

EN EL ARBITRAJE AL AMPARO DEL TRATADO ENTRE LOS ESTADOS  
UNIDOS DE AMERICA Y LA REPUBLICA DEL ECUADOR SOBRE LA  
PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES Y EN  
CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (1976)  
ENTRE

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

*La Demandante,*

-y-

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*La Demandada.*

Caso PCA No. 2012-10

**ESCRITO DE LA DEMANDADA CON RESPECTO A LA  
SENTENCIA DE LA CNJ DE 4 DE AGOSTO DE 2016**

ABOGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

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

*PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO*

Mark A. Clodfelter  
Janis H. Brennan  
Alberto Wray  
Dr. Constantinos Salonidis  
Diana Tsutieva  
Ofilio J. Mayorga Jose  
Rebolledo

*FOLEY HOAG LLP*

26 DE SEPTIEMBRE DE 2016

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	LOS RECLAMOS DE LAS AUTORIDADES CARECEN DE MÉRITO Y NO ESTÁN DENTRO DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL PORQUE LA DEMANDANTE NO HA AGOTADO LOS RECURSOS EFECTIVOS EN ECUADOR.....	5
A.	De acuerdo a la Legislación Ecuatoriana, la parte ganadora en una AEP tiene el derecho exigible al reembolso de los pagos realizados en la ejecución de la sentencia impugnada y revocada finalmente.....	9
B.	De acuerdo a la legislación ecuatoriana, la parte que interponga una AEP tiene derecho a solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada mientras la AEP esté en trámite.....	12
III.	INCLUSO SI MERCK HUBIERA AGOTADO TODOS LOS RECURSOS LOCALES DISPONIBLES, DEBEN RECHAZARSE LOS RECLAMOS POR EL FONDO PORQUE MERCK NO PUEDE PROBAR QUE HAYA SUFRIDO UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA U OTRA VIOLACIÓN DEL TRATADO.....	17
A.	Merck no ha demostrado, y no puede demostrar, mediante prueba clara y convincente, que cumpla los altos límites que se exigen en los reclamos de denegación de justicia por razones sustantivas o procesales.....	17
B.	Merck no ha logrado demostrar que la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 haya sido incorrecta, mucho menos “tan flagrante que no pueda explicarse de otra manera sino como” arbitraria y evidentemente incompetente, “jurídicamente imposible” o como “algo que ofende el sentido de decoro judicial”.....	23
1.	La CNJ no ratificó la Decisión del Tribunal de Apelaciones sino mas bien la anuló y la reemplazó enteramente con una nueva decisión por razones totalmente diferentes.....	23
2.	Al contrario de la tergiversación de Merck, la CNJ llevó a cabo una revisión y análisis independiente de las pruebas y extrajo de ellos conclusiones de que la CNJ acató las normas jurídicas que determinó eran aplicables.....	28
3.	El tratamiento de la CNJ y su desviación significativa de los cálculos realizados por Cabrera en su determinación de la indemnización por daños y perjuicios fue irracional, arbitraria y manifiestamente incompetente.....	31

a.	Luego de haber hallado responsabilidad, la CNJ tenía la obligación de calcular la indemnización por daños y perjuicios.....	32
b.	La Demandante no ha demostrado que hubiera alguna base sobre la cual la CNJ dudase de la idoneidad del nombramiento del Sr. Cabrera en calidad de Perito en Daños.....	34
i.	La Corte nombró al Sr. Cabrera en conformidad con el mecanismo solicitado por la Demandante.....	34
ii.	El mecanismo que se empleó para nombrar nuevamente al Sr. Cabrera fue independiente de la Corte y de las Partes.....	36
iii.	La Corte nombró al Sr. Cabrera en conformidad con el mecanismo solicitado por la Demandante.....	37
c.	La Demandante no ha demostrado que hubiera alguna base sobre la cual la CNJ pudiera dudar de los conocimientos y experiencia del Sr. Cabrera como perito en daños.....	39
d.	El tratamiento de la Corte al Informe Cabrera fue apropiado.....	42
e.	Conclusión.....	45
4.	Merck no ha alegado que la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 estuviera manchada por la corrupción o la parcialidad, y sus insinuaciones vagas de que los jueces de la CNJ fueran de algún modo intimidados por “amenazas” de sanciones no pueden servir para demostrar una denegación de justicia.....	46
<b>IV.</b>	<b>LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE 20 DE ENERO DE 2016 NO DENEGÓ JUSTICIA A MERCK.....</b>	<b>48</b>
A.	La admisión de la Corte Constitucional de la segunda AEP de Prophar no fue una denegación de justicia.....	48
B.	La decisión de la Corte Constitucional de 20 de ener de 2016 no fue irracional o injustificada.....	51
1.	No se puede culpar a la decisión de la Corte Constitucional por concluir que el análisis de la CNJ fue incompleto.....	52
2.	La decisión de la Corte Constitucional no puede ser impugnada por haber concluido que la evaluación de la CNJ de la indemnización por daños y perjuicios de Prophar fue insuficiente.....	53
3.	La Corte Constitucional no indicó de otra manera cómo la CNJ debía decidir el caso.....	54

<b>V.</b>	<b>INCLUSO SI LA DEMANDANTE HUBIERA ESTABLECIDO UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA, NO HABRÍA ADQUIRIDO DERECHO A LA CUANTÍA TOTAL DE LA SENTENCIA DE LA CNJ DEL 4 DE AGOSTO DE 2016.....</b>	<b>57</b>
<b>VI.</b>	<b>SOLICITUD DE REPARACIÓN.....</b>	<b>62</b>

## I. INTRODUCCIÓN

1. En sus cartas de 9 y 18 de agosto de 2016, el Tribunal solicitó comedidamente a las Partes que presentasen sus comentarios sobre las implicaciones de la sentencia de agosto de 2016 emitida por la Corte Nacional de Justicia (CNJ) en el alegato en este arbitraje. En respuesta a dicha carta, la Demandada, la República del Ecuador, plantea de manera respetuosa los siguientes comentarios.

2. **Primero**, la decisión de la Demandante Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (la “Demandante”, “Merck” o “MSDIA”) de renunciar a la impugnación de la sentencia de la CNJ de 4 de agosto de 2016 en una Acción Extraordinaria de Protección (AEP) ante la Corte Constitucional de Ecuador significa que Merck ha omitido ahora *de manera concluyente* agotar los recursos disponibles y efectivos en Ecuador. Además de las razones que se identifican en los escritos previos de Ecuador en el presente Arbitraje, ahora es incluso mucho más evidente que (a) si la Demandante hubiera interpuesto una AEP contra la Sentencia de agosto de 2016, podía haber solicitado y obtenido de los tribunales ecuatorianos la restitución de todos los montos pagados en cumplimiento de dicha sentencia, y (b) la Demandante podía haber evitado efectuar incluso el pago provisional, puesto que ahora admite que es perfectamente posible y en realidad una “práctica común” solicitar la suspensión de la ejecución de una sentencia impugnada en una AEP mientras estén pendientes los procesos ante la Corte Constitucional.

3. **Segundo**, incluso si las alegaciones de la Demandante pudieran superar su última omisión fatal en agotar los recursos que a tenía a su disposición en el sistema judicial ecuatoriano, esos reclamos, independientemente de los criterios y estándares del tratado, incluido el Artículo II(7), al amparo del cual se los plantea, aun así deberían ser desestimados por falta de mérito. La decisión de agosto de 2016 emanada de la CNJ representa la tercera vez que la CNJ ha rechazado la aplicación del tribunal de primera instancia y el Tribunal de Apelaciones de la responsabilidad civil bajo el régimen de la legislación antimonopolio a Merck, y la tercera vez que ésta ha hallado a Merck responsable por comportamiento malintencionado en los términos de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil de Ecuador. Con respecto a la decisión de la CNJ de agosto de 2016 como tal, Merck tiene sólo unas cuantas críticas, cada una de las cuales distorsiona de manera manifiesta la decisión, y todas se han urdido para lograr a la fuerza que la decisión encajase en la Decisión sobre Medidas

Interinas dictada por el Tribunal en marzo de 2016 y así eludir (incluso una vez más) tener que explicar al Tribunal por qué ésta permitiría que sus *propias* operaciones comerciales en Ecuador (no las de una filial) fueran “destruidas”, aun cuando ésta pudiera cumplir con facilidad la sentencia neta de \$34 millones que provendrían, en el último recuento, de sus \$1.130'000.000 en activos netos y de sus \$600 millones por concepto de ingresos anuales.

4. No obstante, incluso si se analizasen por separado tomando como punto de partida los esfuerzos de Merck en lo relativo a las medidas interinas, sus críticas a la decisión de la CNJ en agosto de 2016 no resisten el examen minucioso. Al igual que ocurrió con sus tergiversaciones del procedimiento de la CNJ en el pasado, la aseveración de Merck de que la decisión ratificó la sentencia del Tribunal de Apelaciones en materia de antimonopolio debido a que la CNJ admitiera sólo dos de sus razones para la casación ignora el hecho procesal de que la aceptación de la CNJ de *alguna* de las razones de Merck para la casación anuló en su totalidad la sentencia del Tribunal de Apelaciones. Y una vez que ésta anuló la sentencia del Tribunal de Apelaciones, la CNJ procedió a emitir una decisión completamente nueva que rechazó la aplicación de la legislación antimonopolio, la cual, según Merck ha argumentado en varias ocasiones, fue la base exclusiva de la sentencia del Tribunal de Apelaciones. Al contrario de las aseveraciones de Merck, la decisión de 2016 de la CNJ no ratificó la sentencia del Tribunal de Apelaciones en *ningún* aspecto.

5. La alegación de Merck de que la CNJ no ha llevado a cabo una revisión independiente de las pruebas se contradice en virtud de lo que expresa la decisión misma y, por lo tanto, no le es favorable. En más de nueve páginas, la CNJ expone las pruebas aducidas por ambas partes, y las revisa, analiza y pondera, señalando de manera específica las pruebas que la indujeron a concluir que, cuando al cabo de cerca de un año de negociaciones, Merck condicionó tardíamente la venta de su planta al acuerdo de Prophar de que ésta no produciría una larga lista de fármacos, Merck cometió un ilícito extracontractual no intencional, en violación de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil. El hecho de que Merck no crea en su propio argumento relativo a la “falta de revisión independiente de las pruebas” se destaca únicamente por el hecho de que ésta no buscó acudir a la Corte Constitucional para que se reparase lo que – si hubiera ocurrido – habría sido una flagrante violación constitucional.

6. El ataque de Merck al uso de la CNJ de lo que aquélla caracteriza como el informe Cabrera “patentemente irracional y probablemente corrupto” es asimismo infundado. Merck no ha hecho ninguna demostración de *algún* indicio de corrupción en lo tocante al informe.

Lo que es más, el nombramiento del Sr. Cabrera se hizo a través de un mecanismo independiente que la propia Merck apoyó y nunca objetó. Todas las deficiencias en la invocación del Tribunal de Apelaciones al informe Cabrera fueron corregidas por la CNJ, la cual – a diferencia del Tribunal de Apelaciones – aplicó una ley ecuatoriana para reducir el lucro cesante que el informe calculó en un 80%, factor que es más generoso que la reducción en un 75% que Merck había solicitado en el tribunal inferior y en su petición de casación.

7. El argumento final de Merck – que los Jueces Adjuntos de la CNJ que emitieron la decisión de agosto de 2016 cometieron los “errores” antes mencionados en los cuales Merck se basa porque los Jueces se sintieron “amenazados” por la referencia a sanciones penales en la decisión de la Corte Constitucional de enero de 2016 – fracasa por completo. Además del hecho de que la Corte Constitucional se refiera a menudo en sus decisiones a las sanciones penales a funcionarios gubernamentales previstas en el Artículo 86(4) de la Constitución de Ecuador, en su decisión de agosto de 2016, los Jueces Adjuntos de la CNJ expresaron sólo resistencia a todo intento de otro órgano judicial de ejercer control sobre ellos.

8. *Tercero*, la caracterización de la Demandante de la sentencia de enero de 2016 emitida por la Corte Constitucional que anuló la sentencia de noviembre de 2014 de la CNJ como una denegación de justicia es asimismo injustificada. La Corte Constitucional no excedió su competencia al “indicar” a la CNJ la manera de decidir las peticiones de casación de Prophar y MSDIA. Por supuesto, la Corte Constitucional tampoco indicó a la CNJ cómo ésta debiera decidir el caso sujeto a casación de la sentencia del Tribunal de Apelaciones. (De hecho, según el argumento propio de la Demandante, la Corte Constitucional no podía haber indicado a la CNJ cómo decidir en calidad de un tribunal de primera instancia, puesto que la ratificación de la sentencia del Tribunal de Apelaciones, la cual la Demandante alegó como el resultado directo, no podía haberse planteado por nada menos que la desestimación de las peticiones de casación de las partes; en ese caso, la CNJ no habría ejercido su función como un tribunal de primera instancia en primer lugar). Por no haber impugnado la decisión de la Corte Constitucional por otras razones, el ataque de la Demandante carece de fundamento.

9. *Cuarto*, en el supuesto no consentido de que el sistema jurídico ecuatoriano denegara justicia a la Demandante en violación del Tratado, la Demandante no tiene derecho de manera automática a la cuantía total de la sentencia del 4 de agosto de 2016 emanada de la CNJ. La Demandante no ha logrado demostrar en absoluto que, bajo alguna consideración

razonable de los hechos de la diferencia subyacente, en virtud de los principios aplicables de las leyes ecuatorianas, una determinación de responsabilidad de Merck *no* fuera jurídicamente posible. Merck tampoco ha provisto una evaluación ni cálculo alternativos de los daños de Prophar en caso de que se la hallase responsable con respecto a Prophar. Por consiguiente, en la medida que Merck reclama la cuantía total de la sentencia del 4 de agosto de 2016 dictada por la CNJ como indemnización por daños y perjuicios, Merck la reclama en violación de principios establecidos del derecho internacional, los cuales establecen que un laudo de indemnización por daños y perjuicios no puede colocar a una parte demandante en una posición que sea *mejor* que aquélla en la cual ésta habría estado “si no fuera por” los actos que dieran lugar de manera ostensible a responsabilidad del Estado.

10. En todos los aspectos restantes, Ecuador continúa basándose en sus planteamientos previos en el presente arbitraje y reitera su solicitud de que se rechacen en su totalidad los reclamos de Merck y se paguen a Ecuador todas sus costas y todos sus honorarios de abogados, junto con los intereses sobre esos rubros<sup>1</sup>. La Demandada se reserva expresamente el derecho a suplementar las solicitudes antes expuestas y a presentar escritos adicionales para resolver todos los argumentos nuevos o ampliados que Merck plantee en su escrito de 26 de septiembre de 2016.

---

<sup>1</sup> Todos los argumentos que aquí constan se aplican también con la misma fuerza y efecto al reclamo de la demandante de acuerdo a cualquier otra disposición del Tratado, incluido su Artículo II(7).



## II. LOS RECLAMOS DE LA DEMANDANTE CARECEN DE MÉRITO, SON INADMISIBLES, Y NO ESTÁN DENTRO DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL PORQUE LA DEMANDANTE NO AGOTÓ LOS RECURSOS LOCALES DISPONIBLES Y EFECTIVOS EN ECUADOR

11. En sus alegatos procesales y en la Audiencia en Londres, Ecuador demostró que la Acción Extraordinaria de Protección (“AEP”) es un recurso al cual la Demandante podía y debía haber recurrido antes de plantear sus reclamos de denegación de justicia al amparo del TBI<sup>2</sup>. En particular, y pese a las pretensiones de la Demandante en contrario:

- El derecho internacional no limita la obligación de agotar los recursos “directamente”<sup>3</sup>; mas bien, el derecho internacional exige que se persigan todos los recursos disponibles y efectivos, y no existe ninguna razón basada en principios por la cual se excluyan las apelaciones constitucionales (como, por ejemplo, la AEP) *per se* a partir de la noción de los recursos agotables<sup>4</sup>.
- A fin de establecer la responsabilidad internacional de Ecuador por acción judicial en violación del Tratado, la Demandante debe cumplir el *mismo* requisito de agotamiento de los recursos locales, independientemente de la norma del

---

<sup>2</sup> La Demandante acepta que a fin de establecer la responsabilidad de Ecuador por una denegación de justicia, “ésta debe haber agotado los recursos locales ‘razonablemente disponibles’ [...] ‘para corregir la acción impugnada’” Memorial de la Demandante (2 de octubre de 2013), ¶ 375 (en lo sucesivo, “Memorial de la Demandante”); Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 1 (16 de marzo de 2015), p. 202:17-23 (Kent).

Como explica el Profesor Guerrero, el propósito de la AEP es “la protección de los derechos fundamentales que han sido infringidos por una sentencia, decreto o resolución definitiva que tenga la fuerza de una sentencia”. Primer Informe Pericial sobre Derecho Ecuatoriano de Juan Francisco Guerrero del Pozo (25 de febrero de 2014), ¶ 10 (en lo sucesivo, “Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014)”). En realidad, la AEP es “un mecanismo idóneo provisto por el sistema jurídico ecuatoriano para reparar cualquiera de los derechos constitucionales que han sido conculcados por la vía de una decisión judicial”. *Id.*, ¶ 14. Véase también Petición de MSDIA ante la Corte Constitucional (recibida por la Corte el 3 de abril de 2013), ¶¶ 55, 58, 63, 81 (R-117) (donde se admite la “naturaleza judicial” de la petición constitucional, la intención de su uso según el legislador “para garantizar el debido proceso”, y el hecho de que las reparaciones de naturaleza constitucional podrán incluir “obligaciones monetarias así como también morales”). La Demandante no ha cuestionado que todas sus alegaciones de malos tratos del sistema judicial de Ecuador pudieran haber servido como fundamento para una AEP. Véase Memorial de Contestación Corregido de Ecuador (27 de febrero de 2014), ¶ 188, fn. 285 (en lo sucesivo, “Memorial de Contestación de Ecuador”); Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014), ¶¶ 15-17, 75; Dúplica de Ecuador (20 de febrero de 2015), fn. 306 (en lo sucesivo, “Dúplica de Ecuador”); Segundo Informe Pericial sobre Derecho Ecuatoriano de Juan Francisco Guerrero del Pozo (18 de febrero de 2015), fn. 18 (en lo sucesivo, “Segundo Informe Pericial de Guerrero (18 de febrero de 2015)”; Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), p. 61:3-9 (Salonidis).

<sup>3</sup> Memorial de la Demandante, fn. 678.

<sup>4</sup> Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 192-205; Dúplica de Ecuador, ¶¶ 230-239; véase también Primer Informe Pericial del Profesor Lucius Caflisch (24 de febrero de 2014), ¶ 18 (en lo sucesivo, “Primer Informe Pericial de Caflisch”); Primer Informe Pericial del Profesor C.F. Amerasinghe (24 de febrero de 2014), ¶ 15 (en lo sucesivo, “Primer Informe Pericial de Amerasinghe”); Segundo Informe Pericial del Profesor Lucius Caflisch (16 de febrero de 2015), ¶ 11 (en lo sucesivo, “Segundo Informe Pericial de Caflisch”) (“la intervención de la Corte Constitucional Ecuatoriana podía haber reparado íntegramente toda injusticia procesal o sustantiva que supuestamente sufriera la Demandante. *En estas circunstancias, la expresión ‘reparación indirecta’ que usa la Demandante es por completo inapropiada*”). (énfasis agregado); Segundo Informe Pericial del Profesor C.F. Amerasinghe (10 de febrero de 2015), ¶¶ 15, 17, 28 (en lo sucesivo, “Segundo Informe Pericial de Amerasinghe”); Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), pp. 63:14 – 69:22 (Salonidis).

tratado que la Demandante invoca<sup>5</sup>.

- Existía la posibilidad razonable de que la Demandante tuviera acceso a una AEP porque (a) el umbral para que la Corte Constitucional la admitiera es bajo (en otras palabras, los requisitos procesales y materiales para la admisibilidad de una AEP pueden cumplirse con facilidad, y podían haberse cumplido perfectamente dadas las presentes circunstancias<sup>6</sup>, y (b) incluso si la AEP como tal no suspende la ejecución de la sentencia impugnada durante los procedimientos en la Corte Constitucional<sup>7</sup>, la magnitud del daño en que la Demandante incurrió o probablemente incurriera no le impuso una carga tan pesada que le impidiera solicitar reparación adicional<sup>8</sup>. Sin embargo, lo que es más importante, nada impidió que la Demandante invocara la AEP como la razón para la suspensión de la ejecución de la sentencia ante el tribunal encargado de su cumplimiento<sup>9</sup>.
- La AEP podía otorgar a la Demandante reparación efectiva porque la Corte Constitucional, como parte de su potestad de otorgar “reparación plena” del daño incurrido como resultado de una violación constitucional<sup>10</sup>, podía haber (a) anulado no sólo la sentencia impugnada de la CNJ<sup>11</sup>, sino también, dependiendo

---

<sup>5</sup> Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 235-244. Lo mismo es válido con respecto a la disposición sobre “medios efectivos” del Tratado. Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de la Inversión, Artículo II(7) (C-1). Conforme Ecuador demostró en sus alegatos escritos y en la Audiencia sobre el Fondo, el Artículo II(7) refleja la norma de denegación de justicia del derecho internacional consuetudinario, y no impone un requisito “cualificado” para agotar los recursos como el tribunal en *Chevron v. Ecuador* concluyó erróneamente. Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 245-262; Dúplica de Ecuador, ¶¶ 242-284; Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), pp. 88:10 – 96:24 (Salonidis).

<sup>6</sup> Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 209-210; Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014), ¶¶ 18-19, 27-33, 76; Primer Informe Pericial de Caflisch, ¶ 26 (“La petición de la Demandante podía muy bien haber sido admitida; y si no lo hubiera sido, se habría alcanzado el agotamiento mediante la decisión de la corte de no admitir el caso”). (énfasis agregado). Véase también *Apotex Inc. v. The Government of the United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio de 2013) (Landau, Smith, Davidson), ¶ 289 (RLA-122) (“la consecuencia del planteamiento de Apotex en cuanto a sus probabilidades de éxito ante la Corte Suprema de los EE.UU. (basada en parte en el pequeño número de casos que esta Corte considera cada año) sería, en efecto, la exclusión de la Corte Suprema de los EE.UU. de la norma de agotamiento de los recursos en casi todos los casos. Esto no puede ser correcto”). Véase además Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), pp. 69:24, 70:6 (Salonidis).

