señaló, Merck afirma que existen “indicios de corrupción” para disfrazar el hecho de que no tiene absolutamente ninguna prueba concreta de corrupción, y además, Merck no ha demostrado absolutamente nada que pudiera servir como indicador de corrupción con respecto al caso *NIFA c. MSDIA* en sí, mucho menos ha cumplido con el alto grado de pruebas necesario para justificar una determinación de denegación de justicia. En cambio, Merck cita eventos completamente ajenos a su caso como ejemplos de corrupción. Además, lejos de sustanciar su afirmación de que la judicatura era corrupta, los ejemplos de Merck en realidad pintan un panorama de un sistema judicial dispuesto a responder a las alegaciones de incorrección y corrupción.

504. Primero, Merck alega que el gerente general de NIFA “ha sido descrito... como un personaje corrupto con un historial de sobornar a los funcionarios gubernamentales”⁸⁶⁰. Merck luego invoca un incidente no relacionado en el que intervinieron otra compañía de propiedad del

⁸⁵⁸ Ver F. García Amador, L. Sohn y R. Baxter, *Codification of the Law of State Responsibility for Injury to Aliens* [Codificación del Derecho sobre Responsabilidad de los Estados por Perjuicios a Extranjeros] (1974) (RLA-25).

⁸⁵⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 175 (énfasis añadido).

⁸⁶⁰ *Íd.*, ¶ 177.

Sr. García que ocurrió hacer 25 años⁸⁶¹. Merck no demuestra de qué forma ese acto del pasado “influyó” los procedimientos de *NIFA c. MSDIA*. Más importante aún es que la propia Merck admite que el Sr. García fue sujeto a una investigación penal, el contrato que estaba bajo investigación fue rescindido, el Ministro de Salud que adjudicó el contrato fue forzado a renunciar, y otros funcionarios del Ministerio de Industrias fueron investigados y arrestados⁸⁶². Esa no es una prueba de un sistema que tolera la corrupción o que no esté dispuesto a responder ante ello. Más bien, sirve para debilitar el intento de Merck de describir un sistema “corrupto, ineficaz”, en el cual predomina la corrupción en impunidad.

505. Las pruebas de Merck demuestran que el Sr. García fue condenado por soborno y sentenciado a tres años de cárcel⁸⁶³. Sin embargo, cuando el Sr. García apeló el veredicto dictado en contra de él basándose en la absolución del funcionario público que presuntamente recibió los sobornos del Sr. García⁸⁶⁴, la Suprema Corte de Justicia (División Penal) absolvió al Sr. García en 1994 porque el delito no había sido probado de conformidad con la ley⁸⁶⁵. Ninguna de las pruebas presentadas por Merck pone en cuestión la validez de la absolución del Sr. García. La descripción que da Merck del Informe 2010 de la Comisión de la Verdad es sumamente engañosa. El informe simplemente describe los eventos en torno a la investigación que llevó al arresto de personas con relación al caso Ecuahospital, lo cual no se cuestiona. El informe no declara que el Sr. García haya sido culpable y no pretende brindar pruebas de tal delito⁸⁶⁶. Como

⁸⁶¹ Memorial de la Demandante, ¶¶ 178-179.

⁸⁶² *Íd.*, ¶ 179.

⁸⁶³ Providencia del 11 de marzo de 1991, Presidente de la Suprema Corte de Justicia, en 10 (C-118).

⁸⁶⁴ *Ver* providencia de junio de 1994, Suprema Corte de Justicia (que dicta una orden de absolución a favor de Miguel García Costa) (C-117).

⁸⁶⁵ *Ver Id.*

⁸⁶⁶ Informe de la Comisión de la Verdad, Tomo 2: Delitos en contra de la Humanidad, Ecuador 2010, pág. 36 (C-94). En el año 2007, el Presidente Rafael Correa estableció una “Comisión de la Verdad para Impedir la Impunidad”, con un mandato específico de investigar especialmente los abusos de los derechos humanos ocurridos durante el gobierno de León Febres Cordero (1984-1988). La Comisión de la Verdad se centró en esos abusos, entre ellos, las ejecuciones extrajudiciales, tortura, detenciones arbitrarias y violencia sexual. La Comisión hizo 155 recomendaciones centradas en la satisfacción, restitución, rehabilitación, indemnización y garantías de no repetición.

tal no sirve para debilitar el hecho de que el Sr. García fue finalmente absuelto de los cargos por los cuales fue arrestado. El hecho de que Merck se sustente en el Informe 2013 de Human Rights Watch es quizás todavía más flagrante. El informe no solo no menciona nada sobre el Sr. García, ni siquiera se refiere al caso en el que él intervino; antes bien, se refiere a 117 casos de presuntos violadores de los derechos humanos no procesados que también son mencionados en el Informe de la Comisión de la Verdad, un informe de muchos tomos⁸⁶⁷. El mismo hecho de que Merck sienta la necesidad de tergiversar esas pruebas demuestra abiertamente el carácter ficticio de los supuestos indicios de corrupción.