<sup>7</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (22 de octubre de 2009), Artículo 27 (RLA-174).

<sup>8</sup> Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 228-232. De hecho, la Demandante pone en duda la disponibilidad de la AEP como una cuestión de derecho internacional sólo “en el caso de que la CNJ ratificara la sentencia del tribunal de apelaciones de \$150 millones contra MSDIA [...]”. Memorial de Réplica de la Demandante (8 de agosto de 2014), fn. 496 (en lo sucesivo, “Réplica de la Demandante”).

<sup>9</sup> Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 4 (19 de marzo de 2015), p. 140:6-141:4 (Guerrero).

<sup>10</sup> De acuerdo al Artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual rige los procedimientos de la AEP ante la Corte Constitucional, la “reparación integral” tiene como finalidad garantizar “que la persona o personas que sean los titulares del derecho conculcado disfruten del derecho de la manera más apropiada posible, y que se les restituya la situación en la que estuvieron antes de la violación”. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (22 de octubre de 2009), Artículo 18 (RLA-174). Véase además, Segundo Informe Pericial de Guerrero (18 de febrero de 2015), ¶¶ 5-12.

<sup>11</sup> Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 221; Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014), ¶¶ 37-40.

de la naturaleza de la violación, las sentencias de los tribunales inferiores<sup>12</sup>, y (b) podía haber ordenado la restitución de todos los pagos hechos si, entretanto, se hubiera ejecutado la sentencia impugnada<sup>13</sup>. Sin embargo, incluso si la Corte Constitucional hubiera anulado meramente la sentencia impugnada, e incluso si la efectividad de la AEP hubiera estado inextricablemente vinculada con el reembolso inmediato de todos los pagos provisionales realizados en cumplimiento de la sentencia anulada – lo cual Ecuador niega – esa anulación habría conferido automáticamente a la Demandante el derecho a resarcirse por todos los daños y perjuicios causados por la ejecución de la sentencia anulada provisionalmente, bien sea mediante una orden emitida por la corte que exigiera el cumplimiento de la sentencia anulada<sup>14</sup> o a través de una acción por enriquecimiento ilícito<sup>15</sup>.

- En virtud de lo antes expuesto, la Demandante no puede establecer que la AEP habría sido un recurso “obviamente fútil”<sup>16</sup>. De hecho, la imposibilidad de la Demandante de establecer que la AEP sería “obvia[mente] fútil” se agrava por el hecho que, según su propia admisión, el Profesor Oyarte, perito de la

---

<sup>12</sup> Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), pp. 83:6-84:5 (Salonidis); Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 4 (19 de marzo de 2015), pp. 146:20-24, 147:22 – 148:8 (Guerrero) (“existen ciertas razones que hacen que el proceso llegue a la situación de un castillo de naipes: Si éste se cae, todo el proceso se derrumba. Esto significa que, dependiendo de la razón que se alegue, [una AEP] podría producir la nulidad de todo el proceso”). El perito de la Demandante en Derecho Constitucional, Profesor Oyarte, está de acuerdo. Véase Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 3 (18 de marzo de 2015), p. 92:17-24 (Wray & Oyarte) (“P. En consecuencia, si Merck, cuando había interpuesto una AEP alegando que se había violado su derecho constitucional a ser escuchada por un juez competente, y la Corte Constitucional hubiera aceptado esa alegación, ésta habría declarado entonces la nulidad de todo el proceso y no sólo la decisión sobre la casación, ¿es correcto? R. Si esa hubiera sido la solicitud, *toda la decisión habría sido (sic) anulada*”). (énfasis agregado).

<sup>13</sup> Dúplica de Ecuador, ¶¶ 202-207; Segundo Informe Pericial de Guerrero (18 de febrero de 2015), ¶¶ 23-32, 43; Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), pp. 78:12 – 80:25 (Salonidis); Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 4 (19 de marzo de 2015), pp. 136:11-21, 137-139 (Presidente Berman & Guerrero), 157:8-22, 158:23 – 159:2 (Guerrero). La “reparación integral” dentro del significado de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales incluye la compensación *financiera* por “la pérdida de, o el detrimento para, [los ingresos de] las partes afectadas, los costes incurridos debido a los hechos y las consecuencias pecuniarias que tienen un nexo causal con los hechos del caso”. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (22 de octubre de 2009), Artículo 18 (RLA-174).

<sup>14</sup> Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014), ¶ 43; Dúplica de Ecuador, ¶¶ 208-212; Segundo Informe Pericial de Guerrero (18 de febrero de 2015), ¶¶ 15-18; Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), pp. 80:18 – 82:5 (Salonidis); Transcripción de la Audiencia, Día 4 (19 de marzo de 2015), pp. 142:4-15, 178:8-22 (Guerrero).

<sup>15</sup> Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 225-22; Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014), ¶ 43; Dúplica de Ecuador, ¶¶ 215-219, 221-222; Segundo Informe Pericial de Guerrero (18 de febrero de 2015), ¶¶ 48-59; Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), pp. 84:17- 85:1-21 (Salonidis); Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 4 (19 de marzo de 2015), pp. 142:16 – 143:1 (Guerrero).

<sup>16</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Laudo (8 de julio de 2016) (Bernardini, Born, Crawford), ¶ 503 (RLA-214) (“Les corresponde a las Demandantes demostrar que se ha cumplido con el [agotamiento de los recursos locales] o que no ha existido ningún recurso disponible que provea ‘medios efectivos y suficientes de reparación’ o que, si estuviera disponible, éste ha sido ‘obviamente fútil’”). (énfasis agregado); *Apotex v. U.S.A.*, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad (14 de junio de 2013), ¶ 279 (RLA-122). Véase también Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 219, fn. 343; Primer Informe Pericial de Amerasinghe, ¶¶ 20-24; Dúplica de Ecuador, ¶¶ 184-192; Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), pp. 70:18 – 74:25 (Salonidis).

Demandante sobre la cuestión de la AEP, “nunca se atrevería a proveer una respuesta en conexión con una materia que no tenga nada que ver con el derecho constitucional”<sup>17</sup>, como es el caso del derecho de una parte litigante a solicitar la restitución de los dineros pagados en cumplimiento de un dictamen judicial anulado al amparo del derecho procesal y civil de Ecuador.

- No existe ni la más mínima prueba que sustente la alegación de la Demandante en el sentido que recurrir a la AEP habría sido fútil porque el sistema judicial ecuatoriano, como una cuestión general y en particular con respecto a los procesos en el litigio entre Prophar y MSDIA, está plagado de corrupción y parcialidad<sup>18</sup>. La Demandante tampoco puede sustentar una alegación de tal naturaleza basada en las sentencias reales ni en el procedimiento real de la Corte Constitucional en el litigio entre Prophar y MSDIA.<sup>19</sup>

12. La decisión de la Demandante de renunciar a una AEP contra la sentencia de la CNJ de fecha 4 de agosto de 2016 implica que ahora ésta *definitivamente* no ha agotados los recursos locales disponibles y efectivos en Ecuador<sup>20</sup>. Además de las razones antes expuestas, esto se debe a que, en primer lugar, ahora se ha evidenciado que si la Demandante hubiera interpuesto una AEP, podía haber solicitado y obtenido de los tribunales ecuatorianos el reembolso de todos los montos pagados en cumplimiento de la sentencia impugnada y, en

---

<sup>17</sup> Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 3 (18 de marzo de 2015), p. 97:1-12 (Oyarte).

<sup>18</sup> Dúplica de Ecuador, ¶¶ 220, 226-229.

<sup>19</sup> Dúplica de Ecuador, ¶¶ 440-471; Segundo Informe Pericial de Guerrero (18 de febrero de 2015), ¶¶ 66-82; *infra*, Sección IV. Vale la pena señalar que el perito de la Demandante en materia de derecho constitucional, Profesor Oyarte, no planteó ninguna sugerencia en sus informes o en la Audiencia en Londres en el sentido que los procedimientos en la Corte Constitucional de Ecuador estuvieran manchados por la corrupción de una u otra manera.

<sup>20</sup> Durante todos estos procesos, la Demandante buscó dar demasiada importancia al hecho que debido a la configuración constitucional del sistema jurídico ecuatoriano, no puede excluirse que en algunos casos pueda admitirse más de una AEP. Sin embargo, la caracterización de la Demandante de su circunstancia como un “círculo sin fin” de “sentencia, ejecución, y anulación” (v.g., Carta enviada por la Demandante al Tribunal (1 de julio de 2015), p. 3) es falsa. La posibilidad de recurso sucesivo a la Corte Constitucional es una característica ordinaria del sistema y no un fenómeno que se limite al litigio entre Prophar y MSDIA. Véase Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 4 (19 de marzo de 2015), pp. 165:21 – 166:5 (Guerrero); Segunda Declaración Suplementaria sobre Derecho Ecuatoriano presentada por Juan Francisco Guerrero del Pozo (25 de febrero de 2016), fn. 15 (en lo sucesivo, “Segunda Declaración Suplementaria de Guerrero (25 de febrero de 2016)”) (en referencia a otros dos casos en los cuales se había admitido más de una AEP, que se reproduce como Anexo 2 al informe del Profesor Guerrero). De cualquier manera, el argumento de la Demandante no sólo ha sido superado por los acontecimientos (debido al hecho que las partes no presentaron una AEP a tiempo, la decisión de la CNJ del 4 de agosto de 2016 se considera como el pronunciamiento definitivo del sistema jurídico ecuatoriano en el litigio entre Prophar y MSDIA), sino que también es erróneo como una cuestión de derecho. Conforme ha enfatizado en fecha reciente el tribunal en *Philip Morris v. Uruguay*, “[l]os tribunales arbitrales no deberían actuar como tribunales de apelaciones para determinar una denegación de justicia, *mucho menos como órganos encargados de mejorar la estructura judicial del Estado*”. *Philip Morris v. Uruguay*, Laudo (8 de julio de 2016), ¶ 528 (énfasis agregado) (RLA-214). En otras palabras, el hecho de que como resultado de sus rasgos particulares, la normal operación del sistema jurídico ecuatoriano haya dado lugar a dos AEP y tres sentencias de la CNJ en el litigio entre Prophar y MSDIA no constituye, en sí mismo, una denegación de justicia.

segundo lugar, la Demandante podía haber *evitado realizar incluso ese pago provisional, puesto que ahora admite que es perfectamente posible y en realidad una “práctica común” solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada de la CNJ mientras esté pendiente la solución de una AEP.*

**A. De acuerdo a la Legislación Ecuatoriana, la parte ganadora en una AEP tiene el derecho exigible al reembolso de los pagos realizados en la ejecución de la sentencia impugnada y revocada finalmente**

13. En su carta de 12 de junio de 2015, Ecuador puso en conocimiento del Tribunal la decisión de otro tribunal ecuatoriano que ratificaba que si la Demandante hubiera interpuesto una AEP, podía haber logrado la devolución de todos los pagos hechos en cumplimiento de las sentencias de la CNJ mediante una orden del tribunal encargado de su ejecución. Ésta es la decisión del Tribunal Ecuatoriano de Delitos Menores en el caso *SAMPER*, en la cual el tribunal ordenó el reembolso de un pago hecho por *SAMPER* en cumplimiento parcial de una sentencia que la Corte Constitucional anuló posteriormente<sup>21</sup>. Los hechos de ese caso y las determinaciones de la Corte Constitucional y del Tribunal de Delitos Menores se describen en la carta de Ecuador<sup>22</sup> cuya repetición no es necesaria aquí.

14. En su carta de respuesta de 1 de julio de 2015, la Demandante no planteó ningún argumento contra el valor atribuible a esta decisión como un precedente, lo cual, sumado al caso *EMASEO* que se analizó *in extenso* durante la Audiencia en Londres<sup>23</sup>, destaca incluso

---

<sup>21</sup> Sentencia No. 1751-2013-0917 (5 de junio de 2015) (R-210); Sentencia No. 152-15-SEP-CC emitida en el Caso No. 0709-14-EP (R-209).

<sup>22</sup> Carta enviada por Ecuador al Tribunal (12 de junio de 2015), p. 6.

<sup>23</sup> Conforme Ecuador explicó en sus alegatos, el caso *EMASEO* revela que incluso cuando la Corte Constitucional no ordena el reembolso de los pagos hechos de acuerdo a una sentencia anulada, la parte demandante en una AEP podrá solicitar a la corte que ejecutó la sentencia anulada ordene a su contraparte en el litigio subyacente que devuelva los pagos que se le han hecho. Dúplica de Ecuador, ¶¶ 211-212 (donde se discute la Sentencia dictada en el Caso No. 631-2006 (13 de marzo de 2014) (FG-45)); véase también Segundo Informe Pericial de Guerrero (18 de febrero de 2015), ¶¶ 15-18; Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), pp. 80:18 – 82:1-5 (Salonidis); Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 4 (19 de marzo de 2015), pp. 142:4-15, 178:8-22 (Guerrero). En la Audiencia, la Demandante incorporó una orden posterior de la Sala Quinta de lo Laboral de Pichincha, el tribunal que emitió la orden original en la que exigía la devolución del pago hecho en cumplimiento de la sentencia anulada en el caso *EMASEO*, donde se dijo que éste carecía de jurisdicción para ordenar el embargo que *EMASEO* había solicitado. Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 3 (18 de marzo de 2015), pp. 132:23 – 136:23 (Oyarte) (donde se discute el Exhibit C-296). Sin embargo, la decisión del tribunal se basó en consideraciones jurisdiccionales *no aplicables en el caso de MSDIA*. Esto se debe a que la Corte Constitucional anuló, no únicamente la sentencia de la Sala de lo Laboral de la CNJ, sino también las sentencias de los tribunales de lo laboral inferiores, pues se había presentado el asunto de manera inapropiada a su jurisdicción. Como resultado, la *jurisdicción* sobre la materia del tribunal encargado de la ejecución se agotó con la emisión de la orden de devolución y no se extendió a “considerar un *nuevo reclamo* para el cobro o restitución de los dineros”. Orden de la Quinta Sala de lo Laboral de Pichincha (16 de marzo de 2015), p. 23 [PDF] (énfasis agregado) (C-

más la eficacia de la AEP como recurso legal. La Demandante recurrió en cambio a insinuaciones infundadas y temerarias de la “patente coordinación de las presentaciones de instancias” en los casos *EMASEO* y *SAMPER* con las actuaciones del presente arbitraje<sup>24</sup>, y cuestionó “la confiabilidad de [el caso *SAMPER*] como jurisprudencia de la legislación o el procedimiento ecuatoriano” debido al hecho que el Profesor Guerrero sirvió en calidad de abogado de la defensa de *SAMPER*<sup>25</sup>. Lo anterior es muy elocuente pues proviene de la Demandante que buscó socavar los argumentos de Ecuador sobre la eficacia de la AEP basada en una decisión emitida “el mismo día en que comenzó la audiencia en el presente arbitraje”<sup>26</sup>, e incorporada al expediente pocas horas antes del conainterrogatorio de su perito sobre la cuestión, quien de casualidad habló con auxiliares jurídicos en el caso y les solicitó copias<sup>27</sup> antes de que se emitiera esa decisión.

15. Al entretejer esas teorías conspirativas, con lo cual implicaba a la Procuraduría General del Estado Ecuatoriano, a entidades públicas inconexas y académicos y profesionales de prestigio, resulta muy obvio que la carta de la Demandante de 1 de julio de 2015 sirvió como una pantalla para ocultar al Tribunal la imposibilidad de aquella para cuestionar este avance jurisdiccional y su propio ocultamiento deliberado de acontecimientos importantes en el litigio entre Prophar y MSDIA<sup>28</sup>. En todo caso, las burdas alegaciones de la Demandante

---

296). Desde luego, esto no significa que EMASEO dejase de tener un derecho exigible al reembolso del pago hecho en la ejecución de la sentencia anulada de la Sala de lo Laboral de la CNJ. Tampoco significa que la Demandante no habría tenido derecho si hubiera impugnado por sí misma la Sentencia de la CNJ de 4 de agosto de 2016 ante la Corte Constitucional. Véase también Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 3 (18 de marzo de 2015), p. 140:7-13 (Wray & Oyarte) (“P. Simplemente para concluir, el problema tiene entonces que ver con la falta de jurisdicción de este tribunal. ¿Lo que hace que este procedimiento sea inviable es que el juez carece de jurisdicción y que se anuló toda la cosa debido a la falta de jurisdicción del tribunal? R. En este caso específico, sí.”) (énfasis agregado).

<sup>24</sup> En realidad, los esfuerzos de la Demandante para mostrar los patrones en las fechas de varios acontecimientos en estos casos y el arbitraje traen a la mente la teoría de la conspiración de los aficionados que buscan patrones en la gran Pirámide de Guiza.

<sup>25</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (1 de julio de 2015), pp. 7-10.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 8.

<sup>27</sup> Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 3 (18 de marzo de 2015), p. 73:8-9 (Oyarte).

<sup>28</sup> Por ejemplo, si bien la Demandante alegaba ante el Tribunal que no tenía ningún recurso para recuperar la cuantía de la sentencia de la CNJ de septiembre de 2012 (en su Réplica Suplementaria, en la Audiencia sobre el Fondo en Londres, ni en su Carta al Tribunal de 14 de mayo de 2015), de hecho ésta había solicitado y obtenido precisamente el mismo resultado sin que el Tribunal conociera. Véase Carta enviada por Ecuador al Tribunal (12 de junio de 2015), pp. 3-5. Pese a su estribillo de estar comprometida con tener al día al Tribunal sobre los acontecimientos ulteriores en el litigio entre Prophar y MSDIA “en cuanto estos ocurrieran” (v.g., Carta enviada por la Demandante al Tribunal (12 de septiembre de 2016), p. 2), la Demandante una vez más no informó el reconocimiento de Prophar en una petición al tribunal encargado de la ejecución que los montos ya pagados por la Demandante deben ser compensados de la cuantía de la Sentencia del 4 de agosto de 2016. Petición de Prophar

fueron refutadas en la declaración juramentada del Profesor Guerrero de 9 de julio de 2015, la cual invitó a la Demandante a reflexionar sobre los orígenes más banales, pero no obstante verdaderos de la decisión en *SAMPER*:

I have always maintained that in the event that a judgment that was enforced while an extraordinary protection action is underway is subsequently vacated, the trial court judge that enforced the judgment in question is competent and has all constitutional and legal authority to vacate and reverse any and all enforcement actions taken in the proceedings. I have maintained this position in my teaching and both in my report submitted in February 2014 and in my report submitted in February 2015. I also maintained this position in my oral testimony before the Tribunal at the London hearing.

[NT: Siempre he sostenido que, en caso de que se anule una sentencia que se haya ejecutado mientras una acción estuviera en trámite, el juez del tribunal de primera instancia que ejecutó la sentencia en cuestión es competente y tiene la facultad constitucional y legal plena para anular y revocar todas y cada una de las acciones ejecutorias adoptadas en los procesos. He mantenido esta posición en mi ejercicio docente y tanto en mi informe presentado en febrero de 2014, así como en mi informe presentado en febrero de 2015. También mantuve esta posición en mi testimonio oral ante el Tribunal en la audiencia en Londres.]

Given my personal conviction regarding the competence of the enforcing trial court to order the refund of payments made pursuant to a vacated judgment in an extraordinary protection action, and in light of the aforementioned Constitutional Court judgment, I advised my client to ask the First Judicial Unit for Contraventions of Quito to order the immediate refund of the fine paid in execution of a judgment that was subsequently vacated by the Constitutional Court. *SAMPER*'s motion was granted in a ruling made on 5 June 2015 at 4:27 p.m.<sup>29</sup>

[NT: Dada mi convicción personal con respecto a la competencia del tribunal de primera instancia responsable de la ejecución para ordenar el reembolso de los pagos hechos en cumplimiento de una sentencia anulada en una acción extraordinaria de protección, y en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional antes mencionada, he aconsejado a mi cliente que solicite al Primer Juzgado de Contravenciones ordene el reembolso inmediato de la sanción pagada en cumplimiento de una sentencia que la Corte Constitucional anuló posteriormente. La petición de *SAMPER* fue aprobada en una decisión emitida el 5 de junio de 2015, a las 4:27 p.m.]

16. El único argumento de la Demandante fue que la decisión en *SAMPER* se dictó

---

ante el Juez de la Sala de lo Judicial de Quito, *Prophar v. MSDIA* (16 de septiembre de 2016), p. 3 (R-226) (“Solicito a usted respetuosamente una orden ejecutoria que se ha de emitir por la suma de treinta y cuatro millones doscientos cuarenta y tres mil noventa y nueve dólares de los Estados Unidos con ochenta y nueve centavos (USD. 34’243.099,89), dado que los valores que la demandada ha pagado previamente a mi cliente deben ser tomados en cuenta para los fines de la ejecución de la sentencia”).

<sup>29</sup> Declaración Jurada del Profesor Juan Francisco Guerrero del Pozo (9 de julio de 2015), adjunta a la carta de la misma fecha dirigida al Tribunal, ¶¶ 29-30.

mucho después de la decisión de septiembre de 2012 de la CNJ y que, en ese momento, “no había ninguna autoridad – sea legal o como resultado de la jurisprudencia previa – que autorizara o incluso sugiriera la posibilidad de que los tribunales de primera instancia pudieran reembolsar los montos que se habrían pagado en cumplimiento de las sentencias que la Corte Constitucional anulara posteriormente”<sup>30</sup>. Pero incluso si hubiera habido algún mérito en esa excusa – y no existe puesto que la opción siempre estuvo disponible para que la Demandante intentara adoptarla<sup>31</sup> – ésta obviamente no se aplica en el caso de la sentencia de la CNJ de fecha 4 de agosto de 2016. Al momento de esa decisión y, como se demostró previamente, *había* jurisprudencia que no sólo sugería sino que *autorizaba de manera inequívoca* que los tribunales de primera instancia reembolsasen los montos pagados en cumplimiento de las sentencias anuladas por la Corte Constitucional. Y, no obstante, la Demandante optó por no usar este mecanismo, como resultado de lo cual no ha agotado un recurso efectivo contra la sentencia del 4 de agosto de la CNJ, omisión que es fatal para sus reclamos ante el Tribunal.

**B. De acuerdo a la legislación ecuatoriana, la parte que interponga una AEP tiene derecho a solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada mientras la AEP esté en trámite**

17. Un elemento crucial del caso de la Demandante contra la eficacia de la AEP ha sido que el recurso no podía haber suspendido la ejecución de la sentencia impugnada y que por tanto una posible anulación no podía haber impedido el supuesto daño causado por la ejecución de la sentencia en el período transitorio<sup>32</sup>. Ecuador discrepó y, conforme el Profesor Guerrero declaró en la Audiencia, pese al hecho que, de acuerdo al Artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la interposición de la

---

<sup>30</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (1 de julio de 2015), p. 7.

<sup>31</sup> Desde luego, el principio general de acuerdo a la ley ecuatoriana en el sentido que todo pago hecho sin causa justa podrá recuperarse fue ratificado incluso durante la Audiencia por el perito de la Demandante, Profesor Páez. Véase Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 3 (18 de marzo de 2015), pp. 160:15 – 161:4 (Wray y Páez) (“P: Existe una cuestión que hemos estado tratando de aclarar y que voy a plantearla a usted. Ésta es una cuestión general y tiene que ver con el derecho procesal y con el derecho civil. Existen varias circunstancias que de acuerdo a la legislación ecuatoriana podrían dar lugar a un caso en el cual una persona realice un pago de acuerdo a una orden dada por un tribunal mediante una decisión, pero entonces se anula esa decisión. R: Sí, Entiendo. P: ¿Diría usted que el pagador adquiere el derecho a reclamar el reembolso del pago efectuado? R: **Sí, de acuerdo al principio del hecho que todo pago efectuado sin causa podrá recuperarse porque de lo contrario se causaría daño económico fundamental a esa persona**”) (énfasis agregado).

<sup>32</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 433-435; Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 1 (16 de marzo de 2015), p. 204:18-24 (Kent).



AEP como tal no suspende la ejecución de la sentencia impugnada<sup>33</sup>,

whenever an AEP is proposed, it is quite common to tell the judge who is in charge of enforcing the decision challenged through the AEP to say that that AEP has been brought up, that there is an outstanding issue that has to be ruled on by the Constitutional Court, and that the enforcement may lead to damages that might be difficult to repair. [...] According to Ecuadorian practice, daily Ecuadorian practice, we have seen that in many instances, I can think of five cases from my own practice when judges, when faced with the brief by one of the parties saying that there is one of these actions, an AEP has been brought forward, they are not waiting for the enforcement *and they are waiting for the Constitutional Court to rule, and only then it is enforced* [...].”<sup>34</sup>

[NT: siempre que se propone una AEP, es muy común que se pida al juez encargado de ejecutar la decisión impugnada a través de la AEP que diga que se ha planteado esa AEP, que existe una cuestión pendiente que la Corte Constitucional tiene que decidir, y que la ejecución podría dar lugar a daños cuya reparación podría ser difícil. [...] De acuerdo a la práctica ecuatoriana, la práctica ecuatoriana habitual, hemos visto que en muchas instancias, puedo pensar en cinco casos tomados de mi propia práctica, cuando los jueces, cuando los jueces tienen ante sí el escrito presentado por una de las partes en el cual se dice que existe una de estas acciones, que se ha planteado una AEP, ellos no esperan la ejecución *y esperan que la Corte Constitucional decida, y sólo entonces se la ejecuta*<sup>34</sup> [...]]

18. El testimonio del Profesor Guerrero no fue impugnado por el perito de la Demandante, Profesor Oyarte. Además, un suceso más reciente ratifica de manera explícita la validez del argumento del Profesor Guerrero.

19. La propia Demandante se ha basado ahora expresamente en este testimonio para argumentar en su carta de 12 de septiembre de 2016 dirigida al Tribunal que, pese a la falta de mecanismos formales para suspender la ejecución de una sentencia de un tribunal ecuatoriano, es “muy común” que los tribunales ecuatorianos, cuando se les solicita, “*hagan precisamente eso* a fin de evitar daño irreparable”<sup>35</sup>. En su carta dirigida al abogado de la defensa de la Demandada, a la cual se hace referencia en la carta antes mencionada que se

---

<sup>33</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (22 de octubre de 2009), Artículo 27 (RLA-174).

<sup>34</sup> Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 4 (19 de marzo de 2015), p. 140:6-25 (Guerrero) (énfasis agregado). Véase también *id.*, pp. 141:1 – 142:3.

<sup>35</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (12 de septiembre de 2016), p. 2 (énfasis agregado), fn. 1 (donde se cita Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 4 (19 de marzo de 2015), p. 140:1-22 (Guerrero)).

dirigió al Tribunal, la Demandante argumentó además que “como una cuestión de Derecho Ecuatoriano, no existe nada que impida que el tribunal de primera instancia suspenda la ejecución de la sentencia de la CNJ mientras se espera la emisión del Laudo Final del Tribunal”<sup>36</sup>. Esto se debió a que,

[a]ccording to Ecuador’s own Constitutional law expert, Professor Guerrero del Pozo, it is common practice for an Ecuadorian court to suspend the enforcement of a final judgment when “enforcement may lead to damages that might be difficult to repair.” Professor Guerrero del Pozo *recognized* that while Ecuadorian law does not provide a formal “mechanism to suspend the enforcement” of a final judgment pending decision of an EAP, “[a]ccording to Ecuadorian practice, daily Ecuadorian practice, we have seen that in many instances.” Professor Guerrero del Pozo further testified that he personally knew of several cases where a court had been notified of a pending [EAP] and the court had not enforced the judgment until the [EAP] was resolved. There is no reason why the same logic would not apply here. If, as Professor Guerrero del Pozo has testified, a trial judge may stay his hand while an [EAP] is pending despite the absence of formal law to that effect, it may stay its hand in these circumstances.<sup>37</sup>

[NT: [d]e acuerdo al propio perito de Ecuador en derecho constitucional, Profesor Guerrero del Pozo, es práctica común que un tribunal ecuatoriano suspenda la ejecución de una sentencia final cuando la “ejecución conduzca a daños cuya reparación podría ser difícil”. El Profesor Guerrero del Pozo *reconoció* que si bien la legislación ecuatoriana no establece un “mecanismo” formal “para suspender la ejecución” de una sentencia definitiva mientras esté pendiente la decisión de una AEP, “[d]e acuerdo a la práctica ecuatoriana, la práctica ecuatoriana habitual, hemos visto eso en muchas instancias. El Profesor Guerrero del Pozo testificó además que él conocía personalmente sobre varios casos en los cuales se había notificado a un tribunal sobre una [AEP] pendiente y que el tribunal no había ejecutado la sentencia hasta que se resolviera la [AEP]. No existe ninguna razón por la cual no se aplicaría la misma lógica en el presente caso. Si, como el Profesor Guerrero del Pozo ha testificado, un juez de primera instancia está autorizado para suspender su actuación mientras una [AEP] esté pendiente pese a la ausencia de una ley formal a tal efecto, él podrá suspender su actuación en estas circunstancias.]

20. Las implicaciones de esta afirmación son verdaderamente abrumadoras para la

---

<sup>36</sup> Carta enviada por el Sr. David Ogden (Abogado de la Defensa de MSDIA) al Sr. Clodfelter (Abogado de la Defensa de República del Ecuador) (9 de septiembre de 2016), p. 2 (R-224).

<sup>37</sup> *Id.*, pp. 2-3 (énfasis agregado). Conforme el Tribunal conoce, el tribunal encargado de la ejecución en Prophar/MSDIA sí tuvo en sus manos pendiente la emisión del Laudo Final del Tribunal. Véase Orden del Tribunal de Primera Instancia, *NIFA v. MSDIA*, (16 de septiembre de 2016) (R-227).

Demandante. Esta afirmación no deja duda alguna de que, si la Demandante hubiera buscado una AEP, podía haber logrado la anulación de la sentencia impugnada de la CNJ y evitado cualquier daño financiero en el período transitorio como resultado de la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada. Todo lo que la Demandante debía hacer era interponer una AEP contra la sentencia de la CNJ y solicitar luego que el tribunal encargado del proceso ejecutorio suspendiese la ejecución de la sentencia debido a que ésta podía dar como resultado daños y perjuicios “cuya reparación podría ser difícil”<sup>38</sup>. Conforme el Profesor Guerrero testificó, y la Demandante ha reconocido finalmente ahora, suspender la ejecución de una sentencia en firme impugnada en una AEP en estas circunstancias es una “práctica común en un tribunal ecuatoriano”<sup>39</sup>.

\*\*\*\*

21. En síntesis, la Demandante tenía una posibilidad razonable de acceder a una AEP y que pudiera otorgarle reparación efectiva. **Primero**, el límite para la admisibilidad de una AEP es bajo, y la Demandante podía de todos modos haberlo superado fácilmente. **Segundo**, la Demandante podía haber solicitado, y obtenido una suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada de la CNJ y, por ende, podía haber evitado tener que pagar esa sentencia mientras estuviera pendiente la solución de su AEP. **Tercero**, en conformidad con su potestad de proveer “reparación integral” de todo el daño incurrido como resultado de una violación constitucional, la Corte Constitucional podía haber (a) anulado no únicamente la sentencia impugnada de la CNJ, sino también, dependiendo de la naturaleza de la violación, las sentencias de los tribunales inferiores, y (b) ordenado la restitución de todos los pagos efectuados si, en el período transitorio, no se hubiera suspendido la ejecución de la sentencia impugnada. **Cuarto**, en caso de que la Corte Constitucional hubiera anulado meramente la sentencia impugnada sin otorgar también la restitución, e incluso si la efectividad de la AEP estuviera inextricablemente vinculada con el reembolso inmediato de todos los pagos efectuados en el período transitorio en cumplimiento de la sentencia anulada, una AEP exitosa habría conferido automáticamente a la Demandante el derecho a resarcirse por todos los daños y perjuicios causados por la ejecución de la sentencia anulada. **Quinto**, la Demandante podía haber sido resarcida por esos daños bien sea a través del tribunal que

---

<sup>38</sup> Carta enviada por el Sr. Ogden al Sr. Clodfelter (9 de septiembre de 2016), p. 2 (R-224).

<sup>39</sup> *Id.*

ejecutó la sentencia anulada o mediante una acción por enriquecimiento ilícito. *Sexto*, la independencia e imparcialidad de la Corte Constitucional como un foro son incuestionables.

22. Por las razones antes expuestas que se detallan en los alegatos de Ecuador y en la Audiencia en Londres, el hecho de que la Demandante no impugnara la sentencia del 4 de agosto de 2016 emitida por la CNJ a través de una AEP significa que no existe ningún fundamento jurídico para sus reclamos de violación del TBI<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Según el principio establecido del derecho internacional que plantea que la fecha pertinente a efectos de la jurisdicción es la fecha del inicio del proceso y, debido a que el ilícito internacional de una denegación de justicia no se ha consumado antes de que la parte demandante haya agotado los recursos locales, la omisión de la Demandante tiene también graves implicaciones para la jurisdicción del Tribunal y la admisibilidad de sus reclamos, y además constituye un abuso del proceso. Véase Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 263-269. Véase además *Philip Morris v. Uruguay*, Laudo (8 de julio de 2016) (RLA-214), ¶ 499 (“Un reclamo de denegación de justicia podrá hacerse valer *sólo una vez* que se hayan agotado todos los medios disponibles que el sistema judicial del Estado ofrece para reparar la denegación de justicia”) (énfasis agregado), ¶ 503 (“[el agotamiento de los recursos locales] es una condición que tiene que cumplirse *antes de* que se haga valer un reclamo de denegación de justicia”) (énfasis agregado).

**III. INCLUSO SI MERCK HUBIERA AGOTADO TODOS LOS RECURSOS LOCALES DISPONIBLES, DEBEN RECHAZARSE LOS RECLAMOS POR EL FONDO PORQUE MERCK NO PUEDE PROBAR QUE HAYA SUFRIDO UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA U OTRA VIOLACIÓN DEL TRATADO**

- A. Merck no ha demostrado, y no puede demostrar, mediante prueba clara y convincente, que cumpla los altos límites que se exigen en los reclamos por denegación de justicia por razones sustantivas o procesales

23. Además de la falta general de agotamiento de los recursos locales disponibles y efectivos por parte de Merck durante todos los procesos en *NIFA v. MSDIA* antes de perseguir este arbitraje internacional, Merck no ha cumplido, y no puede cumplir, su responsabilidad de probar mediante “prueba clara y convincente” que la Decisión de agosto de 2016 de la CNJ le haya denegado justicia, sea en lo sustantivo o procesal. En consecuencia, los reclamos de Merck carecen de mérito y deben rechazarse.

24. En sus planteamientos ante el Tribunal desde que la Corte Constitucional devolviera el caso *NIFA v. MSDIA* a la CNJ en enero de 2016, Merck ha presentado una serie de caracterizaciones falsas graves de la manera en que la CNJ decidiría, y en efecto decidió, si ésta es responsable con respecto a Prophar por su comportamiento que tuvo como consecuencia la terminación de las negociaciones de las partes para la compra de Prophar de la planta de Merck. A raíz de la decisión de la Corte Constitucional en enero de 2016, Merck argumentó que la decisión “dio indicaciones a la CNJ [...] de que ésta ratificase las determinaciones del Tribunal de Apelaciones en el sentido que Merck era responsable con respecto a Prophar por razones en materia de la legislación antimonopolio<sup>41</sup>; que la decisión prohibió que la CNJ “considerase las pruebas con independencia[.]” de la evaluación de esa decisión por parte del tribunal de apelaciones<sup>42</sup>; y que “indicó a la CNJ que decidiese sobre la petición de casación de Prophar” a fin de incrementar el laudo del Tribunal de Apelaciones de la indemnización por daños y perjuicios para compensar “con mayor suficiencia a Prophar”, otorgándole “\$200 millones o más (que incluía la absurda suma de \$642 millones de indemnización por daños y perjuicios ‘al pueblo ecuatoriano’ que el informe Cabrera reivindicó)”<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (5 de febrero de 2016), p. 5.

<sup>42</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (23 de febrero de 2016), p. 4.

<sup>43</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (5 de febrero de 2016), pp. 6-7.

25. Desde luego, no ocurrió nada de eso. (Esto se debió a que la decisión de enero de 2016 de la Corte Constitucional no exigió ninguna de esas conclusiones, y por esa y otras razones dicha decisión tampoco constituyó una denegación de justicia, conforme se demuestra posteriormente en este memorial). En cambio, la CNJ rechazó la petición de casación de Prophar<sup>44</sup>; aprobó la petición de casación de Merck<sup>45</sup>; y procedió a “tomar el lugar del tribunal inferior”<sup>46</sup> para decidir nuevamente el caso basada en las alegaciones que constaban en la reclamación<sup>47</sup>, los argumentos de defensa que Merck planteó en su contestación<sup>48</sup>, un examen de las pruebas independiente<sup>49</sup> y los principios de “una comparación de la [reclamación y la contestación], con base en la justicia, la realidad de los hechos, los principios del Derecho y el sistema jurídico”<sup>50</sup>. Con base en ese análisis, la CNJ emitió una nueva decisión en la cual halló a Merck responsable no por las razones en materia de antimonopolio que el tribunal de primera instancia y el Tribunal de Apelaciones sostuvieron, sino por el ilícito no intencional de imponer a Prophar – al cabo de casi un año de negociaciones y de acuerdo sobre el precio para la compra de Prophar de la planta – la nueva condición de que Prophar acordase no producir una larga lista de fármacos genéricos que Merck vendía en Ecuador<sup>51</sup>. La decisión de la CNJ – al igual que sus decisiones de septiembre de 2012 y noviembre de 2014 – se basa en la conducta dolosa que violó los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil de Ecuador<sup>52</sup>.

26. En lo que atañe a la indemnización por daños, la CNJ examinó el procedimiento de acuerdo con el cual se había nombrado al Sr. Cabrera durante los procesos en el Tribunal de Apelaciones, determinó que el procedimiento ha sido apropiado, y también observó que el

---

<sup>44</sup> Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), pp. 6-7 (R-223).

<sup>45</sup> *Id.*, § 6.2.1, pp. 16-17, § 6.5.2, pp. 21-22. La CNJ aprobó la petición de casación de Merck por las razones primera y quinta previstas en el Artículo 3 de la Ley de Casación.

<sup>46</sup> *Id.*, p. 22.

<sup>47</sup> *Id.*, pp. 22-24.

<sup>48</sup> *Id.*, pp. 24-27.

<sup>49</sup> *Id.*, *Considerando* Uno a Nueve, pp. 27-34.

<sup>50</sup> *Id.*, p. 27.

<sup>51</sup> *Id.*, pp. 32-34.

<sup>52</sup> *Id.*, p. 32. Conforme se discute en el texto siguiente, la denuncia de Prophar citó (entre otras razones para sus reclamos) los Artículos 2241 y 2256 del Código Civil. Denuncia de NIFA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (16 de diciembre de 2003), p. 10 [PDF], párrafo titulado “Juicio” (C-10). El Tribunal recordará que esos Artículos fueron numerados de nuevo, después que Prophar presentó su denuncia en 2003, como los Artículos 2214 y 2229, respectivamente.

informe Cabrera era la única prueba en el expediente que hizo alguna determinación de la cuantía de los daños y perjuicios sufridos por Prophar<sup>53</sup>. La CNJ determinó también que, aunque el Tribunal de Apelaciones había “evaluado y admitido” el informe y lo consideró admisible (“*calificado*” en el original en español)<sup>54</sup>, que “no impidió que [la CNJ] lo revisara” tal como Merck había solicitado en su petición de casación “en cumplimiento de la primera razón [para casación] que consta en el Artículo 3 de la Ley de Casación”<sup>55</sup>. Esa revisión dio como resultado la corrección de la CNJ de “el error cometido por el Tribunal de Apelaciones, en relación con la suma exagerada de indemnización que ésta ordenó”<sup>56</sup>. Específicamente, la CNJ redujo los \$204 millones en lucro cesante calculado en el informe Cabrera en un 80%, un factor más generoso que la reducción en un 75% que Merck había solicitado, para dar un laudo total de indemnización por daños y perjuicios (incluidos los \$50.000 de indemnización por daños reales) de \$41’966.571,60<sup>57</sup>.

27. A fin de adaptar como fuera la sentencia de la CNJ de agosto de 2016 de modo que encajase en la Decisión sobre Medidas Provisionales del Tribunal emitida en marzo de 2016 y fijar la fase para argumentar (una vez más) que la CNJ le había denegado justicia, Merck ha

---

<sup>53</sup> Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), pp. 35-36 (R-223).

<sup>54</sup> *Id.*, p. 66 del original en español, 37 de la traducción a inglés de la Demandante (traducción realizada por el Abogado de la Defensa de la República del Ecuador: “The expert report is the peak piece of evidence to which the proven facts leading to the determination of pre-contractual liability, extra-contractual liability, arising out from the facts as set out in the complaint can be added. It has been *qualified*, that is, evaluated and admitted, by the instance judges, and it is not feasible to qualify it again at this time, though this does not impede reviewing it in light of the challenge issued by Merck Sharp & Dohme on page 177 of the text of the petition pursuant to ground one found in Article 3 of the Law of Cassation, which states the following: [...]” (énfasis agregado). Texto original en español: “El informe pericial que ha sido la pieza culmen a la que suman los hechos probados, que conducen al establecimiento de la responsabilidad precontractual, extracontractual proveniente de los hechos propios de la demanda, ya ha sido *calificado* por los jueces de instancia, vale decir, valorado y aceptado por ellos, sin que sea factible en este momento volverlo a calificar, lo que no impide su revisión, en virtud de la impugnación que profiere Merck Shapr [sic] & Dohme, en la página 177 del texto del recurso, dentro de la causal primera del Artículo 3 de la Ley de Casación, en cuanto puntualmente expresa: [...]” (énfasis agregado)).

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> *Id.*, pp. 37-38. Al parecer, la CNJ ha basado su asignación de solo el 20% de la indemnización por daños y perjuicios calculada en el informe Cabrera según se dispone en la norma de limitación de los beneficios en el Artículo 4 de la Ley para la Producción, Importación, Comercialización y Despacho de Medicamentos Genéricos para Uso Humano, la cual establece que “[e]l margen de beneficios para el fabricante o importador [de medicamentos genéricos] no excederá del veinte por ciento (20%) [...]”. *Id.*, p. 37. Merck, por otra parte, había argumentado que todo laudo de indemnización por daños y perjuicios para Prophar debe limitarse al 25% del lucro cesante, con base en la misma disposición de la norma sobre la limitación que dice que los beneficios sobre los medicamentos genéricos se limite al 25%. Véase Escrito de MSDIA, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (24 de marzo de 2016), ¶ 94 (R-222); Petición de Casación de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (13 de octubre de 2011), ¶ 154, fn. 46 (C-198).

planteado por lo tanto hasta la fecha cuatro ataques a la Decisión de la CNJ de agosto de 2016, como una “ratificación” de la sentencia del Tribunal de Apelaciones “en la mayoría de aspectos más esenciales”<sup>58</sup>. Primero, argumenta que la CNJ “ratificó la *ratio decidendi* del Tribunal de Apelaciones sobre responsabilidad” al “rechazar las razones de MSDIA para la casación que la impugnaba”<sup>59</sup>. Segundo, argumenta que la CNJ “no evaluó de manera independiente las pruebas en el expediente sino mas bien aceptó enteramente las determinaciones probatorias del tribunal de apelaciones”<sup>60</sup>. Tercero, asevera que “no se permitió” que la CNJ “criticara la decisión del Tribunal de Apelaciones de acreditar el informe [Cabrera]” y “adoptó las conclusiones del Sr. Cabrera, restableciendo así la injusticia manifiesta resultante del hecho que el Tribunal de Apelaciones se basara en el informe Cabrera”<sup>61</sup>. Por último, Merck insinúa que las “amenazas” de sanciones penales a los Jueces Adjuntos de la CNJ en la decisión de la Corte Constitucional de enero de 2016 tuvieron algún “efecto deseado en los jueces de la CNJ” que los indujo (en violación adicional de los derechos de MSDIA al debido proceso) a anteponer sus propios intereses personales en evitar esas sanciones a los intereses de los litigantes en el caso”<sup>62</sup>.