506. Merck también se refiere a la remoción del cargo de la Jueza Chang Huang, la jueza del tribunal de primera instancia que pronunció la sentencia original⁸⁶⁸. Nuevamente, Merck convenientemente pasa por alto el hecho de que las quejas en cuestión, que finalmente llevaron a que fuera removida de su cargo, no tuvieron ninguna relación con este caso⁸⁶⁹. Además, el ejemplo de la Jueza Chang Huang demuestra que el sistema sí trabaja en contra de la corrupción porque ella en realidad fue removida por defectos en su desempeño en esa época, lo cual no tuvo ninguna relación con el pleito NIFA⁸⁷⁰. Además, en las dos instancias citadas por Merck en las que se presentaron cargos específicos disciplinarios en contra de la Jueza Chang Huang, repetimos, en dos asuntos completamente ajenos al pleito NIFA, el Consejo de la Judicatura del

Este es otro ejemplo de que el propio sistema está actuando para rectificar actuaciones indebidas de gobiernos previos.

⁸⁶⁷ Human Rights Watch, Informe Mundial 2013, págs. 228-229 (C-216).

⁸⁶⁸ Memorial, ¶ 183.

⁸⁶⁹ Memorando de Benjamín Cevallos Solórzano, Presidente del Consejo de la Judicatura, a Marco Rodas Bucheli, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, Documento Oficial No. 984 – P – CJ GP (1 de julio de 2010) (C-104).

⁸⁷⁰ Memorando de Benjamín Cevallos Solórzano, Presidente del Consejo de la Judicatura, a Marco Rodas Bucheli, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, Documento Oficial No. 984 – P – CJ GP (1 de julio de 2010) (C-104). El Dr. Benjamín Cevallos Solórzano, Presidente del Consejo de la Judicatura, ordenó el inmediato cese en sus funciones de la Jueza Chang Huang, de conformidad con el Art. 269(5) del Código Orgánico de la Función Judicial, sin perjuicio de que se continuaran los procedimientos administrativos sumarios que estaban en curso en contra de la Jueza Chang-Huang. *Ver* el Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 269(5) (RLA-91).

Ecuador fue el encargado de administrar el correctivo⁸⁷¹. Una de esas medidas disciplinarias tuvo como resultado la decisión del pleno del Consejo de la Judicatura de prohibir permanentemente que la Jueza Chang Huang desempeñe funciones⁸⁷². Después de ello, la Jueza Chang Huang entabló una demanda administrativa en contra de esa decisión ante el Tribunal Distrital Administrativo de Quito, con la que solicita su restitución en el cargo o, si no, una indemnización monetaria por el cese de sus funciones⁸⁷³. Esa demanda está actualmente pendiente.

507. La propia Merck no ha entablado ninguna acción disciplinaria en contra de la Jueza Chang Huang basándose en sus afirmaciones de corrupción en el pleito NIFA.

508. Pero lo que es considerablemente más importante es que Merck no explica que conforme al Derecho del Ecuador, una parte agraviada puede demandar al juez si cree que el juez cometió un ilícito en el desempeño de sus funciones. Y eso es precisamente lo que hizo Merck⁸⁷⁴. Pero Merck no reveló ese hecho ni el resultado de la demanda al Tribunal.

509. La historia completa es como se indica a continuación. El 21 de abril de 2009, después de que el Tribunal de Apelaciones rechazó su petición de nulidad, Merck presentó reclamaciones por daños y perjuicios en contra de la Jueza Provisional Chang Huang y Ricardo Javier Lopez Arauz, quien se desempeñaba como su Asistente Judicial en el caso NIFA a fin de recuperar los honorarios adicionales de abogado gastados para contratar los servicios de un nuevo abogado para abordar la sentencia indebida que se había pronunciado debido a la mala conducta judicial

⁸⁷¹ Archivo personal de la Jueza Interina Chang-Huang, Archivo Disciplinario No. Mot-099-UCD-010-MAC, archivo abierto el 9 de abril de 2010 (C-190); Archivo Personal de la Jueza Interina Chang-Huang, Archivo de Medidas Disciplinarias No. Mt 235-UCD-010-CJ, Resolución del 12 de enero de 2011 (C-194).