28. Las alegaciones de Merck en lo tocante a la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 son tan falsas y engañosas tal como fueron sus alegaciones con respecto a las decisiones de la CNJ de septiembre de 2012 y noviembre de 2014. Debido a las presentaciones de documentos simultáneas con respecto a la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 ordenadas por el Tribunal, es imposible que Ecuador conozca si, en su escrito de 26 de septiembre, Merck amplíe las cuatro caracterizaciones erróneas de la decisión que ésta ya ha presentado o agregue otras caracterizaciones<sup>63</sup>. Pero, independientemente de cuáles sean los argumentos que Merck presente, este Tribunal debe una vez más rehusarse a aceptar la invitación de Merck para que actúe como un tribunal de apelaciones supranacional que revise los fallos procesales o sustantivos de la CNJ, el tribunal de más alto nivel de Ecuador en materia de

---

<sup>58</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), p. 1.

<sup>59</sup> *Id.*, p. 1-2.

<sup>60</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>61</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>62</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>63</sup> Conforme se indica en otras partes en su presentación, Ecuador se reserva el derecho a hacer presentaciones por escrito ante el Tribunal antes de cualquier audiencia ulterior, a fin de tratar todos los argumentos nuevos o ampliados que Merck plantee en su presentación de 26 de septiembre de 2016.



derecho civil.

29. En la Sección VI(B)(2) de su Memorial de Contestación y en las Secciones V(B)(1) y V(C)(1) de su Réplica y en la audiencia de marzo de 2015, Ecuador ha demostrado ya la norma incuestionable de que “un tribunal internacional no es un órgano de apelación y que su función no es corregir errores del derecho procesal o sustantivo interno que los tribunales nacionales podrían haber cometido”<sup>64</sup>. Este principio recibió su más reciente confirmación imperativa en la decisión del tribunal del CIADI en *Philip Morris and Others v. Oriental Republic of Uruguay*, en la cual el tribunal, conformado por el Profesor Piero Bernardini, Profesor James Crawford, y Sr. Gary Born, rechazó en parte los reclamos de la demandante por denegación de justicia porque “los tribunales arbitrales no deben actuar en calidad de tribunales de apelación para determinar una denegación de justicia, mucho menos como órganos encargados de mejorar la estructura judicial del Estado”<sup>65</sup>.

30. Las determinaciones de la CNJ sobre las peticiones de casación presentadas por Prophar y Merck, sus evaluaciones de las pruebas presentadas por las partes y el informe Cabrera, y su aplicación del derecho sustantivo y procesal de Ecuador a las reclamaciones de Prophar, las defensas de Merck, y las pruebas sencillamente no están sujetas a nuevo juzgamiento de este Tribunal. Conforme se advirtió en alegatos previos de Ecuador y que Merck no ha refutado, este Tribunal se limita a determinar “*ex facie* o en un análisis más minucioso”<sup>66</sup> y “a la luz de todos los hechos disponibles”, si “en el proceso de reflexión éste ha sido conmocionado o sorprendido” a tal grado que tenga “preocupaciones justificadas acerca de la probidad judicial del resultado” y “pueda concluir [...] que la [...] decisión fue

---

<sup>64</sup> *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Laudo (22 de junio de 2010) (Böckstiegel, Hobér, Crawford), ¶ 274 (RLA-181) (“El Tribunal hace énfasis en que un tribunal de arbitraje internacional no es un organismo de apelación y que su función no es corregir errores del derecho procesal o sustantivo interno que los tribunales nacionales hayan cometido. El Tribunal enfatiza que el límite del ilícito internacional de denegación de justicia es alto y va *más allá de* la mera aplicación errónea de las leyes internas”) (énfasis agregado).

<sup>65</sup> *Philip Morris and Others v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Laudo (8 de julio de 2016) (Bernardini, Crawford, Born), ¶ 528 (RLA-214) (donde se citan *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002) (Stephen, Crawford, Schwebel), ¶ 126 (RLA-54)). Véase también *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) (Cremades, Hanotiau, Knieper), ¶ 485 (“El Tribunal no está en posición y no tiene competencia para volver a localizar y reevaluar las pruebas fácticas”) (RLA-120).

<sup>66</sup> *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004) (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez), ¶ 130 (RLA-63).

manifiestamente incorrecta y deshonrosa”<sup>67</sup>, “flagrantemente errónea” y “tan carente de razón que evidencia mala fe”<sup>68</sup>, una “clara y dolosa aplicación errónea de la ley”<sup>69</sup>, o carece de “fundamento objetivo razonable” y está “fuera del espectro de lo jurídicamente posible”<sup>70</sup>.

31. Merck nunca ha debatido que a este Tribunal le esté prohibido sustituir su propia aplicación e interpretación del derecho sustantivo y procesal o las pruebas involucradas en la Decisión de la CNJ de agosto de 2016, o cualquier otra decisión de la CNJ, la Corte Constitucional o el tribunal inferior en su diferencia con Prophar, y nunca ha cuestionado que los criterios precedentes representen la prueba más rigurosa que éste deba superar a fin de prevalecer en sus reclamos de denegación de justicia. Pero – tal como lo ha hecho con sus ataques dispersos a cada una de las decisiones de los tribunales ecuatorianos involucradas en su diferencia con Prophar – la solicitud de Merck es precisamente que este Tribunal lleve a cabo una revisión sustantiva de la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 y sustituya su propio juicio sobre la manera en que “se debió haberla decidido”. Como se demuestra posteriormente, Merck no ha cumplido, y no puede cumplir con su compleja obligación de demostrar mediante prueba clara y convincente<sup>71</sup> que alguna de sus reclamaciones acerca de la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 constituyera una denegación de justicia<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> *Mondev v. U.S.A.*, Laudo (11 de octubre de 2002), ¶ 127 (RLA-54).

<sup>68</sup> *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013) (Cremades, Hanotiau, Knieper), ¶¶ 445, 482 (RLA-120).

<sup>69</sup> *Robert Azinian, Kenneth Davitian, and Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Laudo (1 de noviembre de 1999) (Paulsson, Civiletti, von Wobeser), ¶ 103 (CLM-36).

<sup>70</sup> *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The República del Ecuador*, PCA Case No. 34877, UNCITRAL, Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo de 2010) (Böckstiegel, Brower, van den Berg), ¶ 198 (CLM-111) (*donde se cita* la Opinión de Jan Paulsson presentada en ese caso).

<sup>71</sup> *Philip Morris v. of Uruguay*, Laudo (8 de julio de 2016), ¶ 499 (RLA-214) (“Se requiere un *elevado estándar de la prueba* para determinar una denegación de justicia debido a la gravedad de una acusación que condene al sistema judicial de un Estado como tal”) (énfasis agregado); *id.*, ¶ 500 (para que exista una denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional, debe haber “*prueba clara* de ... un defecto *flagrante* del sistema judicial’ [...] o que ‘la decisión impugnada haya sido *claramente* incorrecta y deshonrosa”) (énfasis agregado adicional) (donde se cita y menciona *Mondev v. U.S.A.*, Laudo (11 de octubre de 2002), ¶ 127 (RLA-54)). Véase también, Memorial de Contestación de Ecuador, ¶ 276 y casos y autoridades que allí se citan.

<sup>72</sup> Conforme se advirtió previamente en esta presentación, los argumentos de Ecuador con respecto a los reclamos de denegación de justicia planteados por Merck se aplican asimismo a sus reclamos al amparo de cualquier otra disposición del Tratado, incluidas las disposiciones sobre los medios efectivos del Artículo II(7) del Tratado.

**B. Merck no ha logrado demostrar que la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 haya sido incorrecta, mucho menos “tan flagrante que no pueda explicarse de otra manera sino como” arbitraria y evidentemente incompetente, “jurídicamente imposible” o como “algo que ofende el sentido de decoro judicial”**

**1. La CNJ no ratificó la Decisión del Tribunal de Apelaciones sino mas bien la anuló y la reemplazó enteramente con una nueva decisión por razones totalmente diferentes**

32. El primer ataque de Merck a la Decisión de la CNJ en agosto de 2016 plantea que la decisión “ratificó la decisión del Tribunal de Apelaciones en parte sustancial” porque en su análisis de la casación, la CNJ “rechazó de manera expresa las razones de MSDIA para la casación cuestionando la *ratio decidendi* del Tribunal de Apelaciones para determinar responsabilidad y por ende ratificando la *ratio decidendi* para dicha responsabilidad”<sup>73</sup>. Merck se refiere también a la frase “anula parcialmente dicha sentencia” en la conclusión del análisis de la casación llevado a cabo por la CNJ como supuestos indicios adicionales de que la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 dejara la sentencia del Tribunal de Apelaciones intacta<sup>74</sup>.

33. Merck planteó desde luego esos argumentos para tratar de que la decisión de la CNJ encajase en la Decisión del Tribunal sobre Medidas Interinas de marzo de 2016 y, por ende, para evitar tener que justificar ante el Tribunal por qué, en calidad exactamente de la misma compañía que es tanto la Demandante en el presente caso, así como la demandada/deudora en la sentencia en el litigio *NIFA v. MSDIA*, ésta no podía cumplir fácilmente el laudo de indemnización por daños y perjuicios de \$34 millones con fondos de sus \$1.130’000.000 en activos corrientes netos y de los \$600 millones en ventas anuales según informe reciente y, así, impedir por sí misma la supuesta “destrucción” de sus operaciones en Ecuador. Sin embargo, en la medida que Merck también podría significar que la supuesta “ratificación” de la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 de la sentencia del Tribunal de Apelaciones constituyera una denegación de justicia, ésta implicación es categóricamente errónea, conforme lo demuestra lo que dice la propia sentencia y las admisiones propias de Merck tanto en este arbitraje, así como en el litigio *NIFA v. MSDIA*.

34. Primero, Merck caracteriza de manera totalmente errónea el procedimiento de la CNJ

---

<sup>73</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), pp. 2-3.

<sup>74</sup> *Id.*, p. 3.

cuando asevera que la casación, o la anulación, de la CNJ de la sentencia del Tribunal de Apelaciones únicamente por dos de las razones que se argumentan en su petición de casación de algún modo restringieran la manera en que la CNJ decidió el caso una vez que ésta había aprobado la casación. Conforme tanto con Merck como con Ecuador han explicado en detalle en sus escritos previos ante el Tribunal y (en cuanto a Merck) en los tribunales de Ecuador, el procedimiento de la CNJ consta de dos fases distintas: la fase de casación, en la cual la CNJ analiza si existen vicios en la sentencia de los tribunales inferiores en cuestión; y – si la CNJ encuentra uno o más vicios en la decisión y anula la decisión – una segunda fase en la cual la CNJ actúa como tribunal ordinario y decide nuevamente el caso en su totalidad basado en las alegaciones en la denuncia de la parte demandante, la respuesta de la demandada y las pruebas desarrolladas en el caso<sup>75</sup>. Conforme el testigo de Merck, Profesor Páez, explicó en apoyo de la Réplica de Merck, una vez que la CNJ anula “la decisión cuestionada [en la fase de casación], el tribunal de casación debe [...] emitir una decisión sustitutiva”<sup>76</sup>. El Profesor Páez procede a explicar que si “la CNJ anula la sentencia cuestionada [...], la CNJ debe emitir un nuevo fallo u orden” para reemplazar la que ésta ha anulado<sup>77</sup>.

35. En sus escritos ante la Corte Constitucional de Ecuador durante la primera [] AEP de Prophar, la propia Merck previó el testimonio de su testigo pericial Profesor Páez. Allí, en el contexto de la [] AEP de Prophar contra la decisión de la CNJ de septiembre de 2012, Merck describió en detalle tanto la fase de casación del procedimiento de la CNJ y, una vez que se aprueba la casación, el papel de la CNJ para emitir una decisión enteramente nueva de la misma manera que un tribunal de primera instancia<sup>78</sup>. De acuerdo a Merck, la fase de casación “no es un recurso que tenga la finalidad de decidir entre las posiciones de las partes”<sup>79</sup>, sino que, si la CNJ sí invalida la decisión de un tribunal inferior, “ésta aceptará la decisión u orden respectiva para la revisión y *emitirá su propia decisión en lugar de la*

---

<sup>75</sup> Véase, v.g., Dúplica de Ecuador, ¶¶ 483-490; Réplica de la Demandante, ¶ 402; Dictamen Pericial de Carlos Humberto Páez Fuentes (1 de octubre de 2013) (“Dictamen Pericial de Páez Fuentes”), ¶¶ 8, 17-18; Primer Dictamen Pericial de Aguirre, ¶ 6.1; Segundo Dictamen Pericial de Aguirre, ¶¶ 4.2-4.9.

<sup>76</sup> Dictamen Pericial de Páez Fuentes, ¶ 8.

<sup>77</sup> *Id.*, ¶¶ 17-18.

<sup>78</sup> Presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional (recibida por la Corte el 3 de abril de 2013), ¶¶ 120-121, 137-142, 172 (R-117).

<sup>79</sup> *Id.*, ¶ 142 (énfasis agregado).

*decisión revisada [...] como un tribunal ordinario*<sup>80</sup>. Y como Merck procedió a explicar a la Corte Constitucional, el papel de la CNJ como un tribunal ordinario, una vez que ha “anulado la decisión del tribunal de apelaciones”, consiste en analizar las pruebas, resumir los conceptos jurídicos pertinentes y explicarlos con la doctrina y relacionarlos con las normas a las cuales la parte demandante se ha referido en su denuncia”<sup>81</sup>. En síntesis, no existe ningún vínculo, de la naturaleza que fuere, entre las razones por las cuales la CNJ ha anulado un caso y la potestad y obligación plenarias posteriores de la corte para emitir una nueva sentencia como el equivalente de un tribunal de primera instancia.

36. El testigo pericial de Ecuador, Profesor Aguirre, confirmó las aseveraciones de Merck y el Profesor Páez. Él testificó que, aunque de acuerdo al principio “dispositivo” la CNJ no esté autorizada para invalidar un caso por alguna razón que no sea la prevista en el Artículo 3 de la Ley de Casación y que una parte haya planteado en su petición de casación:

[The CNJ is not prevented], once cassation is admitted, and when [the CNJ] has become a trial court, from considering and ruling *on all aspects which are the subject of the Litis*, whether or not they were alleged as grounds for the appeal.

[NT: [La CNJ no está sujeta a impedimento] una vez que se ha admitido la casación y, cuando [la CNJ] se ha convertido en un tribunal de primera instancia, en cuanto a considerar y decidir *sobre todos los aspectos que sean materia de la Litis*, sea que estos se hayan alegado o no como razones para la apelación.]

It is precisely for this reason that, once cassation is sustained [...], la CNJ proceed[s] to become a “Trial Court” and to make a decision based on the grounds of NIFA’s complaint and the MERCK’s defenses, as well as on the evidence presented, in the same manner as it would be handled by any trial court. The dispositive principle is no longer applicable to this phase because the NCJ, in its new role [...] pursuant to Article 16 Of the Law of Cassation [...] is no longer limited by the allegations brought by the parties on appeal, and has instead, broad assessment powers. The grounds of NIFA’s complaint are essentially that there was an improper conduct during the negotiations with MERCK, the latter having denied these events and giving rise to the litigation. Therefore, this is what must be evaluated and decided in the second phase of cassation [...].<sup>82</sup>

[NT: Es precisamente por esta razón que, una vez que se ha admitido la casación [...], la CNJ pasa a ser un “Tribunal de Primera Instancia” y a

---

<sup>80</sup> *Id.*, ¶ 120 (énfasis agregado).

<sup>81</sup> *Id.*, ¶ 172 (énfasis agregado).

<sup>82</sup> Segundo Dictamen Pericial de Aguirre, ¶ 4.8-4.9.

tomar una decisión basada en las razones de la reclamación de NIFA y las defensas de MERCK, así como también en las pruebas presentadas, de la misma manera que cualquier tribunal de primera instancia la habría manejado. El principio dispositivo ya no es aplicable a esta fase porque la CNJ, en su nuevo papel [...] de acuerdo a lo que dispone el Artículo 16 de la Ley de Casación [...] ya no está limitado por las alegaciones que las partes han planteado en la apelación, y tiene en cambio amplias potestades de evaluación. Las razones de la reclamación de NIFA son en esencia que hubo un comportamiento incorrecto durante las negociaciones con MERCK, al haber negado esta última estos sucesos y dado lugar al litigio. Por lo tanto, esto es lo que se debe evaluar y sobre lo que tiene que decidirse en la segunda fase de la casación [...].

37. Por lo tanto, como una cuestión de derecho, el hecho de que la CNJ invalidara la sentencia del Tribunal de Apelaciones sólo por dos de las razones que Merck había argumentado en su petición de casación no puso ninguna limitación, de la naturaleza que fuere, a la manera en que la CNJ, constituida como el equivalente de un tribunal de primera instancia, podía (y pudo) decidir el caso y, lejos de “ratificar la sentencia del tribunal de apelaciones ... en la mayoría de los aspectos esenciales” o sólo “anularla parcialmente”, la casación de la CNJ de esa sentencia la eliminó por completo. Una vez que ésta había anulado la sentencia del tribunal de apelaciones, la obligación legal de la CNJ era ahora aplicar sus “amplias potestades de evaluación” para decidir nuevamente el caso basada en principios básicos, es decir, la reclamación, las defensas y las pruebas desarrolladas en los tribunales inferiores.

38. Y eso es precisamente lo que la CNJ hizo en su decisión de agosto de 2016. Conforme Merck ha argumentado en varias ocasiones en este arbitraje y el Tribunal recordará, el Tribunal de Apelaciones había hallado a Merck responsable “*exclusivamente* por razones en materia de antimonopolio”<sup>83</sup>. Después del examen que la CNJ realizó de las nueve y media páginas de las alegaciones de la reclamación de Prophar, las defensas que Merck había planteado ante ésta, y las pruebas de las negociaciones de las partes y la razón por la cual éstas habían terminado<sup>84</sup>, la Corte trató sobre si, cuando se aplica a esos

---

<sup>83</sup> Memorial de la Demandante, ¶ 139 (énfasis agregado); véase también *id.*, ¶¶ 10, 137, 142, 243 314, 349, 385 (“[una violación de la ley antimonopolio] fue la *única base legal* para la sentencia del tribunal de apelaciones” (énfasis agregado)); Réplica de la Demandante, ¶ 4 (“[las sentencias dictadas contra MDSIA por el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones] impusieron la responsabilidad contra MSDIA por supuestas violaciones de la legislación antimonopolio”); *id.*, ¶¶ 23, 291, 326 (“los dos tribunales inferiores hallaron a MSDIA responsable únicamente por infracciones de las leyes antimonopolio”) (énfasis agregado); *id.*, ¶¶ 333, 503, 537.

<sup>84</sup> Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), pp. 22-31 (R-223).

elementos, Merck era responsable con respecto a Prophar de acuerdo a la legislación ecuatoriana. Al hacerlo, la CNJ “distinguió” de los reclamos de Prophar y las defensas de Merck “las categorías de la libre competencia y las prácticas monopólicas, las cuales pertenecen al ámbito de la Ley de Competencia”, y declinó aplicar la ley antimonopolio a esos reclamos y defensas<sup>85</sup>. En cambio, tal como había procedido en sus decisiones de septiembre de 2012 y noviembre de 2014, la CNJ determinó que Merck era responsable de daño extracontractual por una violación de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil<sup>86</sup>. Al hacerlo, la CNJ examinó los elementos de los ilícitos para identificar la responsabilidad extracontractual, los aplicó a las pruebas del comportamiento de Merck en enero de 2003, a la luz del curso de negociaciones de las partes, y halló a Merck responsable por un ilícito civil involuntario (es decir, negligente) debido a su “actitud unilateral [...] al negarse a completar la venta [de la planta] bajo el pretexto de la [prohibición de] la producción de fármacos [genéricos] que [...] no tenía interés de permitir que se vendieran” y el “daño [...] en la forma de perturbación impuesta unilateralmente por [Merck] a [Prophar], lo cual impidió que Prophar desarrollara su plan de crecimiento [...]”<sup>87</sup>.

39. En vista de lo antes expuesto, es evidente que la afirmación de la CNJ de que ésta “estaba anulando parcialmente” la sentencia del Tribunal de Apelaciones<sup>88</sup> se refiere únicamente al hecho que la CNJ había aprobado la *petición de casación* de Merck sólo por algunas de las razones que en ella se plantearon<sup>89</sup>. Esa afirmación no tiene nada que ver con

---

<sup>85</sup> *Id.*, p. 32.

<sup>86</sup> *Id.* Los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil disponen, respectivamente, que “[q]uienquiera que haya cometido una infracción o acto ilícito que haya causado daño a otro, es responsable de compensación; sin perjuicio de las sanciones que la ley le imponga por infracciones o actos ilícitos” y “[p]or regla general, debe hacerse la restitución por todo daño que pueda atribuirse a dolo o negligencia de otra persona”. Código Civil de Ecuador, Artículo 2214 (CLM-189); Código Civil de Ecuador, Artículo 2229 (CLM-395).

<sup>87</sup> Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), p. 32 (R-223); véase también, *id.*, pp. 33-34, donde consta el análisis adicional de la CNJ de las pruebas y principios jurídicos que apoyaron la conclusión de la Corte de la responsabilidad de Merck con respecto a Prophar. Hasta el momento, Merck no ha argumentado – tal como lo hizo con respecto a las decisiones de la CNJ de septiembre de 2012 y noviembre de 2014 – que “no tuvo conocimiento” de que, en los nuevos procedimientos de la CNJ, podría hallársele responsable de acuerdo a los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil. Ecuador se reserva su derecho a abordar en una presentación por escrito todos los argumentos que Merck planteara. Pero, para los fines en este caso, todos los argumentos fracasarían por las mismas razones que los argumentos previos de Merck a tal efecto fracasan, pues ha tenido conocimiento de la posible responsabilidad en los términos de esos Artículos, y se defendió contra ésta, desde que Prophar citó por primera vez los Artículos 2214 y 2229 en su denuncia. Véase Denuncia de NIFA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia (16 de diciembre de 2003), p. 9, párrafo titulado “Juicio” (C-10).

<sup>88</sup> Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), p. 22 (R-223).

<sup>89</sup> Véase también, Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), p. 17 (R-223), en la cual – al aprobar la petición de casación de Merck basada en uno de sus argumentos bajo la primera razón

las implicaciones jurídicas de la decisión de la CNJ, la cual – como es obvio por lo que se desprende a simple vista – es una decisión completamente nueva, esencialmente distinta del fondo de la diferencia *NIFA v. MSDIA* y de la indemnización por daños y perjuicios que emana de ésta. El argumento de Merck en el sentido que la CNJ “ratificara” la sentencia del Tribunal de Apelaciones al “rechazar expresamente las razones de MSDIA para la casación que cuestionaba la *ratio decidendi* de responsabilidad en la decisión del tribunal de apelaciones” es infundado y no podía servir para demostrar una denegación de justicia.