⁸⁷² Archivo personal de la Jueza Interina Chang-Huang, Archivo Disciplinario No. Mot-099-UCD-010-MAC, archivo abierto el 9 de abril de 2010 (C-190), Resolución del 6 de abril de 2011 (C-190).

⁸⁷³ Procedimiento administrativo iniciado por la Jueza Chang Huang, Demanda (R-119).

⁸⁷⁴ Expediente Electrónico, Caso No. 2009-0477, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (R-125).

de la jueza⁸⁷⁵. Merck planteó las mismas alegaciones en contra de la Jueza Chang Huang que presenta en estos procedimientos, a saber:

- El abogado de Merck recibió una sentencia incompleta por correo electrónico el 17 de diciembre de 2007;
- El abogado de Merck no recibió la sentencia en el casillero judicial del abogado;
- La Jueza Provisional Chang Huang dijo a dos testigos que no había tenido intención de pronunciar esa sentencia y que estaba contenta de que el tribunal de apelaciones la “corrigiera”;
- La Jueza Provisional Chang Huang revisó el caso solo en 3 días laborables;
- La Jueza Provisional Chang Huang no pudo haber digitado la sentencia en un plazo de 3 horas; y
- La Jueza Provisional Chang Huang no redactó la sentencia y las secciones de la Demanda fueron transcritas textualmente en la sentencia sin ningún análisis⁸⁷⁶.

510. El Tribunal ecuatoriano que conoció ese caso rechazó cada una de esas alegaciones por falta de sustento jurídico o falta de pruebas. Específicamente, el Tribunal:

- No halló prueba alguna de ilícito de parte de la Jueza Chang Huang ni del Sr. López en la transmisión electrónica de la sentencia, y al mismo tiempo, observó que el “sistema empleado por el Sistema Automático de Tramite Judicial Ecuatoriano (SATJE) para la distribución de mensajes de correo electrónico no es seguro. Deja lugar a la intervención de las personas lo que podría alterar el funcionamiento del

⁸⁷⁵ Expediente Electrónico, Caso No. 2009-0477, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (R-125).

⁸⁷⁶ *Íd.* MSDIA también se quejó de que la sentencia pronunciada por la Jueza Interina Chang Huang se basó en principios generales de derecho, en vez de en el derecho específico aplicable a la materia, y que los daños otorgados por ella carecieron de sustento de análisis jurídico.

sistema, desde la creación del texto de la resolución hasta su colocación en el casillero judicial de la computadora del Dr. Luis Ponce Palacios...”⁸⁷⁷.

- Determinó que la certificación del funcionario judicial que da fe públicamente de que la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia fue notificada a las partes “constituye prueba en sí y por sí” de que la sentencia fue debidamente notificada a MSDIA⁸⁷⁸. Además, Merck pudo presentar una apelación a tiempo; por lo tanto, no hubo ningún perjuicio para Merck⁸⁷⁹;
- Desestimó el testimonio de los dos testigos (los clientes del Dr. Santamaria, el abogado local de Merck), por el motivo de que ellos tenían una relación de dependencia del abogado de Merck en el pleito de *NIFA c. MSDIA* y que por, lo tanto, no eran creíbles.
- Sostuvo que con respecto a los tiempos para “tomar conocimiento” y la notificación de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia a Merck, “[e]sa prueba no puede considerarse prueba técnica o que pruebe un ilícito, porque el tiempo de inicio y de finalización depende de las circunstancias del trabajo de la Judicatura, y esos tiempos implican un proceso largo de estudiar el caso”⁸⁸⁰.

511. Así, las afirmaciones de un acto ilícito alegado en contra de la Jueza Provisional Chang Huang en el presente arbitraje fueron desestimadas por el tribunal. Merck apeló esta decisión, que está pendiente ante el Tribunal de Apelaciones. La desestimación de esa demanda por parte

⁸⁷⁷ Expediente Electrónico, Caso No. 2009-0477, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia), pág. 10 (R-125).

⁸⁷⁸ *Íd.*, pág. 11.

⁸⁷⁹ *Íd.*

⁸⁸⁰ *Íd.*, ¶ 10. El tribunal también determinó que no podía resolver sobre las otras acusaciones de arbitrariedad del juez de la Corte de Primera Instancia porque su resolución había sido objeto de apelación ante la Corte de Apelaciones y cualquier pronunciamiento sobre la corrección de la resolución del juez sería una interferencia indebida con la toma de decisiones de la Corte de Apelaciones.

del tribunal y, específicamente, su rechazo de las pruebas de Merck como insuficientes para demostrar que existió un ilícito, hacer ver este caso bajo una luz muy diferente. Específicamente, como ya se analizó, demuestra que la afirmación de Merck de que la Jueza Chang Huang “reconoció ella misma que su decisión en el pleito *NIFA c. MSDIA* no se basó en el fondo”⁸⁸¹ no está sustentada por ninguna prueba confiable y fue desmentida de plano por el propio testimonio de la Jueza Chang Huang⁸⁸².