**2. Al contrario de la tergiversación de Merck, la CNJ llevó a cabo una revisión y análisis independiente de las pruebas y extrajo de ellos conclusiones de que la CNJ acató las normas jurídicas que determinó eran aplicables**

40. El segundo ataque de Merck a la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 afirma que la decisión “ratificó en parte sustancial la decisión del Tribunal de Apelaciones” porque la CNJ “no llevó a cabo una evaluación independiente de las pruebas en el expediente, sino mas bien aceptó en su totalidad las determinaciones probatorias del Tribunal de Apelaciones”<sup>90</sup>. En apoyo de esa afirmación, Merck utiliza en su favor un fragmento que extrae de la decisión a fin de que la CNJ se “abstuviese de ponderar las pruebas o determinar algunos de los hechos del juicio y la apelación”<sup>91</sup>. Por lo tanto, de acuerdo a Merck, “[l]a adopción de la CNJ de las determinaciones probatorias del tribunal de apelaciones impone nuevamente las violaciones fundamentales de los derechos de MSDIA por parte del tribunal de apelaciones y, de hecho, exacerba dichas violaciones”<sup>92</sup>.

41. Este argumento es totalmente engañoso por muchas razones. La más obvia es que, si Merck hubiera creído en realidad que la Decisión de la CNJ involucrara “violaciones fundamentales de sus derechos”, ésta habría buscado acudir a la Corte Constitucional por una

---

prevista en el Artículo 3 de la Ley de Casación – la CNJ dice que “debe anularse” la “sentencia impugnada” (no sólo parte de ésta)”.

<sup>90</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), p. 3; véase también Carta enviada por la Demandante al Tribunal (15 de agosto de 2016), fn. 5 (“[s]i bien la [decisión de la CNJ] repite y discute las pruebas fácticas, es obvio a partir del texto de la sentencia que la CNJ no hizo ninguna evaluación independiente de esas pruebas”).

<sup>91</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), p. 3, fn. 10, donde se hace referencia a la p. 27 de la decisión de la CNJ de agosto de 2016 (R-227).

<sup>92</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), p. 4.



violación de sus derechos al debido proceso<sup>93</sup>. Desde luego, Merck no lo ha hecho, y no podía hacerlo con respecto a ninguna de sus otras innumerables aseveraciones de violaciones de la CNJ de sus derechos al debido proceso y de otros derechos constitucionales. La decisión de Merck de renunciar, una vez más, a una acción extraordinaria de protección con respecto a la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 sirve para demostrar que Merck no cree que la CNJ se basara en las determinaciones probatorias del Tribunal de Apelaciones y no llevara a cabo su propia evaluación independiente.

42. Una mirada a la Decisión de la CNJ también desmiente las aseveraciones de Merck. Antes que nada, la afirmación de la CNJ en la cual Merck se basa – que la Corte se “abstuviera de ponderar alguna prueba o determinar alguno de los hechos del juicio y la apelación” – es una mera repetición del lenguaje del Artículo 16 de la Ley de Casación, de acuerdo con el cual la CNJ debe emitir su sentencia sustitutiva “sobre la sustancia de los hechos establecidos en la” decisión de los tribunales inferiores anulada. Que la disposición en el Artículo 16 no impidió que la CNJ evaluase las pruebas bien sea en su decisión de septiembre de 2012 o en su decisión de noviembre de 2014, y que no le impidió hacerlo en su decisión de agosto de 2016. Además, la CNJ se adhirió de inmediato a la afirmación en la cual Merck se basa con el precepto que puede interpretarse sólo en el sentido de que la CNJ se consideró a sí misma en la obligación de evaluar las pruebas:

[t]he facts are as stated in the complaint, it is its private interest as a truth *that must be proved by the party that presents it*, they are its credits; to discredit them *is the job of the defendant*, and *the judge extracts the element of his decision from a comparison of the two*, based on fairness, *the reality of the facts*, the principles of law and the legal system<sup>94</sup>.

[NT: [I]os hechos son tal como se los expone en la reclamación, su interés privado es como una verdad *que la parte que la plantea es la que debe probarla*, los hechos son sus créditos; *la tarea de desacreditarlos le corresponde a la demandada*, y *el juez extrae el elemento de su decisión de una comparación de los dos*, basada en la justicia, *la realidad de los hechos*, los principios jurídicos y el sistema legal.]

43. Y la tarea que la CNJ asumió posteriormente fue precisamente analizar y evaluar las

---

<sup>93</sup> Véase Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014), ¶ 17(c).

<sup>94</sup> Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), p. 27 (R-223).

pruebas. En un análisis de seis páginas que abarca las páginas 27 a 31 y continúa en las páginas 32 a 34 de su Decisión de agosto de 2016, la CNJ expuso las pruebas que *ambas* partes habían presentado, y realizó un análisis minucioso de lo que las pruebas revelaban. Sobre esa base, la CNJ llegó a las conclusiones fácticas que le eran necesarias – constituida como el equivalente a un tribunal de primera instancia – para decidir el caso, entre otras cosas, que las pruebas “revelaban coincidencia [...] con respecto a [...] hechos importantes” en lo relativo al curso de negociaciones de las partes y su acuerdo de voluntades a finales del año 2002 sobre los términos y condiciones de la venta de Merck de su planta a Prophar<sup>95</sup>; “describió una nueva fase en la relación de las partes” que comenzara en diciembre de 2002<sup>96</sup>; y demostró que, al cabo de “un período de casi un año” de negociaciones y el acuerdo de las partes sobre los términos y condiciones de la venta, en enero de 2003, Merck condicionó la venta de la planta al acuerdo de Prophar de que no produciría una extensa lista de fármacos genéricos en una “elección deliberada, consciente” que “priorizó el interés de Merck en limitar la producción de fármacos por parte de Prophar, sin ninguna base legal”<sup>97</sup>.

44. Además, a pesar de su afirmación de que “la diferencia entre las partes no puede inducir a ponderar las pruebas”<sup>98</sup>, la CNJ procedió a hacer precisamente eso. Basó sus determinaciones de los hechos en “una documentación abundante que las partes intercambiaron por correo electrónico” porque la Corte “consideró que los documentos eran auténticos y tenían fuerza probatoria en los procesos”; analizó otros documentos y los rechazó finalmente porque estos no guardaban ninguna relación con las negociaciones entre las partes; y determinó que el testimonio carecía de valor probatorio porque “se obtuvo en su mayor parte de personas que participaron en el proceso de negociación, las cuales tenían cargos o compromisos con [Merck], en varios niveles y en varios períodos de tiempo”<sup>99</sup>.

45. Fue sobre la base de todos los análisis y la ponderación de las pruebas antes mencionadas – y de otros numerosos ejemplos en la decisión de agosto de 2016 – que la CNJ concluyó que, a través de sus acciones en enero de 2003, Merck cometió un ilícito no intencional que violó los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil y exigió que Merck

---

<sup>95</sup> *Id.*, p. 30-31.

<sup>96</sup> *Id.*, p. 30; véase también *id.*, pp. 33-34.

<sup>97</sup> *Id.*, pp. 32-33.

<sup>98</sup> *Id.*, p. 34.

<sup>99</sup> *Id.*

indemnizase a Prophar<sup>100</sup>.

46. Conforme demuestra lo anterior, la insinuación de Merck de que la CNJ no revisara las pruebas de manera independiente en el caso “sino en cambio aceptó en su totalidad la determinación probatoria del Tribunal de Apelaciones”<sup>101</sup> se revela por lo que es: una total falsedad, proclamada por Merck en este Tribunal porque – pese al hecho de que cinco tribunales ecuatorianos y once jueces ecuatorianos han determinado que su comportamiento en enero de 2003 con respecto a Prophar ha sido ilícito – Merck va a hacer todo lo posible por atribuir la responsabilidad por esa conducta a Ecuador. Como se demuestra a continuación, lo mismo es válido para la tergiversación de Merck del tratamiento que la CNJ dio al informe Cabrera. El Tribunal no debe tolerar esa clase de tácticas y debe desestimar de manera categórica las alegaciones de Merck de “manifiesta injusticia” y “violaciones fundamentales de” los “derechos” de Merck<sup>102</sup>.

**3. El tratamiento de la CNJ y su desviación significativa de los cálculos realizados por Cabrera en su determinación de la indemnización por daños y perjuicios fue irracional, arbitraria y manifiestamente incompetente**

47. La Demandante ha alegado que la Sentencia del 4 de agosto de 2016 emitida por la CNJ se basó exclusivamente en el informe pericial *abiertamente irracional y probablemente corrupto* del Sr. Cristian Cabrera”<sup>103</sup>. Pero, aparte de sus insinuaciones, la Demandante no ha demostrado ningún indicio de corrupción en conexión con el nombramiento o el trabajo del Sr. Cabrera. No obstante, persiste en insinuar de manera temeraria que su informe fue “probablemente corrupto”. La queja real de la Demandante es que, a diferencia de De León, el otro perito nombrado por el tribunal a quien se le había solicitado que lo hiciera, el Sr. Cabrera no se abstuvo de calcular los daños y perjuicios. La Demandante ha dedicado un esfuerzo significativo en tratar de impugnar el informe de Cabrera y que la CNJ lo haya tomado en consideración. Pero el expediente del litigio entre *Prophar* y *MSDIA* o alguna

---

<sup>100</sup> *Id.*, pp. 32-34.

<sup>101</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), p. 3; véase también Carta enviada por la Demandante al Tribunal (15 de agosto de 2016), fn. 5 (“[s]i bien la [decisión de la CNJ] repite y discute las pruebas fácticas, es obvio a partir del texto de la sentencia que la CNJ no hizo ninguna evaluación independiente de esas pruebas”).

<sup>102</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), p. 4.

<sup>103</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), p. 4 (énfasis agregado).

prueba presentada en este arbitraje no corrobora ninguno de los argumentos de la Demandante.

48. Conforme se explica posteriormente, una vez que halló culpable a Merck, la CNJ tenía la obligación de calcular la indemnización por daños. Lo hizo basada en el informe del único perito nombrado por la corte en materia de daños que consta en el expediente. La Demandante no ha presentado ni la más mínima prueba de que hubiera alguna razón por la cual la CNJ dudase de la idoneidad del nombramiento del Sr. Cabrera en calidad de perito en daños: El nombramiento del Sr. Cabrera se realizó en conformidad con el mecanismo propuesto y aprobado por la Demandante; este mecanismo era independiente del Tribunal de Apelaciones y de las partes; y, lo que es importante, la Demandante nunca objetó la manera en la cual se nombró al Sr. Cabrera. Además, la Demandante no ha logrado demostrar que hubiera alguna razón por la cual la CNJ dudase de las acreditaciones del Sr. Cabrera como perito en daños. Por último, luego de haber determinado que el informe Cabrera fue calificado apropiadamente como un informe pericial, la CNJ procedió a basarse en dicho informe como punto de partida para la determinación de la indemnización por daños y perjuicios. No existe ninguna razón para que este Tribunal determine que la invocación de la CNJ al informe del Sr. Cabrera – y lo que la propia Demandante ha descrito como una “desviación significativa”<sup>104</sup> de la decisión del Tribunal de Apelaciones al reducir la cuantía de la indemnización por daños en un 80% – diera como resultado un “defecto atroz” en la solución del caso por parte del tribunal ecuatoriano<sup>105</sup>.

**a. Luego de haber hallado responsabilidad, la CNJ tenía la obligación de calcular la indemnización por daños y perjuicios**

49. Una vez que la CNJ había determinado que la Demandante era responsable por un ilícito en los términos de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil de Ecuador que causó daño a Prophar, le correspondía legalmente a la Corte conceder una indemnización por daños y perjuicios causados a Prophar, incluida la suma total por lucro cesante. El Artículo 279 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano dispone que:

Whenever a judgment is entered against a party ordering payment of proceeds, interest, damages and lost profits, the amount to be

---

<sup>104</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (15 de agosto de 2016), p. 3.

<sup>105</sup> Véase *Philip Morris v. Uruguay*, Laudo (8 de julio de 2016), ¶ 500 (RLA-214).

paid shall therein be determined, and if that is not be possible, the bases for its calculation and the method to verify it shall be set forth<sup>106</sup>.

[NT: “Siempre que en una sentencia se condenare a una parte al pago de los ingresos, intereses, daños y perjuicios [NT: texto faltante en la cita: y el lucro cesante,] en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, y si eso no fuera posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla”; en: es.scribd.com, p. 40; acceso: 17:03 horas.]

50. Además, la determinación de la CNJ de la indemnización por daños y perjuicios tenía que hacerse basada en las pruebas, incluidos los informes periciales, que ya constaban en el expediente<sup>107</sup>. Como afirmó el Profesor Guerrero del Pozo, “La legislación ecuatoriana no reconoce la validez de las pruebas incorporadas durante el proceso de una apelación en casación”<sup>108</sup>.

51. El hecho es que el informe del Sr. Cabrera fue el único informe de un perito nombrado por el tribunal en el expediente, y el único informe hecho por alguien que presentó un análisis de la cuantía de daños y perjuicios por lucro cesante. No es de extrañarse porque la CNJ considerara el informe Cabrera mientras procedía a determinar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios con base en las pruebas constantes en el expediente.

---

<sup>106</sup> Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano (24 de noviembre de 2011), Artículo 279 (RLA-107)(ter). La sentencia de la CNJ de agosto de 2016 explicó la aplicación de esta disposición en los procedimientos de apelación de la manera siguiente: El hecho es que el tribunal de apelaciones no puede ser impugnado con base en el nombramiento del perito mencionado tan a menudo y la decisión a la cual ésta llegó basada en dicho informe pericial, haciendo uso de la facultad de ponderar las pruebas que la ley le ha otorgado, tal como hemos discutido en detalle anteriormente; si los jueces del tribunal de apelaciones determinaren más bien que sí ocurrió daño, la sentencia debería indicar la cuantía de la indemnización por pagar, tal como prevé el Artículo 279 del Código de Procedimiento Civil en vigencia cuando se tramitó el caso. Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), p. 36 (R-223).

Esto a su vez requiere la determinación de daños y lucro cesante reales en conformidad con el Artículo 1572 del Código Civil. Véase Código Civil Ecuatoriano (2005), Artículo 1572 (CLM-438) (“La indemnización de los daños y perjuicios comprende los daños y el lucro cesante reales, sea que estos se originen del incumplimiento, cumplimiento imperfecto, o cumplimiento tardío de una obligación”). El perito propio de la Demandante en este arbitraje, Dr. Correa, declaró que esta disposición “dice que el lucro cesante y los daños reales *tienen que ser* indemnizados”. Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 3 (17 de marzo de 2015), p. 14:19-20 (Correa) (énfasis agregado).

<sup>107</sup> Dúplica de Ecuador, ¶ 457. El Artículo 15 de la Ley de Casación establece que: “[n]o podrá solicitarse u ordenarse ninguna prueba, como tampoco podrá admitirse ninguna petición, durante el trámite de una apelación en casación”. [D]ecisión de la Corte Constitucional Ecuatoriana (12 de febrero de 2014), p. 18 (C-285).

<sup>108</sup> Segundo Informe Pericial de Guerrero (18 de febrero de 2015), ¶ 68. El propio perito de la Demandante, Profesor Páez, ha testificado que el Artículo 15 de la Ley de Casación “prohíbe que [la CNJ] acepte nuevas pruebas o trate cuestiones colaterales”. Dictamen Pericial de Carlos Humberto Páez Fuentes (1 de octubre de 2013), ¶ 21 (en lo sucesivo, “Dictamen Pericial de Páez Fuentes”).

Por consiguiente, en ausencia de una demostración ante la CNJ de alguna incorrección en relación con su génesis, cuya ocurrencia, como se analiza posteriormente, no ha sido demostrada, no habría sido posible que la CNJ dejara de considerarla, como la Demandante sugiere.

52. En síntesis, los jueces de la CNJ no pueden admitir nuevas pruebas generadas por las partes y, en este caso, se basaron – y realizaron ajustes significativos – en los cálculos del único perito en materia de daños nombrado por la corte.

**b. La Demandante no ha demostrado que hubiera alguna base sobre la cual la CNJ dudase de la idoneidad del nombramiento del Sr. Cabrera en calidad de Perito en Daños**

53. Ecuador ha argumentado previamente que la Demandante no ha logrado en su prolongado esfuerzo para hacer aparecer como por arte de magia alguna irregularidad e incorrección en el nombramiento del Sr. Cabrera en calidad de perito<sup>109</sup>. Como resultado, no se demostró que hubiera alguna base, de la naturaleza que fuere, para que la CNJ dejase de tomar en consideración el informe del Sr. Cabrera.

**i. La Corte nombró al Sr. Cabrera en conformidad con el mecanismo solicitado por la Demandante**

54. Tal como se detalla en los alegatos de Ecuador, Prophar y también la Demandante solicitaron que la Corte nombrase peritos en daños. La Demandante no tiene ninguna queja de que la Corte nombrara al Dr. De León basada en la lista de candidatos que la Autoridad Ecuatoriana en Materia de Competencia sugiriera, para opinar sobre si Merck había violado las leyes de defensa de la competencia, a solicitud de Merck<sup>110</sup>, ni sobre la cuestión de los daños resultantes, a solicitud de Prophar<sup>111</sup>. La Demandante tampoco se quejó inicialmente acerca del nombramiento del Sr. Cabrera en el que se siguió el mismo proceso que en el nombramiento del Sr. De León. De hecho, el nombramiento del Sr. Cabrera se hizo en respuesta a una solicitud de la Demandante y en conformidad con un procedimiento

---

<sup>109</sup> Dúplica de Ecuador, ¶¶ 528-553; Memorial de Contestación de Ecuador, ¶¶ 460-482; Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 2 (17 de marzo de 2015), 12:12 – 14:4.

<sup>110</sup> Memorial de la Demandante, ¶¶ 86-87.

<sup>111</sup> *Id.*, ¶ 103 (donde se cita Informe de Ignacio de León, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (17 de febrero de 2010), p. 98 (C-24)); véase también Petición de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (13 de mayo de 2011), pp. 1-3 (C-40).

solicitado por la Demandante<sup>112</sup>.

55. La Demandante sugirió primero que la Corte obtuviese la lista de candidatos idóneos generada por la Asociación de Bancos Privados<sup>113</sup>. La Corte accedió a esta solicitud. Debido a que la Asociación de Bancos Privados no envió ninguno de los nombres, la Demandante sugirió luego que la Corte buscara los nombres que tenía el Colegio de Contadores<sup>114</sup>. La Corte accedió una vez más a la solicitud de la Demandante y emitió una orden en la cual pidió que el Colegio de Contadores de Pichincha proveyese una lista de candidatos que sirvieran como peritos en daños<sup>115</sup>. El Colegio de Contadores recomendó tres nombres, siendo el Sr. Cabrera el primero de la lista<sup>116</sup>. Sin lugar a dudas, el Sr. Cabrera fue nombrado inicialmente en respuesta a la solicitud de Merck y de acuerdo al proceso que Merck propuso y aprobó<sup>117</sup>.

56. Sin embargo, la Demandante desistió posteriormente de su solicitud de que se hiciera que el Sr. Cabrera presentase un informe sobre daños porque estaba conforme con los resultados del informe presentado por el Sr. De León<sup>118</sup>, quien había concluido que Merck no era responsable y por tanto se abstuvo de calcular la indemnización por daños y perjuicios<sup>119</sup>. Una vez más, la corte accedió a la solicitud de MSDIA<sup>120</sup>.

---

<sup>112</sup> Orden de la Corte, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (3 de febrero de 2010) (C-254). Informe Pericial del Dr. Jaime Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 43(d) (en lo sucesivo, “Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014)”).

<sup>113</sup> Escrito de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (10 de junio de 2009), p. 3 (C-185).

<sup>114</sup> Petición de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (5 de enero de 2010) (R-81).

<sup>115</sup> Carta enviada por el Presidente del Colegio de Contadores Públicos de Pichincha al Tribunal de Apelaciones, *MSDIA v. NIFA*, Tribunal de Apelaciones (1 de febrero de 2010) (R-85).

<sup>116</sup> *Id.*

<sup>117</sup> Orden de la Corte, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (3 de febrero de 2010) (C-254). Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 43(d). Cuando el Sr. Cabrera fue nombrado por primera vez a solicitud de Merck, él ya estaba registrado en calidad de perito en el Consejo de la Judicatura. Véase Memorando enviado por Wilson Rosero Gómez (Jefe de Personal), a Iván Escandón (Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha) (31 de mayo de 2012), p. 2 (C-63). La acreditación del perito Cabrera se hizo en cumplimiento de la Resolución 42-09 de 15 de julio de 2009, expedida por el Plenario del Consejo de la Judicatura y publicada en el Registro Oficial 21 del 8 de septiembre de 2009.

<sup>118</sup> Petición de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (16 de abril de 2010) (C-26).

<sup>119</sup> Dúplica de Ecuador, ¶ 530.

<sup>120</sup> Orden, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (26 de abril de 2010) (C-256); Expediente Electrónico, Caso No. 2008-0421, *NIFA v. MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala de lo Civil y Mercantil (Tribunal de Segunda Instancia), Registro 200 (R-122) (Orden General de 26 de abril de 2010, “Se dejó a un lado a Cristian Augusta [*sic*] Cabrera Fonseca en calidad de perito”). Debe advertirse que se dejó a un lado al Sr. Cabrera

57. Prophar solicitó la opinión de otro perito sobre la cuantía apropiada de indemnización por daños, la cual continuó sin ser tratada. La Corte volvió a nombrar al Sr. Cabrera, quien ya estaba familiarizado con el caso, había sido recomendado por el Colegio de Contadores, y había sido aprobado previamente por ambas partes<sup>121</sup>. Dados los amplios poderes discrecionales de la Corte en estos asuntos, este nombramiento distó mucho de ser anómalo o incorrecto<sup>122</sup>.