512. De manera similar, Merck alega que el Juez Hernán Alberto Palacios Durango, presidente del panel de tres jueces del Tribunal de Apelaciones que pronunció la decisión, ha sido investigado por corrupción en dos casos no relacionados con el pleito *NIFA*⁸⁸³. Merck no presenta ninguna explicación de cuál es la relación de esos dos casos con el pleito de *NIFA*. Más importante aún es que Merck no demuestra que esa investigación haya tenido como resultado un fallo de que el Juez Palacios cometió un ilícito. Primero, Merck cita un artículo periodístico que expresa que “el Comité de Control Cívico de la Corrupción (CCCC) halló pruebas de responsabilidad penal y civil en contra del juez del Juzgado Noveno de Pichincha” y que “envió toda esa documentación al Departamento de Justicia de Pichincha para que emitiera la correspondiente orden de investigación en contra del juez del Juzgado Noveno de lo Civil de Pichincha, así como también del Consejo Nacional de la Judicatura”⁸⁸⁴. El artículo alega que el Juez Palacios confiscó los tractores remolque del demandado en conexión con la afirmación de Merck de una deuda impaga⁸⁸⁵. Aparte de esa afirmación no concluyente de que se identificaron ciertas pruebas para sustentar una investigación más a fondo en contra del Juez Palacios, Merck

⁸⁸¹ Memorial de la Demandante, ¶ 188. Debe señalarse que desde entonces Merck ha modificado su acusación previa temeraria de que la Jueza Chang Huang “ha reconocido abiertamente que su decisión en el pleito *NIFA* representa una tergiversación de la justicia que no se realizó en cuanto al fondo”. Réplica de *MSDIA* (5 de agosto de 2012), ¶ 238.

⁸⁸² Ver Declaración Testimonial de Victoria Chang-Huang Castillo, *MSDIA c. Chang Huang*, Décimo Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha (Corte de Primera Instancia) (13 de enero de 2009) (R-69).

⁸⁸³ Memorial de la Demandante, ¶ 196.

⁸⁸⁴ *CCCC pide la remoción de la Jueza*, LA HORA, 23 de marzo de 2002 (C-65).

⁸⁸⁵ *Íd.*

no brinda ninguna otra prueba de ilícito por parte del Juez Palacios.

513. Segundo, Merck señala la remoción y el posterior restablecimiento del Juez Palacios y del Juez Toscano, basado en la afirmación de que habían favorecido a una de las partes en otro caso⁸⁸⁶. Los cargos iniciales que tuvieron como resultado la remoción del Juez Toscano y del Juez Palacios tuvieron que ver con adelantar la fecha de la confesión judicial de una de las partes⁸⁸⁷. Los jueces explicaron ese acto como “favorecer el principio de celeridad procesal”.⁸⁸⁸ Más importante aún es que el Juez Palacios y el Juez Toscano fueron ambos absueltos, un resultado que descrito en las propias pruebas de Merck como “corrección de un error”.⁸⁸⁹

514. En conclusión, ninguno de los ejemplos precedentes *tiene relación* con el caso específico presente y no demuestra siquiera una corrupción no relacionada⁸⁹⁰. Ninguno de ellos puede cumplir con el altísimo estándar de prueba necesario para demostrar la existencia de corrupción. Sin duda lo que Merck llama “los resultados extraordinarios en el caso [NIFA c. MSDIA]”⁸⁹¹

⁸⁸⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 196; *CJT corrige el error que perjudicó a dos jueces*, LA HORA, 1 de agosto de 2012 (C-113)

⁸⁸⁷ CJT corrige el error que perjudicó a dos jueces, LA HORA, (1 de agosto de 2012) (C-113); *Ver Ecuador revoca la remoción de dos jueces*, UPI ESPAÑOL, (9 de julio de 2012) (C-114).

⁸⁸⁸ Ecuador revoca la remoción de dos jueces, UPI ESPAÑOL (9 de julio de 2012) (C-114).