**ii. El mecanismo que se empleó para nombrar nuevamente al Sr. Cabrera fue independiente de la Corte y de las Partes**

58. El proceso que se empleó para nombrar al Sr. De León y al Sr. Cabrera fue esencialmente el mismo. En su Memorial, la Demandante reconoce y describe este proceso como un procedimiento apropiado para el nombramiento de peritos en los tribunales ecuatorianos:

Under the rules of Ecuadorian procedure, a court may appoint experts to opine on specified issues at the request of a party. Generally, where possible, these court-appointed individuals have been “accredited” as experts in the relevant subject matter by the regional office of Ecuador’s Council of the Judiciary. If a party requests that the court appoint an expert in a subject matter for which there are no accredited experts, the court may seek recommendations from other bodies, such as a relevant Ecuadorian government ministry or trade association.<sup>123</sup>

[NT: De acuerdo a las normas procesales ecuatorianas, un tribunal podrá nombrar peritos para que opinen sobre cuestiones específicas a solicitud de una parte. En general, en lo posible, la Dirección Regional del Consejo de la Judicatura de Ecuador ha “acreditado” a estas personas nombradas por el tribunal como peritos en la materia pertinente. Si una parte solicitare que el tribunal nombre a un perito en una materia para la cual no exista ningún perito acreditado, el tribunal

---

a solicitud de Merck en abril de 2010, pese al hecho de que la corte ya había visto el informe del Dr. De León sobre daños que determinaba que no había razón para una indemnización por daños y perjuicios a favor de NIFA.

<sup>121</sup> Petición de NIFA, *MSDIA v. NIFA*, Tribunal de Apelaciones (5 de mayo de 2011) (C-39). Véase también Expediente Electrónico, Caso No. 2008-0421, *NIFA v. MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala de lo Civil y Mercantil (Tribunal de Segunda Instancia), Registro 344 (R-122) (Orden de Iniciar el Procedimiento) 10 de mayo de 2011).

<sup>122</sup> Cf. *Perenco Ecuador Ltd. v. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decisión interina sobre la Contrademanda Ambiental (11 de agosto de 2015) (Tomka, Kaplan, Thomas), ¶¶ 587-588 (RLA-222), en el cual el tribunal no estaba convencido de emitir una determinación definitiva sobre el grado de responsabilidad de la parte demandante basada en los informes periciales presentados por las partes y declaró que “su intención era nombrar a su propio perito independiente en materia ambiental”.

<sup>123</sup> Memorial de la Demandante, ¶ 85.



podrá buscar recomendaciones de otros organismos, como, por ejemplo, un ministerio del gobierno o una asociación comercial relevante de Ecuador.]

59. El reconocimiento de la Demandante del nombramiento y el empleo apropiado de peritos es crucial y contrasta con sus argumentos acerca del nombramiento del Sr. Cabrera.

60. El nombramiento de Cabrera fue independiente de la Corte porque el Colegio de Contadores sugirió su nombre a través del mecanismo propuesto por la Demandante. También fue independiente de ambas partes en el litigio: Merck nunca ha alegado que alguna de las partes tuviera alguna influencia en las sugerencias del Colegio de Contadores. Por consiguiente, el proceso no sólo fue normal como lo reconoce la Demandante sino que también fue independiente de la Corte y de las partes involucradas. Esto contradice la insinuación de la Demandante de que dicho nombramiento fuera “probablemente corrupto”.

### **iii. La Demandante nunca objetó la manera en que se nombró al Sr. Cabrera**

61. Cuando la Corte nombró inicialmente al Sr. Cabrera en calidad de perito, la Demandante no planteó ninguna preocupación acerca de su nombramiento. Incluso cuando se volvió a nombrar al Sr. Cabrera posteriormente, la Demandante no objetó la forma en la cual se recomendó su nombre.

62. Sin embargo, la Demandante se ha quejado acerca de las “razones” que el Tribunal de Apelaciones citara para volver a nombrar al Sr. Cabrera y sugiere que la Corte “cambió su justificación”<sup>124</sup>. La Dúplica de Ecuador explica que, al contrario de las alegaciones de la Demandante, no hubo ningún “cambio” en las razones para el nombramiento del Sr. Cabrera, mucho menos manipulación de las normas por parte de la Corte<sup>125</sup>. Conforme la Corte aclaró y corrigió sus declaraciones erróneas posteriormente<sup>126</sup>, ésta nombró al Sr. Cabrera en ejercicio de su potestad discrecional de nombrar peritos para que ayudasen a la corte, porque el Dr. De León “no cumplió el objetivo de la revisión pericial para el cual se le nombró”<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Véase Informe Pericial de Ortega (7 de agosto de 2014), ¶ 43(p).

<sup>125</sup> Dúplica de Ecuador, ¶¶ 533 *et seq.*

<sup>126</sup> *Id.*, ¶ 534.

<sup>127</sup> Orden de la Corte, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (10 de mayo de 2011) (C-39) (“aun cuando el perito Ignacio De León presentó su informe, el cual consta en la página 9247, él no cumplió la solicitud de la parte demandante, sino más bien indica que él contesta a una pregunta, lo que significa que no cumplió el objetivo de la revisión pericial para el cual fue nombrado. Por esta razón, y habiéndose tratado de una solicitud legítima, y

Este proceso no es ajeno a la mayoría de sistemas que se rigen bajo el *civil law*<sup>128</sup>.

63. No sorprende que la Corte haya expresado erróneamente las razones para el nombramiento de Cabrera en una de sus numerosas órdenes en este litigio voluminoso y sumamente complejo<sup>129</sup>. Tampoco su afirmación errónea, corregida posteriormente, hizo alguna diferencia. Conforme la CNJ enfatizó en su sentencia de 4 de agosto, no hubo nada incorrecto acerca del ejercicio de la Corte de su potestad de nombrar a un perito para que opinase sobre la indemnización por daños y perjuicios<sup>130</sup>. La CNJ explicó que la referencia del Tribunal de Apelaciones al Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que, en caso de que un juez no determine que un informe de un perito no es lo suficientemente claro, él está autorizado para nombrar [*sic*] otro informe pericial – fue simplemente un ejemplo de esta potestad:

The inclusion of Article 262 was not precisely due to the fact that the Court of Appeals chose to appoint an expert *sua sponte*, but rather it provides further grounds and more support for the decision to appoint the expert based on the plaintiff's request for evidence, and with regard to the search for the truth in a proceeding, it could have been done “even *sua sponte*”<sup>131</sup>,

[NT: La inclusión del Artículo 262 no se debió precisamente al hecho de que el Tribunal de Apelaciones optara por nombrar a un perito *sua sponte*, sino más bien a que éste proveyó razones adicionales y sustento adicional para la decisión de nombrar al perito con base en la solicitud de pruebas de la parte demandante, y con respecto a la búsqueda de la verdad en un procedimiento, el Tribunal podía haberlo hecho “incluso *sua sponte*”, y fue incluso en respuesta a una solicitud hecha con oportunidad.

64. Por consiguiente, la Demandante no ha logrado demostrar ninguna irregularidad en el nuevo nombramiento del Sr. Cabrera, bien sea ante este Tribunal o ante la CNJ. Por esta razón, no puede impugnarse que la CNJ se basara en el informe resultante de este nuevo

---

puesto que se le ordenó en el párrafo j). de la Orden de la Corte del día viernes 5 de junio de 2009 a las 5:18 p.m., *la Sala nombra al Sr. Cristian Augusto [sic] Cabrera Fonseca [...]*”).

<sup>128</sup> Por ejemplo, en Alemania y Francia, el tribunal nombró a peritos para que ayudasen en su determinación de los hechos. Véase *v.g.*, Código de Procedimiento Civil Alemán (10 de octubre de 2013), Sección 404 (Selección del perito), *disponible en* [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html#p1642](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p1642). Véase en general B. Turner, *Expert Evidence in France, Germany, Italy, Spain and the Netherlands* (septiembre de 2009) (R-217).

<sup>129</sup> Dúplica de Ecuador, ¶¶ 541-542.

<sup>130</sup> Véase Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), p. 35 (R-223).

<sup>131</sup> *Id.*, p. 35-36.

nombramiento.

**c. La Demandante no ha demostrado que hubiera alguna base sobre la cual la CNJ pudiera dudar de los conocimientos y experiencia del Sr. Cabrera como perito en daños**

65. La Demandante tampoco ha demostrado que exista alguna base para dudar de que el Colegio de Contadores considerara que el Sr. Cabrera tenía la experiencia y conocimientos especializados que lo acreditaran para la tarea para la cual se le solicitó recomendarse a peritos. Al momento de su nombramiento, ni la Corte ni las partes estaban preocupadas por su acreditación por parte del Consejo de la Judicatura, porque sencillamente dicha acreditación no es un requisito previo para que fuese un perito nombrado por la corte<sup>132</sup>. Cuando el Sr. Cabrera presentó su informe a consideración, él estaba en realidad acreditado por el Consejo de la Judicatura en calidad de perito en el “cálculo de daños y perjuicios, daños incidentales o emergentes, y lucro cesante, contabilidad, finanzas y tributación”<sup>133</sup>. Pero ésta no es la razón por la cual se nombró al Sr. Cabrera.

66. Aun cuando la Demandante objetó las razones por las cuales se volvió a nombrar al Sr. Cabrera<sup>134</sup>, aquélla no atacó las credenciales del Sr. Cabrera sino una vez que él emitiera su informe el 21 de junio de 2011<sup>135</sup>. En su escrito de 15 de julio de 2011, la Demandante argumentó que el Sr. Cabrera “sólo tiene las credenciales necesarias para que se le considere perito en contabilidad y auditoría”, sin ninguna explicación en cuanto a por qué él no estaba por lo tanto acreditado para ejecutar la tarea asignada por la Corte<sup>136</sup>.

67. En realidad, la Demandante no planteó ninguna cuestión ante el Colegio de Contadores acerca de la base para su evaluación de que el Sr. Cabrera poseía los conocimientos y experiencia especializados para cumplir la tarea descrita por la Corte. Y, hasta la fecha, la Demandante tampoco ha dado alguna explicación para no hacerlo.

68. Desde luego, conforme se conoce bien ahora, el abogado de la defensa de la

---

<sup>132</sup> Memorial de la Demandante, ¶ 85.

<sup>133</sup> Certificado de Acreditación en calidad de Perito No. 268, expedido al Sr. Cabrera Fonseca Cristian Augusto (25 de enero de 2011) (R-218).

<sup>134</sup> Petición de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (13 de mayo de 2011) (C-40).

<sup>135</sup> Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (21 de junio de 2011) (C-42).

<sup>136</sup> Petición de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (15 de julio de 2011), p. 8 (C-267).

Demandante en el lugar sí se quejó ante la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura para objetar *su* acreditación del Sr. Cabrera, aun cuando las credenciales del Consejo de la Judicatura no estuvieron implicadas de ninguna manera en el nombramiento del Sr. Cabrera. En realidad, el informe del Director Provincial de Pichincha con respecto a la acreditación del Sr. Cabrera se notificó al Sr. Alejandro Ponce<sup>137</sup>. Además, y como algo curioso, el Sr. Marcelo Santamaría Martínez, segundo abogado local de la defensa de la Demandante, estuvo presente en la llamada telefónica posterior realizada por el Asesor Jurídico de la Judicatura al Sr. Cabrera para informar a este último que se hizo un cambio en sus credenciales donde ahora se decía “contabilidad y auditoría”<sup>138</sup>. En su informe de enero de 2012, el Director Provincial de Pichincha concluyó que el Sr. Cabrera tenía credenciales suficientes para prestar servicios en calidad de perito en “contabilidad y auditoría” únicamente, y no en daños<sup>139</sup>. Posteriormente, el Consejo Nacional de la Judicatura corrigió la renovación de su certificación de modo que ésta se refiriese a contabilidad y auditoría únicamente.

69. Sin embargo, el hecho de que la acreditación del Consejo de la Judicatura al Sr. Cabrera se limitara posteriormente a contabilidad y auditoría no establece que él careciera de los conocimientos y experiencia pertinentes para ejecutar la tarea y ciertamente ni siquiera sugiere una incorrección en la determinación del Colegio de Contadores en el sentido de que él tuviera dicha limitación.

70. De hecho, la Demandante no ha aportado ninguna prueba de que el Sr. Cabrera careciera de la preparación académica y experiencia especializada apropiadas: Él era contador con un título que se consideró pertinente para la experticia en daños<sup>140</sup>, y llegó recomendado por el Colegio Nacional de Contadores. Una cuestión importante es que en *ninguno de los informes presentados por la Demandante* para criticar el informe del Sr. Cabrera, ninguno de los “peritos” propios de la Demandante cuestiona la idoneidad de la preparación y experiencia del Sr. Cabrera. Y la propia Demandante reconoció que la

---

<sup>137</sup> Véase Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha (26 de enero de 2012) (C-58).

<sup>138</sup> Memorando enviado por Wilson Rosero Gómez, Jefe de Personal, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha (31 de mayo de 2012) (C-63).

<sup>139</sup> Véase Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha (26 de enero de 2012) (C-58).

<sup>140</sup> Véase *id.*

acreditación no fue un requisito para su nombramiento como perito en daños<sup>141</sup>.

71. Resulta irónico que, en apoyo a su crítica al informe del Sr. Cabrera, Merck presentara dos declaraciones juradas de Walter Spurrier Baquerizo y Alberto Acosta Burneo “que daban fe de los errores de la revisión pericial de [el Sr. Cabrera]”<sup>142</sup>. Sin embargo, precisamente ninguno de estos caballeros ha sido acreditado alguna vez por el Consejo de la Judicatura en calidad de peritos en ningún campo<sup>143</sup>.

72. Incluso es más elocuente que, aun cuando el Sr. Carlos Montañez, cuyo informe fue incorporado al litigio por la Demandante para identificar “errores esenciales” en el informe del Sr. Cabrera, sí tenía una acreditación del Consejo de la Judicatura, la cual se limitaba a “contabilidad y auditoría”, la misma limitación a la acreditación del Sr. Cabrera que la Demandante buscó plantear después que él emitiera su informe. La solicitud de acreditación del Sr. Montañez revela que él no solicitó ni demostró ninguna otra base para la cualificación en calidad de perito en daños y perjuicios / lucro cesante<sup>144</sup>. Por consiguiente, el “perito” propio de la Demandante, Sr. Montañez, no tenía ninguna preparación o acreditación superior para reclamar mayor credibilidad que el Sr. Cabrera. Y, no obstante, la Demandante afirmó ante la corte y este Tribunal que ellos podían basarse en él como la persona que reunía las condiciones que la acreditaban para ocuparse de los daños por lucro cesante. Dadas las circunstancias, no cabe duda alguna de que la CNJ estaba justificada en aceptar las cualificaciones equivalentes del Sr. Cabrera<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> Memorial de la Demandante, ¶¶ 85-87.

<sup>142</sup> Escruti de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (15 de julio de 2011), p. 31 (C-267).

<sup>143</sup> Véase Carta enviada por Connie Frías Mendoza (Consejo de la Judicatura), a la Dra. Blanca Gómez de la Torre (Procuraduría General del Estado Ecuatoriano) (R-228) (“Con respecto al Sr. Walter Spurrier y Sr. Alberto Acosta, no existe ningún expediente en la base de datos de peritos acreditados por el Consejo de la Judicatura”.); Véase Oficio No. CJ-DP09-JAU-160-2016-O (14 de septiembre de 2016) enviado por el Sr. Julio Aguayo Urgilés (Director Provincial del Guayas, Consejo de la Judicatura), a la Dra. Aida García Berni (Directora Encargada del Sistema Nacional de Peritos, Consejo de la Judicatura) y documentos adjuntos (20 de septiembre de 2016), en Memorando No. CJ-DP09-COA-128-2016-MLG (14 de septiembre de 2016) (R-225).

<sup>144</sup> Véase Carta No. CJ-DP09-JAU-160-2016-O (14 de septiembre de 2016) enviado por el Sr. Julio Aguayo Urgilés (Director Provincial del Guayas, Consejo de la Judicatura), a la Dra. Aída García Berni (Directora Encargada del Sistema Nacional de Peritos, Consejo de la Judicatura) y documentos adjuntos (20 de septiembre de 2016), en Memorando No. CJ-DP09-COA-128-2016-MLG (14 de septiembre de 2016) (R-225). (“La fecha de su acreditación es el 24 de noviembre de 2015, válida hasta el 24 de noviembre de 2017, especialidad CONTABILIDAD Y AUDITORÍA, Contador Público [...]”); véase también documentos adjuntos.

<sup>145</sup> La oportunidad del argumento de Merck de que la acreditación del Sr. Cabrera dio lugar a preocupaciones (pese a que ésta era completamente irrelevante para su nombramiento) se destaca por el hecho de que el nombramiento del Sr. De León no se fundamentó en su acreditación ante el Consejo de la Judicatura ni en los conocimientos o

73. En síntesis, la Demandante no ha demostrado que existiera alguna base sobre la cual la CNJ pudiera dudar de las cualificaciones del Sr. Cabrera en calidad de perito en daños.

**d. El tratamiento de la Corte al Informe Cabrera fue apropiado**

74. No obstante la aseveración de la Demandante en contrario<sup>146</sup>, la CNJ sí llevó a cabo su propia evaluación del informe Cabrera, el único informe de los peritos nombrados por la corte que calculó los daños, en cumplimiento de sus responsabilidades<sup>147</sup>. Lo dicho se evidencia por la descripción de la CNJ de la base para su consideración, la cual incluye que: el informe “estableció el método que había de usarse para calcular la indemnización, con base en las Normativas sobre las Buenas Prácticas de Fabricación para la Industria Farmacéutica”, y las pruebas que constan en el expediente<sup>148</sup>; “[e]ntre los aspectos más importantes, el informe pericial tomó en cuenta: los costes directos de la producción, las materias primas, la mano de obra, los costes indirectos de fabricación, el capital de trabajo, el punto de equilibrio y el índice de inflación provistos por el INEC”<sup>149</sup>; en lo que concierne a los cálculos de las proyecciones de ventas, “el informe pericial tomó en cuenta la IMS Health Database, un proveedor mundial de inteligencia de [mercado] en la industria farmacéutica y de atención de la salud”<sup>150</sup>. Con respecto al “lucro cesante” y el marco de tiempo de 15 años, la CNJ destacó que ésta calculó este rubro “debido a que la parte demandante no ha podido ingresar al mercado nacional”, después del fracaso de la negociación con Merck<sup>151</sup>. Explicó además que el Sr. Cabrera dedujo los costes de producción previstos de la proyección de ventas, lo que dio un lucro cesante total de USD 204 millones. La CNJ prosiguió así durante todo el proceso de su propia apreciación del informe del Sr. Cabrera.

---

experiencia especializados en daños. No obstante, Merck ha apoyado con vehemencia el informe del Sr. De León tanto sobre cuestiones antimonopolio como sobre la determinación de ausencia de daños y perjuicios.

<sup>146</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), p. 4.

<sup>147</sup> Conforme se estableció en presentaciones previas de Ecuador y que no han sido refutadas por Merck, la Corte Nacional de Justicia no puede admitir nuevas pruebas generadas por las partes, sino que evaluará de manera independiente las pruebas en el expediente. Véase Dúplica de Ecuador, ¶ 457. La CNJ ejerce la discreción al evaluar todas las pruebas en el expediente, incluidos los informes de peritos nombrados por la corte. Véase *id.*, ¶¶ 404-411.

<sup>148</sup> Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), p. 36 (R-223).

<sup>149</sup> *Id.*

<sup>150</sup> *Id.*

<sup>151</sup> *Id.*

75. La CNJ indicó que “el informe pericial es el elemento de prueba máximo al cual pueden agregarse los hechos probados que conducen a la determinación de responsabilidad precontractual, responsabilidad extracontractual, que surgen de los hechos que se plantean en la reclamación. El informe pericial ha sido cualificado, es decir, evaluado y admitido por los jueces de primera instancia, y no es factible calificarlo una vez más en este momento, aunque esto no impide que se lo revise a la luz de la cuestión que Merck Sharp & Dohme impugna en la página 177 del texto de la petición de acuerdo a una razón que se encuentra en el Artículo 3 de la Ley de Casación [...]”<sup>152</sup>.

76. La CNJ también tomó en cuenta las declaraciones del Sr. Montañez, Sr. Spurrier y Sr. Acosta, contratados y a órdenes de Merck para que criticasen el informe del Sr. Cabrera, que también constan en el expediente<sup>153</sup>. Pero la corte no designó a ninguna de estas personas y, por tanto, no se las podía considerar como “peritos” (*experts*)<sup>154</sup>, y, por consiguiente, la Corte no podía considerar o tratar sus declaraciones juradas como “informes periciales”<sup>155</sup>.

77. En síntesis, el informe del Sr. Cabrera fue el único informe de un perito nombrado por

---

<sup>152</sup> *Id.*, p. 37 (Traducción del Abogado de la Defensa de la República del Ecuador). La traducción de la Demandante al inglés de esta parte de la decisión traduce erróneamente “volverlo a calificar” como “*reassess*” en la frase “*sin que sea factible en este momento volverlo a calificar*”. La diferencia es importante porque la traducción de la Demandante “*it is not feasible at this time to reassess it*” implica incorrectamente que la CNJ no tuvo la potestad para evaluar el informe de manera independiente, o se rehusó a hacerlo. Con este juego de mañas en la traducción, Merck busca plantear su argumento de que la CNJ no evaluó por su cuenta el informe. Esta distorsión también se ve desmentida por el énfasis de la CNJ en que el hecho de que se admitiera correctamente el informe no “impide que se lo revise a la luz de” la impugnación de Merck al informe sobre la base de que debió haberse limitado el lucro cesante a un 20%. *Id.*

<sup>153</sup> *Id.*, p. 30.

<sup>154</sup> En el procedimiento ecuatoriano, las partes no pueden presentar a sus propios “peritos” ante el tribunal. De acuerdo al Código de Procedimiento Civil vigente en ese momento, si una parte deseara tener un perito en una materia, tendría que solicitar al tribunal que hiciera el nombramiento (el cual en este caso fue hecho por Merck y Prophar); el tribunal también puede nombrar peritos *ex officio*. Véase Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano (24 de noviembre de 2011), Artículos 252, 253, 254 (RLA-107(ter)). La persona nombrada tiene que ser juramentada luego por el Tribunal (Véase *id.*, Artículo 256) y sólo después de esa juramentación dicha persona pasa a ser un perito (“*expert*”) autorizado para presentar un informe pericial en el caso (Véase *id.*, Artículos 253, 256). Las actividades del *perito* están sujetas al control del tribunal, no de la parte, y el informe deberá presentarse ante el tribunal – no a la parte – dentro del marco de tiempo que el tribunal determine (Artículo 254).