⁸⁸⁹ *CJT corrige el error que perjudicó a dos jueces*, LA HORA, (1 de agosto de 2012) (C-113). *Ver también, Ecuador revoca la remoción de dos jueces*, UPI ESPAÑOL, (9 de julio de 2012) (C-114) (“El Consejo de la Judicatura Transitorio (CJT) corrigió un error y restableció en sus puestos a los jueces Alberto Palacios Durango y John Toscano Garzón.” (Énfasis añadido.)) Como se explica en el propio Anexo de Merck, el Juez Toscano también fue restablecido en su puesto de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha. *El CJT corrige un error que perjudicó a dos jueces*, LA HORA, (1 de agosto de 2012) (C-113) (“El CJT reconoció que, si bien es cierto que los jueces acusados hicieron nuevas designaciones / fijaron nuevas fechas para una confesión judicial, esos actos no causaron ningún perjuicio al proceso ni a las partes”).

⁸⁹⁰ *Comparar con Vanessa Ventures Ltd. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)04/6, Laudo (16 de enero de 2013), ¶ 228 (RLA-118) (“Las acusaciones de falta de independencia e imparcialidad son más difíciles de encarar... *Pero se las debe probar debidamente; y la prueba debe, al menos en general, estar relacionada con los casos específicos en los que se alega que ocurrieron. Las inferencias de una falta de independencia e imparcialidad graves y endémicas en la judicatura, deducidas de examinar otros casos o de pruebas anecdóticas o circunstanciales, no bastará en general para probar una acusación de incorrección en un caso determinado*”). (Énfasis añadido)).

⁸⁹¹ Memorial de la Demandante, ¶ 176.

fueron considerados erróneos por la CNJ. Pero no por ellos es inevitable llegar a la “conclusión de que esos resultados fueron producto de corrupción [...]”. Esa deducción no puede sustituir la falta de pruebas, y las pruebas de Merck no son suficientes siquiera para probar que existieron “indicios de corrupción”, mucho menos corrupción en sí.

VII. MERCK EN NINGÚN CASO TENDRÍA DERECHO A LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE RECLAMA

515. La cuestión de la responsabilidad civil es clara: Simplemente no hubo denegación de justicia en el presente. Sin embargo, incluso si este Tribunal determinara que sí la hubo, Merck de todas formas no tendría derecho a los daños y perjuicios que reclama. Además de los USD 1,57 millón que afirma que se le debería como restitución por la sentencia de la CNJ, además reclama casi *cuatro veces* esa suma en honorarios de abogado. Por los motivos que se explican a continuación, su reclamación de que se le adeuda una suma exorbitante de honorarios legales es totalmente infundada.

A. Merck no puede reclamar honorarios legales pues no ha dado ninguna prueba que sustente su afirmación

516. Merck alega que “tiene derecho a recuperar los honorarios de abogado y costas que incurrió con motivo de su defensa” de los procedimientos judiciales en Ecuador⁸⁹². Pero Merck no puede simplemente reclamar daños y perjuicios porque así lo dice Merck. Tiene que suministrar pruebas concretas. “En la medida... que un demandante escoge plantear su reclamación... en términos de daños y perjuicios monetarios, debe, como cuestión de principio básico, el demandante probar... su cuantificación en términos monetarios y el vínculo causal necesario entre la pérdida o el daño y el incumplimiento del tratado”⁸⁹³.

517. Merck no ha “probado” su cuantificación de los daños. Sin ofrecer ninguna cita, Merck

⁸⁹² Memorial, ¶ 412.

⁸⁹³ *Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/03, Laudo (6 de mayo de 2013) (Berman, Lalonde, Donovan) (“*Rompetrol*”), ¶ 190 (RLA-121) (énfasis añadido).

alega que se le adeudan USD6 millones⁸⁹⁴. No ha brindado ninguna justificación de esa cifra, alegando solo que brindará las pruebas “cuando sea necesario para que el Tribunal cuantifique los daños”, aunque presentar esa suma tan grande en su Memorial, sin duda, ha tenido un efecto perjudicial en Ecuador. Sin ninguna cita –sin siquiera mencionar algún perito en daños que hubiera cuantificado de forma independiente esas cifras—brindar una suma así sin respaldarla no tiene ninguna finalidad legítima.

518. Al solicitar que el Tribunal considere en algún momento futuro no develado las pruebas que Merck promete presentar para justificar su reclamación de USD 6 millones por honorarios legales, Merck esencialmente se está arrogando las atribuciones de bifurcar la fase de daños de los procedimientos, contraviniendo así el cronograma ordenado por este Tribunal. En efecto, en su Orden de Procedimiento del 21 de mayo de 2013, el Tribunal explícitamente declaró que Merck estaba obligada, cuando presentó su Memorial, a “incluir *todas* las pruebas en que se sustenta”⁸⁹⁵. En ningún punto de sus Órdenes de Procedimiento este Tribunal consideró que Merck podría presentar un conjunto seleccionado de pruebas en una fecha que decidiera, por su cuenta, que sería más conveniente⁸⁹⁶.

519. Merck tampoco ha suministrado nada que se parezca a un justificativo de por qué no presentó pruebas para sustentar esta reclamación. Da a entender que existen “sensibilidades asociadas con los registros de facturación”, pero no expresa cuáles son esas “sensibilidades” y lo deja a la imaginación colectiva del Tribunal y Ecuador⁸⁹⁷. Pero más importante aún es que Merck promete divulgar esas pruebas al Tribunal en algún momento futuro, minando completamente la afirmación de que existan “sensibilidades” reales. En la medida que Merck quiere contar con “protecciones de la confidencialidad”, ¿por qué no solicitó todavía esas protecciones? ¿Qué impidió que Merck solicitara esas protecciones antes de presentar su Memorial? ¿Qué impide

⁸⁹⁴ Memorial, ¶ 413.

⁸⁹⁵ Providencia de Procedimiento No. 2 (21 de mayo de 2013) (pruebas suministradas).

⁸⁹⁶ *Ver Íd.*; *Ver también* Providencia de Procedimiento No. 1 (18 de julio de 2012).

⁸⁹⁷ Memorial, ¶ 413.

que Merck dé copias tachando las "sensibilidades"? Los misterios abundan. La respuesta probable, sin embargo, no es ningún misterio: Merck no tiene las pruebas para justificar esa cifra exorbitante y espera que esa cifra exagerada influenciará a este Tribunal y producirá un laudo grande, sin que existan pruebas de parte de Merck.

520. Incluso si Merck ahora solicitara permiso para presentar pruebas que antes estaba en su posesión tal solicitud debería ser rechazada obligatoriamente. Si bien el Tribunal, conforme al Artículo 17(1), tiene la facultad y discreción generales de “llevar a cabo el arbitraje de la manera que considere apropiada”, debe hacerlo solo “siempre que las partes sean tratadas con igualdad”⁸⁹⁸. Además, se debe dar a cada parte “oportunidad razonable de presentar sus argumentos”⁸⁹⁹. En el presente caso, no es razonable que Merck por un lado evite su responsabilidad de presentar pruebas relativas a esa categoría de daños sin una justificación comprensible, pero que por otro lado también reivindique el derecho de hacerlo en el futuro.

521. Por no haber presentado pruebas relativas a su reclamación de honorarios legales, no se le deberían otorgar daños y perjuicios por tales honorarios.

B. Incluso si Merck hubiese podido demostrar que existió una denegación de justicia, no puede considerarse que una gran parte de los honorarios legales hayan sido desperdiciados y, por lo tanto, sean recuperables

522. Asimismo, Merck no puede presentar a cabalidad el “vínculo” causal entre su reclamación de USD 6 millones de honorarios legales y el perjuicio que afirma en este caso. Sustentándose en su perito, Merck alega que todas los gastos legales incurridos en su representación legal ante los tribunales del Ecuador son recuperables como “las costas legales desperdiciadas en un juicio viciado”⁹⁰⁰. Pero incluso si Merck triunfa en demostrar que se vio perjudicada por una denegación de justicia, no se puede considerar que un gran porción de esos honorarios legales hayan sido desperdiciados y, por ende, no es posible recuperar esa misma

⁸⁹⁸ CNUDMI, Regla de Arbitraje, Art. 17(1); *Ver también* Providencia de Procedimiento No. 1, ¶ 3.1.

⁸⁹⁹ *Íd.*

⁹⁰⁰ Memorial, ¶ 412.

porción.

523. El caso *Fábrica de Chorzow*, que Merck cita en su Memorial, enfatiza que un demandante puede solo ser compensado por daños “*efectivamente* sufridos”, y que la situación “tiene que compararse con la situación que habría prevalecido si el acto no se hubiese cometido”⁹⁰¹. Incluso si Merck triunfa en una reclamación por denegación de justicia, por sus propias afirmaciones, los daños incurridos fueron, en el mejor de los casos, desde el momento de la sentencia inicial. Sin embargo, una gran parte del trabajo legal realizado estuvo relacionado con el procedimiento ante el tribunal inicial, lo cual incluye el periodo durante el cual las partes debían presentar pruebas y recibir los testimonios de testigos⁹⁰². Sea cual fuere el resultado en el primer procedimiento (o posterior), Merck habría tenido que llevar a cabo ese trabajo legal para defenderse de la reclamación de NIFA. La afirmación de Merck es que las *sentencias* judiciales del Ecuador fueron una denegación de justicia. No es posible la reclamación de que esa denegación de justicia comenzó con la demanda de NIFA.