<sup>155</sup> Esta práctica, una vez más, no es ajena a otras jurisdicciones bajo el régimen del *civil law*. Por ejemplo, en Alemania, en los procesos civiles, el tribunal nombra a los “peritos” para que ayuden al tribunal, pero las partes pueden presentar sus propias pruebas periciales. El informe del perito nombrado por el tribunal es una de las formas de las pruebas escritas admisibles bajo el Código Civil Alemán, y se considera que son la forma más poderosa de pruebas civiles. Al contrario, un informe pericial privado es prueba documentaria únicamente y “podrá admitirse como prueba pericial sólo en circunstancias excepcionales y sólo con el consentimiento de ambas partes”. Véase European Judicial Network in Civil and Commercial Matters, Taking Evidence - Germany, Section 2.4, disponible en [https://e-justice.europa.eu/content\\_taking\\_of\\_evidence-76-de-maximizeMS\\_EJN-en.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_taking_of_evidence-76-de-maximizeMS_EJN-en.do?member=1) (donde se cita el Código de Procedimiento Civil Alemán (10 de octubre de 2013), Secciones 402-414, disponible en [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html#p1642](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p1642) (R-219).

la corte que constaba en el expediente en cuestiones relativas a los daños; era por lo tanto la prueba más poderosa en el expediente sobre esta cuestión. Al contrario, Merck aportó las declaraciones del Sr. [Montañez, Sr. Spurrier y Sr. Acosta, y no tuvieron el mismo peso que el informe pericial del Sr. Cabrera<sup>156</sup>. Al respecto, la función del Tribunal no es cuestionar la estructura del sistema judicial ecuatoriano<sup>157</sup>. El Tribunal tampoco está en la posición o tiene “competencia para volver a examinar y valorar de nuevo” las pruebas en las cuales la CNJ se basó para su determinación de los daños<sup>158</sup>.

78. Además, al contrario del argumento de la Demandante en el sentido de que la CNJ “adoptara las conclusiones del Sr. Cabrera, restableciendo así la manifiesta injusticia resultante de que el Tribunal de Apelaciones se basara en el informe Cabrera”<sup>159</sup>, la CNJ no aceptó los cálculos de Cabrera en general. Primero, al igual que la decisión previa de la CNJ<sup>160</sup>, la sentencia de agosto de 2016 no tomó en cuenta el cálculo de Cabrera en cuanto a los daños al pueblo ecuatoriano porque los daños no estaban justificados en este caso<sup>161</sup>. Segundo, si bien la CNJ destacó que el informe Cabrera era “un elemento de prueba fundamental, y no había ninguna justificación razonable para reducir el monto” calculado por Cabrera”, ésta sí determinó que los cálculos de Cabrera contenían un error debido a que éste no aplicó la Ley No. 2000-12<sup>162</sup>, la cual fijaba límites superiores para los beneficios en la industria farmacéutica. La CNJ procedió a corregir los cálculos del Sr. Cabrera y limitó la cantidad de lucro cesante que podía otorgarse a Prophar a un 20% del monto de lucro cesante

---

<sup>156</sup> Además, a simple vista, el informe del Sr. Montañez no es más confiable que el del Sr. Cabrera. En el informe mismo que Merck presentó ante el Tribunal de Apelaciones, existe un comentario incompleto que se ha dejado accidentalmente en el margen, en el que se lee: “Las discrepancias con respecto a los datos en Spurrier. Necesario confrontar porque [...]”. Cuando se comparan los números que el Sr. Montañez alega que PROPHAR declaró a las autoridades tributarias ecuatorianas con las cifras declaradas en Spurrier [sic] para los mismos años, en realidad existen discrepancias significativas. *Compárese* Informe de Carlos Montañez Vásquez, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones (15 de julio de 2011), p. 18 (Español) (C-44) *con* Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, p. 18 (C-21) (Inglés). Por consiguiente, incluso si se pudiera tratar el informe del Sr. Montañez como un informe de un perito nombrado por el tribunal, éste suscitó dudas en cuanto a su confiabilidad.

<sup>157</sup> Véase *Philip Morris v. Uruguay*, Laudo (8 de julio de 2016), ¶ 528 (RLA-214) (“[L]os tribunales arbitrales no deben actuar como tribunales de apelación para determinar una denegación de justicia, mucho menos como órganos encargados de mejorar la arquitectura judicial del Estado”).

<sup>158</sup> Véase *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Laudo, ¶ 485 (8 de abril de 2013) (Cremades, Hanotiau, Knieper) (RLA-120).

<sup>159</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), p. 4.

<sup>160</sup> CNJ decision, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (10 de noviembre de 2014), p. 88 (R-194).

<sup>161</sup> Véase Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), p. 37-38 (R-223).

<sup>162</sup> *Id.*, p. 37.



calculado por Cabrera (es decir, USD 204'150.990,46), calculando que éste era de USD 41'916.571,60 más los daños y perjuicios reales incurridos por Prophar en conexión con las negociaciones fallidas, los cuales de acuerdo al informe de Cabrera totalizaban USD 50.000.

79. De hecho, la Demandante no menciona que en realidad ésta solicitó una reducción de los daños en un 75%, argumentando que el techo aplicable era de un 25%<sup>163</sup>. Pero la CNJ aplicó el porcentaje legalmente correcto de 20%, considerando que Prophar era fabricante, no vendedor. La Demandante no reconoce que, al aplicar el porcentaje correcto, la CNJ le ahorró hasta 10 millones de dólares de los EE.UU. Sin embargo, la Demandante sí reconoció que este ajuste fue una “desviación significativa” del cálculo de daños del Tribunal de Apelaciones<sup>164</sup>.

80. En síntesis, el tratamiento que la CNJ dio al informe Cabrera fue medido y analizado cuidadosamente. No puede decirse con propiedad que algo en ese tratamiento haya sido arbitrario o indignante.

#### e. Conclusión

81. Para que exista una denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional, debe haber “*prueba clara de . . . defecto flagrante del sistema judicial*”<sup>165</sup>. El hecho de que el tribunal se basara en el único informe sobre daños del perito nombrado por la corte no llega al nivel de un “defecto atroz del sistema judicial”. Conforme se demostró anteriormente, no hubo nada irregular, mucho menos corrupto, en el proceso que condujo al nombramiento del Sr. Cabrera. En cuanto a sus conocimientos y experiencia pertinentes, la Demandante no ha podido demostrar que su acreditación por parte del Consejo de la Judicatura fuera pertinente para su nombramiento (aun cuando él estuvo acreditado en el tiempo que entregó su informe). Además, ninguno de los “peritos” de la Demandante poseía un nivel más alto de cualificaciones o acreditación. La CNJ revisó el informe del Sr. Cabrera y corrigió lo que determinó era un error en el porcentaje aplicable para el margen de beneficios.

82. Se exige “un *alto estándar de la prueba* para determinar una denegación de justicia debido a la gravedad de una acusación que condene al sistema judicial del Estado como

---

<sup>163</sup> Véase Petición de Casación de MSDIA, *NIFA v. MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, ¶ 150, fn. 46 (C-198).

<sup>164</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (15 de agosto de 2016), p. 3.

<sup>165</sup> *Philip Morris v. Uruguay*, Laudo (8 de julio de 2016), ¶ 500 (RLA-214) (énfasis agregado).

tal”<sup>166</sup>. La Demandante no ha aportado la clase de prueba que se requeriría para demostrar que el sistema judicial del Estado haya cometido una falla “atroz” por basarse – y corregir – un informe pericial emitido por un perito en daños nombrado por la corte. La apreciación de daños corregida que hizo la CNJ simplemente no llega al nivel de “falla atroz”; tampoco ofende a “un sentido de decoro judicial”.

**4. Merck [] no ha alegado que la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 estuviera manchada por la corrupción o la parcialidad, y sus insinuaciones vagas de que los jueces de la CNJ fueran de algún modo intimidados por “amenazas” de sanciones no pueden servir para demostrar una denegación de justicia**

83. El ataque final de Merck contra la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 en sus cartas de agosto dirigidas al Tribunal puede rechazarse de manera diligente. Merck asevera que las “amenazas” de la decisión de la Corte Constitucional en enero de 2016 con respecto a sanciones penales a los Jueces Adjuntos de la CNJ de acuerdo al Artículo 86(4) de la Constitución de Ecuador tuvieron en ellas algún “efecto deseado”, “al inducirles (en violación adicional de los derechos de MSDIA al debido proceso) a anteponer sus propios intereses personales en evitar esas sanciones a los intereses de los litigantes en el caso”<sup>167</sup>. Se presupone que Merck quiere decir que los Jueces Adjuntos de la CNJ fueron intimidados por la Corte Constitucional y, por tanto, cometieron los demás supuestos errores en los cuales Merck se basa; es decir, que la Decisión de la CNJ “ratifica la sentencia del tribunal de apelaciones [...] en los aspectos más sustanciales” porque “rechazó las razones de MSDIA para casación que [la] impugnaron”<sup>168</sup>, “no evaluó de manera independiente las pruebas en el expediente, sino más bien aceptó por completo las determinaciones probatorias del tribunal de apelaciones”<sup>169</sup> y no “criticó la decisión del Tribunal de Apelaciones de [...] dar crédito al informe [Cabrera]”<sup>170</sup>.

84. De hecho, el expediente revela directamente lo contrario, en tres resultados fundamentales. Primero, como Ecuador ha demostrado ya, no existe nada inusual acerca de la referencia de la Corte Constitucional al Artículo 86(4) de la Constitución de Ecuador.

---

<sup>166</sup> *Id.*, ¶ 499 (énfasis agregado).

<sup>167</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>168</sup> *Id.*, p. 1-2.

<sup>169</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>170</sup> *Id.*, p. 4.

Conforme ha testificado el perito de Ecuador, Profesor Juan Francisco Guerrero del Pozo, el propósito de esa disposición es garantizar el derecho constitucional a la protección judicial efectiva de las personas en Ecuador, y la Corte Constitucional lo cita con frecuencia en sus decisiones<sup>171</sup>. Además, esa instrucción no es nada excepcional según la legislación ecuatoriana, la cual dispone que la determinación del alcance de las sentencias de los tribunales exige que se considere tanto su parte operativa como su razonamiento, un principio que se ha aplicado de manera sistemática en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y se aplicaría incluso si la Corte Constitucional no se hubiera referido expresamente a éste<sup>172</sup>. Por consiguiente, es muy improbable que los Jueces Adjuntos de la CNJ hayan entendido la referencia que hizo la Corte Constitucional al Artículo 86(4) de la Constitución como una indicación sobre cómo ellos debían decidir el caso o se hayan sentido “amenazados” por ésta.

85. Segundo, las palabras de los Jueces Adjuntos de la CNJ corroboran que, de hecho, ellos no tomaron la mención de la Corte Constitucional al Artículo 86(4) de la Constitución como una “amenaza”. El único contexto en el cual, en su decisión de agosto de 2016, los Jueces Adjuntos tienen que ver con la referencia de la Corte Constitucional a esa disposición concierne a la notificación que les hiciera el Procurador General del Estado sobre el texto de las “Órdenes” en la Decisión de este Tribunal sobre Medidas Interinas de marzo de 2016<sup>173</sup>. En ese contexto, los Jueces Adjuntos adoptan la posición inequívoca de que, en “el ejercicio de su facultad judicial” de decidir las apelaciones de Prophar y de Merck, ellos están “sujetos sólo a la Constitución, los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos y la ley”; que “ningún funcionario gubernamental *que sea parte del Poder Judicial en sí mismo* puede interferir con la jurisdicción de” ningún otro funcionario del poder judicial; y que en ejercicio de su autoridad “ellos serán independientes *incluso con respecto a los demás organismos del Poder Judicial*”<sup>174</sup>. Lejos de la intimidación, las declaraciones de los Jueces Adjuntos de la CNJ demuestran la rotunda oposición a la referencia de la Corte Constitucional al párrafo 4 del Artículo 86 de la Constitución.

86. Por último, como ya se demostró, la referencia de la Corte Constitucional al Artículo 86(4) de la Constitución no tuvo ninguno de los efectos en los Jueces Adjuntos de la CNJ que

---

<sup>171</sup> Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016), ¶¶ 41, 43.

<sup>172</sup> *Id.*, ¶¶ 35-38 y las disposiciones de la legislación ecuatoriana que allí se citan.

<sup>173</sup> Véase Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), pp. 3-4 (R-223).

<sup>174</sup> *Id.*, pp. 4 (énfasis agregado).

Merck ha insinuado. Esa referencia no les impidió que anulasen la decisión del Tribunal de Apelaciones en su totalidad. No disminuyó la fuerza de su análisis y ponderación de las pruebas realizados de manera independiente para emitir una nueva sentencia cuando hallaron a Merck culpable con respecto a Prophar no por razones de defensa de la competencia, sino basados por completo en un ilícito no intencional en los términos de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil de Ecuador. Y esa referencia no impidió que los Jueces Adjuntos de la CNJ evaluaran el informe Cabrera y, en una medida que excedió la solicitud de Merck en su petición de casación para obtener una reducción del 75% del lucro cesante, disminuyó el lucro cesante calculado en ese informe en un 80%.

87. Merck no ha alegado ninguna corrupción, de la naturaleza que fuere, por parte de ninguno de los Jueces Adjuntos de la CNJ que emitieron la Decisión de la CNJ de agosto de 2016, y sus esfuerzos destinados a implicar que ellos fueran intimidados de algún modo para que “violasen los derechos de Merck al debido proceso”<sup>175</sup> fracasa[n].

88. En resumen, en la medida que Merck trata de que sus supuestos defectos en la Decisión de la CNJ de agosto de 2016 hayan constituido una denegación de justicia u otra violación del TBI entre Ecuador y los EE.UU., esos reclamos deben ser rechazados por falta de mérito.

#### **IV. LA DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE 20 DE ENERO DE 2016 NO DENEGÓ JUSTICIA A MERCK**

##### **A. La admisión de la Corte Constitucional de la segunda AEP de Prophar no fue una denegación de justicia**

89. En su carta de 14 de mayo de 2015, la Demandante argumentó que la admisión de la Corte Constitucional de la segunda AEP de Prophar fue infundada porque la Corte Constitucional no logró identificar la “grave violación de derechos constitucionales [de Prophar] que se requiere para una admisión de acuerdo a las leyes ecuatorianas”<sup>176</sup>. Sobre esa base, la Demandante argumentó que la admisión de la segunda AEP de Prophar “confirma la incapacidad o renuencia de Ecuador para otorgar justicia imparcial y su omisión en proveer medios efectivos para que MSDIA hiciera respetar sus derechos legales”<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (10 de agosto de 2016), p. 6.

<sup>176</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (14 de mayo de 2015), p. 2.

<sup>177</sup> *Id.*

90. Sin embargo, lo que la Demandante no informó al Tribunal es que – pese al hecho de que la Demandante planteara objeciones a la admisibilidad de la primera AEP de Prophar – aquella no cuestionó si la Corte Constitucional debía admitir la segunda AEP de Prophar<sup>178</sup>. La Demandante tuvo la oportunidad de hacerlo, pues recibió notificación oportuna de que Prophar estaba interponiendo una AEP<sup>179</sup>. No obstante, una vez más, la Demandante no ejerció sus derechos en el sistema jurídico y judicial ecuatoriano.

91. Además, al contrario de lo que la Demandante ha sugerido, el límite para la admisibilidad de una AEP es bajo de acuerdo a la ley ecuatoriana. Conforme la Corte Constitucional ha explicado, una decisión de *no* admitir una AEP “es un asunto excepcional; es decir, debería ocurrir sólo cuando es imposible que el juez corrija los requisitos mínimos de contenido de la reclamación”<sup>180</sup>. Y, conforme explica adicionalmente el perito en Derecho Constitucional de Ecuador, Profesor Juan Francisco Guerrero, la decisión de si se debe admitir una reclamación es técnica por naturaleza, en la cual la Corte Constitucional únicamente verifica si la reclamación reúne los requisitos del Artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales<sup>181</sup>. El procedimiento de admisibilidad no incluye un análisis o decisión de la Corte Constitucional en lo tocante a la existencia de una violación de un derecho fundamental, y la “negativa a admitir se aplica cuando la reclamación o solicitud no cumple con los prerrequisitos que exige el Artículo 62 y cuando no se puede remediar el defecto”<sup>182</sup>. El Profesor Guerrero y el testigo de la Demandante, Profesor Oyarte, están de acuerdo sobre este punto<sup>183</sup>. El límite para la admisibilidad es por lo tanto únicamente que una AEP establezca *prima facie* una violación constitucional.

92. La caracterización que la Demandante hace de la admisión de la Corte Constitucional

---

<sup>178</sup> El Profesor Oyarte admitió en la audiencia en Londres de marzo de 2015 que una parte que se oponga a una AEP puede “presentar alegaciones [de inadmisibilidad] y el tribunal las aceptará basado en el Artículo 2 de la Ley Orgánica[]”. Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 3 (18 de marzo de 2015), p. 81 (Oyarte).

<sup>179</sup> Orden de la Corte Nacional de Justicia (14 de enero de 2015) (R-205).

<sup>180</sup> Sentencia de la Corte Constitucional No. 102-13-SEP-CC expedida en el Caso No. 0380-10-EP, publicada en el Registro Oficial No. 152 de 27 de diciembre de 2013 (FG-55(bis)).

<sup>181</sup> Primer Informe Pericial sobre derecho Ecuatoriano de Juan Francisco Guerrero del Pozo (25 de febrero de 2014) (“Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014)”), ¶¶ 27-28.

<sup>182</sup> Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014), ¶ 27 (donde se menciona el Artículo 12, segundo inciso de las Normas para Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional).

<sup>183</sup> *Id.*; Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 3 (18 de marzo de 2015), p. 123:21-24 (Oyarte) (“P: [] ¿se solicita a la división de admisiones que decida sobre la pertinencia del argumento? ¿Se le solicita más bien que verifique este argumento? R: Sí, sin tomar en cuenta los hechos”) (énfasis agregado).

de la segunda AEP de Prophar como “incluso otro medio para las denegaciones de justicia” se basa al parecer en su aseveración de que la Corte Constitucional “simplemente aseveró que [Prophar] había alegado una demanda constitucional con apariencia de legalidad sin siquiera pretender identificar la ‘grave violación’ de los derechos constitucionales [de Prophar] que se requiere para la admisión según las leyes ecuatorianas”<sup>184</sup>. Sin embargo, Prophar aseveró en su segunda AEP que la sentencia impugnada de la CNJ “no tenía el debido razonamiento legal, basada en que carecía de sentido común porque no existía la conexión apropiada entre la norma jurídica invocada, el antecedente fáctico registrado en el caso y la adaptación de dicho antecedente fáctico a la norma jurídica”<sup>185</sup>. No existe ninguna base para que este Tribunal concluya que esta alegación no cumpla con los requisitos de admisibilidad previstos en el Artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales<sup>186</sup>. Conforme el perito de la Demandante en Derecho Constitucional, Profesor Oyarte, testificó en la Audiencia en Londres, una AEP que impugne una decisión por no haber expuesto las razones sería, en principio, admisible<sup>187</sup>.

93. Por último, como Ecuador ha explicado en planteamientos escritos en el pasado, la admisión de la AEP de Prophar fue sin perjuicio de la decisión de la Corte Constitucional sobre el fondo de la AEP<sup>188</sup>. De hecho, en su decisión sobre la admisión, la Corte Constitucional declaró que la admisión de la AEP de Prophar no podrá “interpretarse como una decisión sobre el fondo de los reclamos [de Prophar]”<sup>189</sup>. Por consiguiente, la admisión de la AEP no fue indicativa del resultado de la acción de Prophar<sup>190</sup>, y no demuestra una denegación de justicia o alguna otra falta de imparcialidad con respecto a la Demandante.

---

<sup>184</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (14 de mayo de 2015), p. 2.

<sup>185</sup> Decisión de la División de Admisiones, *Prophar v. MSD*, Corte Constitucional, Caso No. 0542-15-EP (28 de abril de 2015), p. 3 (R-220).

<sup>186</sup> Véase Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014), ¶ 25, donde se presenta el texto del Artículo 62 de la Ley Orgánica.

<sup>187</sup> Audiencia sobre el Fondo, Transcripción, Día 3 (18 de marzo de 2015), p. 114:13-25, 115:1-23 (Wray, Oyarte) (“P: La idea es que el dictamen no explica las razones para la responsabilidad, por lo tanto habría un defecto ahí, un defecto debido a la falta de razonamiento en el dictamen. ¿Sería una AEP posible o admisible? R. Sí, si también se cumplen los demás requisitos. Es complicado porque a veces nos gustaría poner las cosas en blanco y negro, y usted dice que si esto pasa, lo demás pasa, pero – sí, bien, si miro solamente el detalle y olvido todos los demás requisitos, puedo decir sí, en conexión con una AEP, sí, esto puede pasar”) (énfasis agregado).

<sup>188</sup> Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014), ¶ 27.

<sup>189</sup> Decisión de la Sala de Admisión, *Prophar v. MSD*, Corte Constitucional, Caso No. 0542-15-EP (28 de abril de 2015), p. 4 (R-220).

<sup>190</sup> Primer Informe Pericial de Guerrero (25 de febrero de 2014), ¶¶ 27-28.

**B. La decisión de la Corte Constitucional de 20 de enero de 2016 no fue irracional o injustificada**

94. De acuerdo a la ley ecuatoriana, al decidir sobre una reclamación en una AEP, la jurisdicción de la Corte Constitucional se limita a “establecer si ha habido violaciones a los derechos constitucionales durante el procedimiento”<sup>191</sup>. Por consiguiente, la Corte Constitucional no tiene jurisdicción para decidir sobre el fondo de la diferencia subyacente<sup>192</sup>.

95. De acuerdo a la Demandante, la decisión de la Corte Constitucional de 20 de enero de 2016 le denegó justicia porque la Corte excedió su jurisdicción al indicar a la CNJ cómo decidir el caso<sup>193</sup>. De acuerdo a la Demandante, la Corte Constitucional “evaluó las pruebas, emitió determinaciones fácticas y jurídicas, e indicó a los jueces de la CNJ cómo decidir el caso, amenazándoles con la pérdida de su trabajo y con responsabilidad civil y penal personal si no cumplieran”<sup>194</sup>. Sin embargo, como se demuestra en la carta de la Demandada al Tribunal de fecha 18 de febrero de 2016<sup>195</sup>, así como también los dos informes suplementarios del Profesor Guerrero<sup>196</sup>, las aseveraciones generalizadoras de la Demandante son una distorsión burda del texto real de la decisión de la Corte Constitucional.