524. Por consiguiente, incluso si este Tribunal coincide en que Merck puede demostrar satisfactoriamente que existió una denegación de justicia, y que se deben otorgar los honorarios legales incurridos en los procedimientos ante los tribunales de Ecuador, esos honorarios deben descontarse de los honorarios incurridos por Merck cuando se defendió ante el tribunal de primera instancia, lo cual habría tenido que hacer de todas formas. (Naturalmente, es imposible saber cuál sería la cantidad a descontar, pues Merck unilateralmente ha bifurcado los procedimientos y mantiene esos costos legales en secreto.) Eso es coincidente con la formulación en el caso *Fábrica de Chorzow*, que requiere únicamente que se compensen los daños *efectivos*. Cuando se compara con la situación “que habría prevalecido” si la presunta denegación de justicia no se hubiese cometido, la constante es que Merck de todos modos habría incurrido honorarios legales para defenderse en los procedimientos ante el tribunal de primera instancia.

⁹⁰¹ *Caso relativo a la Fábrica de Chorzow (Alemania c. Polonia)*, Sentencia (1928), C.P.J.I., Serie A, No. 21 (CLM-152) (énfasis añadido).

⁹⁰² Memorial de la Demandante, ¶¶ 37-52.

525. Adicionalmente, Merck no puede reclamar honorarios incurridos para procesar su recurso de apelación de la sentencia de primera instancia pues finalmente prevaleció en todas las causales alegadas ante el órgano de apelación.

526. Así pues, incluso si se permitiera que Merck, contrariamente a las órdenes del Tribunal y a las Reglas de la CNUDMI, presentara pruebas tardías para sustentar esa categoría de daños, no se podría demostrar que los honorarios reclamados fueron desperdiciados como resultado de la denegación de justicia que alega Merck.

C. La reclamación de “daños morales” de Merck es inexistente

527. Finalmente, Merck alega que “tiene además derecho a recuperar los daños morales sufridos a raíz de la pendencia prolongada” del pleito ante los tribunales del Ecuador⁹⁰³. De manera similar a sus reclamaciones de honorarios legales, Merck no presenta casi ninguna prueba. Nuevamente, lo único que brinda es su propia afirmación: Los “fallos repetidos de responsabilidad civil” fueron suficientes para “sugerir incorrectamente [] que Merck había sido perjudicada⁹⁰⁴. Con todo, a pesar de afirmar que ese perjuicio era simplemente “obvio”⁹⁰⁵, no presenta ninguna *prueba* de haber sufrido *algún* grado de “pérdida de la reputación”, o “pérdida del crédito”, “pérdida de su posición social”⁹⁰⁶, y en cambio se sustenta en su carácter de “evidente”. Pero si no hay pruebas – ni siquiera la palabra de un perito—no hay nada que el Tribunal pueda determinar.

528. De todas formas, como señaló el Tribunal en el caso *Franck Charles Arif c. la República de Moldavia*, aunque el Tribunal tiene cierta discreción para determinar si debe o no otorgar daños morales, tal laudo es una “reparación excepcional”⁹⁰⁷. Ese límite, como señaló el Tribunal,

⁹⁰³ *Íd.*, ¶ 414.

⁹⁰⁴ *Íd.*

⁹⁰⁵ *Íd.*

⁹⁰⁶ *Ver Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo (28 de marzo de 2011) (“*Lemire*”), ¶ 333 (CLM-130).

⁹⁰⁷ *Ver Sr. Franck Charles Arif c. la República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril

“debe reconocerse y respetarse”⁹⁰⁸. Para que se otorgue esa “reparación excepcional”, deben existir “circunstancias excepcionales”⁹⁰⁹.

529. Para determinar si existen “circunstancias excepcionales”, el caso *Lemire* resulta instructivo. En dicho caso, el Tribunal revisó y consideró varios casos en que se había resuelto que existían “circunstancias excepcionales”. En un caso, el caso *Desert Line*, la demandante fue “objeto de sitio con artillería pesada, un ataque armado, un acto de terrorismo del peor carácter”⁹¹⁰. En el caso *Lusitania*, los daños fueron otorgados debido a los “sufrimientos mentales o el trauma ocasionado por la violenta interrupción de los lazos familiares a causa de las muertes” causadas⁹¹¹. En el caso *Siag*, el Tribunal declaró – en un caso en el que los bienes de los demandantes fueron confiscados a la fuerza, “lo que incluyó el ataque a golpes de uno de los empleados del Sr. Siag, que necesitó atención hospitalaria”—que los daños punitivos no compensatorios (que el Tribunal equiparó con daños morales) podían otorgarse únicamente en “casos extremos de conductas atroces”⁹¹².

530. Basándose en esta línea de casos, el Tribunal en *Lemire* determinó que los daños morales “no están a disposición de una parte perjudicada por actos ilícitos de un Estado”, pero que en cambio pueden otorgarse en un “caso excepcional” y raro, *siempre que* los actos del Estado impliquen una amenaza física, detención ilegal u otras situaciones análogas en las que el maltrato contraviene las normas conforme a las cuales se espera que actúen las naciones civilizadas; que los actos del Estado ocasionen un deterioro de la salud, estrés, ansiedad, otro sufrimiento mental como la humillación, vergüenza y degradación, o pérdida de la reputación, del crédito y

de 2013) (Cremades, Hanotiau, Knieper), ¶¶ 590-592 (RLA-120).

⁹⁰⁸ *Íd.*, ¶ 592.

⁹⁰⁹ *Lemire*, ¶ 326 (CLM-130).

⁹¹⁰ *Íd.*

⁹¹¹ *Íd.*, ¶ 330.

⁹¹² *Íd.*, ¶ 332.

de la posición social; y que *tanto* la causa *como* el efecto sean graves y sustanciales⁹¹³.

531. Vale la pena señalar que los factores mencionados por el Tribunal en el caso Lemire se consideran en conjunto, no separadamente. La “pérdida de reputación” – que Merck alega sin prueba alguna-- no se considera por sí sola, sino *junto con* “la amenaza física, detención ilegal, u otras situaciones análogas”. Es indiscutible que *ninguna* de las afirmaciones hechas por Merck siquiera se acerca a cumplir ese estándar.

532. Como señala otro caso reciente, “en el derecho internacional general, si bien sin duda se acepta el laudo de daños morales, tanto la práctica como las publicaciones especializadas publicadas muestran que eso representa ya sea daño al honor y la dignidad de un Estado... o si no, una compensación indirecta bajo el epígrafe de protección diplomática de perjuicios de un tipo personal sufridos por los ciudadanos del Estado demandante”⁹¹⁴. Pero en el caso de un inversionista extranjero, los daños a la reputación que se demuestran por sí mismos de alguna forma económica, “son simplemente otro ejemplo de pérdida o daños efectivos económicos, que están sujetos a las reglas habituales de presentación de pruebas”⁹¹⁵. Pero, cuando no se pueden suministrar esas pruebas, “recurrir en cambio a un laudo de compensación moral puramente discrecional sería alterar la carga de la prueba y las reglas sobre pruebas”; algo que ese Tribunal no hizo. Ni este tampoco debería hacer; Merck en este caso está intentando efectivamente “alterar la carga de la prueba”.

533. La petición de Merck de que se le otorguen daños morales es, para decirlo simplemente, frívola. El estándar para un laudo de una “reparación extraordinaria” de ese tipo es tan extraordinariamente alto que Merck no puede cumplirlo, aunque prevaleciera en cuanto a la cuestión final sobre responsabilidad civil ante este Tribunal.

VIII. CONCLUSIÓN Y PETICIÓN

⁹¹³ *Íd.*, ¶ 333 (énfasis añadido).

⁹¹⁴ *Rompetrol*, ¶ 289 (RLA-121).

⁹¹⁵ *Íd.*

534. Por los motivos anteriores y otros motivos que posteriormente pueda presentar la Demandada, la República del Ecuador, por el presente, con todo respeto solicita que el Tribunal pronuncie un laudo a su favor, en el cual:

- Se desestimen las reclamaciones de Merck como fuera de la jurisdicción del Tribunal, por improcedentes y/o que constituyen un abuso del proceso arbitral, o si no, por falta de méritos;
- Se otorguen a la Demandada todos sus costos y gastos del presente procedimiento de arbitraje, entre ellos, los honorarios y gastos del Tribunal y el costo de la representación de la República, además de los intereses sobre ello previos y posteriores al laudo; y
- Que otorgue cualquier otra reparación o reparación adicional que se considere adecuada de acuerdo con las circunstancias o que sea justa y correcta.

535. 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

[FIRMA]

Procuraduría General del Estado
República del Ecuador

Mark A. Clodfelter

[FIRMA]

Foley Hoag LLP
Representante de la Demandada