96. Como una cuestión inicial, fue evidente para la Corte que ésta se encontraba sujeta a impedimento en cuanto a ponderar las pruebas en el caso y que su facultad se limitaba a decidir si la sentencia impugnada de la Corte de noviembre de 2014 violó alguna de las garantías constitucionales de Prophar<sup>197</sup>. Y lo segundo es exactamente lo que la Corte Constitucional hizo, pues anuló la sentencia de la CNJ porque consideró que dicha sentencia no había sido fundamentada de manera apropiada tal como exigen las garantías constitucionales del debido proceso, la seguridad jurídica y la protección judicial efectiva<sup>198</sup>. Al contrario de lo que la Demandante sugiere, no existe ningún indicio en la decisión de la

---

<sup>191</sup> Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016), ¶ 3.

<sup>192</sup> *Id.*, ¶ 2.

<sup>193</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (5 de febrero de 2016), p. 10.

<sup>194</sup> *Id.*

<sup>195</sup> Carta enviada por Ecuador al Tribunal (18 de febrero de 2016).

<sup>196</sup> Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016) ¶¶ 8-12; Segunda Declaración Suplementaria de Guerrero (25 de febrero de 2016) ¶¶ 52-56.

<sup>197</sup> decisión, *Prophar v. CNJ*, Corte Constitucional (20 de enero de 2016), p. 9 (R-221); Segunda Declaración Suplementaria de Guerrero (25 de febrero de 2016), ¶¶ 4-5.

<sup>198</sup> Decisión, *Prophar v. CNJ*, Corte Constitucional (20 de enero de 2016), pp.15-16, 24 (R-221); Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016), ¶¶ 6, 10.

Corte Constitucional de que ésta haya evaluado *alguna* de las pruebas en el litigio *NIFA v. MSDIA*; la Demandante[] no cita ningún ejemplo de que lo haya hecho; y la Corte Constitucional dejó por completo en manos de la CNJ la determinación del resultado de su nueva decisión.

97. No habiendo impugnado la decisión de la Corte Constitucional por otras razones, la Demandante dista mucho de cumplir su responsabilidad de probar cuando alega que la decisión de la Corte Constitucional de enero de 2016 denegara justicia a la Demandante en violación del TBI.

**1. No se puede culpar a la decisión de la Corte Constitucional por concluir que el análisis de la CNJ fue incompleto**

98. La Demandante argumenta que la Corte Constitucional “criticó las determinaciones de la CNJ sobre responsabilidad” que supuestamente “señalan que la CNJ debería ratificar la determinación del Tribunal de Apelaciones [sobre responsabilidad]”<sup>199</sup>. El argumento de la Demandante tergiversa la decisión de la Corte Constitucional a ese respecto, en todos los sentidos. Primero, si bien la Corte Constitucional consideró que el análisis de la CNJ era “ilógico”, fue porque estaba “incompleto”; es decir, porque “no empleó premisas judiciales, fácticas y evaluativas”<sup>200</sup>. Segundo, al contrario de la aseveración de la Demandante, las críticas de la Corte a la integridad y la lógica de la Decisión de la CNJ eran de aplicación sólo a la fase de casación, y *no* a la determinación de la CNJ de si la Demandante era responsable con respecto a Prophar. Por consiguiente, la única “señal” que la Corte Constitucional dio a la CNJ fue que llevase a cabo un análisis más completo de las razones que tuvieron las partes para la *casación*, no cómo debía decidir [*sic*] esas razones, mucho menos cómo decidir si Merck era responsable con respecto a Prophar<sup>201</sup>. En realidad, conforme el perito en Derecho Constitucional de Ecuador explica, la anulación de la sentencia de la CNJ por parte de la Corte Constitucional dejó al nuevo tribunal de la CNJ con múltiples maneras en las cuales pudiera decidir el caso: rechazar ambas peticiones de casación; aceptar ambas peticiones de

---

<sup>199</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (5 de febrero de 2016), p. 5.

<sup>200</sup> Decisión, *Prophar v. CNJ*, Corte Constitucional (20 de enero de 2016), p. 21 (R-221).

<sup>201</sup> De hecho, el argumento de la Demandante adolece de una contradicción inherente. La Corte Constitucional no podía haber indicado a la CNJ que ratificase la decisión del tribunal de apelaciones ni cómo decidiese sobre la responsabilidad de MSDIA. Esto se debe a que la ratificación de la sentencia del tribunal de apelaciones no podía haber sido producida por nada menos que la desestimación de las peticiones de casación de las partes. En consecuencia, la CNJ no habría entrado en funciones en calidad de tribunal de primera instancia en primer lugar.



casación; aceptar una petición de casación pero no la otra; y si aceptase cualquiera de ellas o ambas peticiones de casación, bien sea devolver el caso al tribunal inferior, resolver por sí misma que la Demandante no había cometido un acto ilícito, o determinar por sí misma que la Demandante había cometido un acto ilícito y otorgar indemnización por daños y perjuicios<sup>202</sup>.

**2. La decisión de la Corte Constitucional no puede ser impugnada por haber concluido que la evaluación de la CNJ de la indemnización por daños y perjuicios de Prophar fue insuficiente**

99. Lo mismo es válido con respecto a las determinaciones de la Corte Constitucional con respecto al análisis de daños realizado por la CNJ. La Demandante ha argumentado en otras partes que la Corte Constitucional “indicó a la CNJ que otorgase indemnización por daños y perjuicios en conformidad con [su] razonamiento de que la CNJ debió haber atribuido valor al informe Cabrera y que debió haber otorgado indemnización por daños y perjuicios durante un período de quince años utilizando los datos y proyecciones aprobados por el Sr. Cabrera”<sup>203</sup>.

100. Pero MSDIA tergiversa lo que la Corte Constitucional dijo en realidad. La Corte no dijo que la CNJ debiera adoptar el informe Cabrera; se limitó a indicar que existen “elementos presentes en el expediente del caso que debieron haberse tomado en cuenta al realizar una evaluación lógica”, elementos que la CNJ “no tomó en consideración en el análisis”<sup>204</sup>. Por lo tanto, esta determinación no excluyó la discreción de la CNJ para rechazar todos o cada uno de los elementos del informe Cabrera después de un análisis apropiado. De manera similar, la Corte Constitucional no dijo que la CNJ debiera otorgar indemnización por daños y perjuicios durante todo el período de quince años que se cubre en el informe del Sr. Cabrera; indicó meramente que la explicación de la CNJ para seleccionar un período [de un año] para evaluar los daños era “insuficiente”<sup>205</sup>.

101. Con base en su análisis de la decisión de la Corte Constitucional, el perito de la Demandada en Derecho Constitucional, Dr. Guerrero, confirmó que era factible que la CNJ

---

<sup>202</sup> Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016), ¶¶ 10-12.

<sup>203</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (5 de febrero de 2016), p. 6.

<sup>204</sup> decisión, *Prophar v. CNJ*, Corte Constitucional (20 de enero de 2016), p. 16 (R-221); Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016), ¶ 16.

<sup>205</sup> Decisión, *Prophar v. CNJ*, Corte Constitucional (20 de enero de 2016), p. 16 (R-221).

“rechazase en su totalidad o en parte el informe Cabrera, a condición de que la decisión estuviera bien razonada”<sup>206</sup>. Y, en realidad, aunque ésta finalmente otorgó indemnización por daños y perjuicios a Prophar durante un período de quince años tal como se indica en el informe de Cabrera, la CNJ consideró que era irrazonable que la “indemnización se basara [] en el cálculo de lucro cesante únicamente”<sup>207</sup>. En consecuencia, y con base en la petición de casación de MSDIA, la CNJ redujo la indemnización por daños y perjuicios de Prophar de U[S]\$204 millones a U[S]\$41,9 millones aplicando un margen de beneficio máximo de un 20% de acuerdo a lo previsto en el Artículo 4 de la Ley sobre la Producción, Importación, Comercialización y Venta de Medicamentos Genéricos para Uso en Seres Humanos<sup>208</sup>.

102. En síntesis, aparte de requerir que la CNJ considerase las peticiones de casación de ambas partes *de novo*<sup>209</sup>, nada en la decisión de la Corte Constitucional de enero de 2016 puede tomarse como si hubiera “indicado” a la CNJ cómo debía decidir sobre la indemnización por daños y perjuicios de Prophar en el caso de que hallase a MSDIA responsable.

### **3. La Corte Constitucional no indicó de otra manera cómo la CNJ debía decidir el caso**

103. La Demandante ha indicado varias otras “señales” en la decisión de la Corte que supuestamente han orientado a la CNJ cómo había de decidir el caso. Éstas también existen sólo en su imaginación.

104. *Primero*, la Demandante alega que la determinación de la Corte Constitucional de que la CNJ violara derechos constitucionales de Prophar al no considerar su petición de casación “indica a la CNJ que debía reexaminarse el laudo de \$150 millones contra MSDIA sobre la base de que la indemnización a PROPHAR podría ser insuficiente”<sup>210</sup>. La Demandante distorsiona una vez más el texto de la sentencia de la Corte Constitucional. Como el Profesor Guerrero explica, la Corte Constitucional exigió que la CNJ decidiese sobre las peticiones de casación de ambas partes “a fin de garantizar el debido proceso y el principio dispositivo

---

<sup>206</sup> Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016), ¶ 17.

<sup>207</sup> Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), p. 37 (R-223).

<sup>208</sup> *Id.*

<sup>209</sup> Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016), ¶ 20.

<sup>210</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (5 de febrero de 2016), pp. 6-7.

protegido por la Constitución”<sup>211</sup>. Esto significa únicamente que la CNJ tenía que “abordar – no necesariamente aceptar – los argumentos planteados por ambas partes y razonar su sentencia de manera apropiada”<sup>212</sup>. Y eso es lo que hizo, tal como el resultado de la sentencia de la CNJ de agosto de 2016 deja en claro<sup>213</sup>.

105. *Segundo*, la Demandante insinúa que la referencia de la Corte Constitucional al Artículo 86(4)<sup>214</sup> de la Constitución Ecuatoriana estaba destinada a ser una “amenaza para los jueces de la CNJ en el sentido que ellos estarían expuestos a responsabilidad personal si no siguieran las indicaciones de la Corte Constitucional”<sup>215</sup>. Para la Demandante, ésta fue una clara advertencia de que los jueces de la CNJ estaban en grave riesgo si no ratificaban la sentencia del tribunal de apelaciones<sup>216</sup>. Si esto fuera verdad, se esperaría que los jueces de la CNJ que emitieron la sentencia de agosto de 2016 habrían perdido ahora su trabajo. Pero eso no ocurrió, y ciertamente no ocurrirá porque aquello no es verdad. Conforme el Profesor Guerrero explica, la referencia de la Corte al Artículo 86(4) de la Constituci[ón] no era sorprendente dado que ésta fue la segunda vez que la Corte Constitucional había determinado una violación de los derechos constitucionales de una de las partes en el mismo caso<sup>217</sup>. En estas circunstancias, no es extraordinario o inusual que la Corte incluyera una referencia a esa disposición en su sentencia<sup>218</sup>.

106. *Tercero*, MSDIA alega que la decisión de la Corte Constitucional de devolver el caso a los Jueces Adjuntos de la CNJ en lugar de hacerlo a los Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil es “muy inusual y es prueba adicional de que la Corte está buscando urdir un resultado diferente [”]<sup>219</sup>. La verdad es más trivial. Como el Profesor Guerrero explica en su informe, la Corte Constitucional remitió el caso a los Jueces Adjuntos porque la decisión de la CNJ de noviembre de 2014 fue suscrita por dos de los tres jueces ordinarios que al

---

<sup>211</sup> Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016), ¶ 24.

<sup>212</sup> *Id.*

<sup>213</sup> Sentencia, *Prophar v. MSDIA*, Corte Nacional de Justicia (4 de agosto de 2016), p. 5 (R-223).

<sup>214</sup> Decisión, *Prophar v. CNJ*, Corte Constitucional (20 de enero de 2016), p. 24 (R-221).

<sup>215</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (5 de febrero de 2016), p. 8.

<sup>216</sup> *Id.*

<sup>217</sup> Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016), ¶ 42.

<sup>218</sup> Segunda Declaración Suplementaria de Guerrero (25 de febrero de 2016), ¶¶ 29-34.

<sup>219</sup> Carta enviada por la Demandante al Tribunal (5 de febrero de 2016), p. 7.

momento prestaban servicios en la Sala de lo Civil y Mercantil de la CNJ. Por lo tanto era normal, y coherente con el mandato de la Corte Constitucional, que ésta garantizase el derecho de las partes a un tribunal independiente e imparcial mediante el envío del caso a Jueces igualmente competentes que no hubieran participado en los procesos previos de la CNJ<sup>220</sup>. Nada extraño es que el perito de la Demandante, Dr. Oyarte, no cuestionara este punto en su propio informe<sup>221</sup>.

\*\*\*\*

107. A la luz de lo antes expuesto, la decisión de la Corte Constitucional de enero de 2016 no indicó a la CNJ que decidiese de alguna manera las peticiones de casación de las partes; esa decisión tampoco fue irracional o injustificada de acuerdo a las leyes ecuatorianas. Por lo tanto, ésta no denegó justicia a la Demandante en violación de las disposiciones del TBI entre Ecuador y los EE.UU.

---

<sup>220</sup> Primera Declaración Suplementaria de Guerrero (15 de febrero de 2016), ¶¶ 30-33.

<sup>221</sup> Tercer Dictamen Pericial de Oyarte [Segundas Medidas Interinas].

**V. INCLUSO SI LA DEMANDANTE HUBIERA ESTABLECIDO UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA, NO HABRÍA ADQUIRIDO DERECHO A LA CUANTÍA TOTAL DE LA SENTENCIA DE LA CNJ DEL 4 DE AGOSTO DE 2016**

108. En el supuesto no consentido de que el sistema jurídico ecuatoriano le hubiera denegado justicia a la Demandante en violación del Tratado, la tarea de este Tribunal sería restablecer el *status quo ante*. En palabras de la Corte Internacional de Justicia, esto significa “restablecer la situación que con toda probabilidad habría existido si no se hubieran cometido [los actos internacionalmente ilícitos]”<sup>222</sup>. Al hacerlo, es trillado que el Tribunal no pueda poner a la Demandante en una posición que sea *mejor* que aquélla en la que ésta habría estado “si no fuera por” los actos que evidentemente dieron lugar a responsabilidad de Ecuador en el plano internacional. Si el Tribunal hiciera eso, estaría compensando en exceso a la Demandante, lo cual es violatorio del principio del derecho internacional contra la compensación excesiva<sup>223</sup>.

109. Se presupone que, para la Demandante, la restitución del *status quo ante* significa un derecho automático a la cuantía total de la sentencia del 4 de agosto de 2016. Por lo tanto, la Demandante cree que “si no fuera por” la supuesta denegación de justicia, ésta habría prevalecido en el fondo del litigio subyacente. Sin embargo, sin realizar ningún intento serio de probar la probabilidad de su éxito ante los tribunales ecuatorianos, la Demandante no puede establecer el nexo causal indispensable entre la supuesta denegación de justicia y la indemnización por daños y perjuicios que ésta solicita. En consecuencia, este encabezado de los daños también debe fracasar<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Sentencia (13 de septiembre de 1928), P.C.I.J. Series A, No. 17, p. 47 (RLA-135).

<sup>223</sup> *Victor Pey Casado and Foundation “Presidente Allende” v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República de Chile (18 de diciembre de 2012) (Fortier, Bernardini, El-Kosheri), ¶ 269 (CLM-140).

<sup>224</sup> La Demandante también reclama en este arbitraje como indemnización por daños y perjuicios *todos* los honorarios de abogados y las costas judiciales incurridos por ésta en conexión con el litigio entre Prophar y MSDIA en los tribunales ecuatorianos. Escrito Suplementario de la Demandante sobre la Cuantía (19 de abril de 2016), pp. 1-2. Sin embargo, la Demandante no ha logrado hasta la fecha proveer soporte documentario apropiado para las sumas que reclama. Véase Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 516-520; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 662-668. En su Réplica, por ejemplo, la Demandante presentó facturas que supuestamente demostraban los honorarios y costas que MSDIA pagara a los asesores jurídicos por servicios relacionados con el litigio interno. Sin embargo, la Demandante editó la descripción justificativa del trabajo ejecutado debido a que esta información era “legalmente privilegiada y refleja la estrategia de litigio confidencial de MSDIA”. Réplica de la Demandante, ¶¶ 788-791, fn. 960. La omisión de la Demandante en justificar su reclamo de indemnización por daños hizo que fuera imposible que la Demandada revisara, verificara e impugnara los cálculos de la Demandante”. Dúplica de la Demandada, ¶ 669. Sin haber provisto el conjunto completo de facturas en las cuales se basa tan ampliamente para su encabezado de daños, la Demandante tampoco puede demostrar cómo la supuesta

110. En realidad, el reclamo de indemnización por daños de la Demandante es totalmente especulativo en la medida que se basa en el supuesto de que “si no fuera por” la supuesta denegación de justicia, ésta habría prevalecido en el litigio subyacente. No existe ninguna base para tal supuesto. No existe ninguna razón para concluir que la Demandante habría tenido éxito al prevalecer sobre Prophar en ausencia de las circunstancias acerca de las cuales reclama. Por lo tanto, la indemnización por daños y perjuicios solicitada no ha sido probada y tampoco puede probarse.

111. El laudo reciente en *PMI v. Uruguay* tiene que ver directamente con este punto. En ese caso, las demandantes reclamaron indemnización por daños y perjuicios “como si éstas hubieran ganado” en sus impugnaciones contra las medidas administrativas en cuestión. Uruguay objetó este reclamo argumentando, tal como Ecuador lo hace en el presente caso, que dicho reclamo era especulativo. Aunque el tribunal no resolvió directamente el asunto de los daños porque determinó que los reclamos de las demandantes de denegación de justicia carecían de mérito, está muy de acuerdo de manera explícita con Uruguay. Ratificó que “la cuestión de lo que un tribunal interno respetuoso del TBI habría decidido es un factor apropiado (*y podría ser muy pertinente*) para la evaluación de los daños”<sup>225</sup>. En un sentido similar, éste desestimó la noción de que la “indemnización [por una denegación de justicia] ha de estar totalmente desvinculada de la cuestión del fondo [del litigio subyacente]”<sup>226</sup>. En la discusión de los casos *Roberts*<sup>227</sup> y *Chattin*<sup>228</sup> en los cuales la Comisión de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos decidió a favor de otorgar indemnización a las

---

“pérdida” tenga una relación causal con las supuestas violaciones del TBI. Dúplica de la Demandada, ¶¶ 673-678. La Demandante tuvo otra oportunidad de probar de manera apropiada su supuesta “pérdida” bajo su encabezado de daños en su Escrito Suplementario sobre la Cuantía de 19 de abril de 2016, sino que simplemente actualizó la cifra a U[S]\$6’895.988,66 para explicar los honorarios adicionales pagados a Quevedo & Ponce, los abogados locales de MSDIA. Véase Escrito Suplementario de la Demandante sobre la Cuantía (19 de abril de 2016), pp.1-3. Las facturas pertinentes estuvieron tan incompletas como las demás pruebas relacionadas de la Demandante presentadas en alegatos previos. Véase Facturas de 2014 a 2016 emitidas por Quevedo & Ponce por servicios prestados en el litigio *Prophar v. MSDIA* (C-298). Como resultado de que la Demandante no ha presentado las pruebas que justifiquen los supuestos honorarios de abogados y costas judiciales que ésta pagó en el litigio entre Prophar y MSDIA, el Tribunal debe eliminar este encabezado del reclamo de daños de Merck.

<sup>225</sup> *Philip Morris and others v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Laudo (8 de julio de 2016) (Bernardini, Crawford, Born) (“*Philip Morris v. Uruguay*, Laudo (2016)”), ¶ 575 (RLA-214) (énfasis agregado).

<sup>226</sup> *Id.*, fn. 838.

<sup>227</sup> *Harry Roberts (U.S.A.) v. United Mexican States*, Laudo (2 de noviembre de 1926), IV UNRIAA, pp. 77-81 (RLA-216).

<sup>228</sup> *B.E. Chattin (U.S.A.) v. United Mexican States*, Laudo (23 de julio de 1927), IV UNRIAA, pp. 282-312 (CLM-120).

demandantes por una denegación de justicia, aun cuando el tribunal local “podía llegar (y probablemente habría llegado) aun así al mismo resultado en ausencia de incorrección”<sup>229</sup>, sostuvo entonces lo siguiente:

In those cases, the defendants were not compensated as if they were not guilty (i.e. had been acquitted); instead, the tribunals calculated compensation for the long period of imprisonment without trial that gave rise to an award of indemnity under international law. In other words, the tribunals awarded compensation for the procedural impropriety itself, calculating damages based on the cost of the improper restriction to liberty, in a particular criminal context not applicable here. *On such a principle, the Claimants here might be entitled to all or some of Abal’s costs in taking the TCA case, but it is difficult to understand how they could be entitled to claim full damages as if they had won that case.*<sup>230</sup>

[NT: En esos casos, las demandadas no fueron indemnizadas como si no fueran culpables (es decir, habían sido absueltas); en cambio, los tribunales calcularon la indemnización durante el largo período de encarcelamiento sin juicio que dio lugar a un laudo de indemnización acorde con el derecho internacional. En otras palabras, los tribunales otorgaron indemnización precisamente por la incorrección procesal, para ello, calcularon los daños basados en el costo de la restricción incorrecta de la libertad, en un contexto penal particular no aplicable al presente caso. *Basada en ese principio, las Demandantes en el presente caso podrían tener derecho a la totalidad o parte de los costos de Abal de tramitar el caso TCA, pero es difícil comprender cómo podían tener derecho a reclamar indemnización total por daños y perjuicios si no habían ganado el caso.*]

112. En un sentido similar, la Corte Europea de Derechos Humanos ha evacuado de manera sistemática los reclamos de indemnización en relación con violaciones de las garantías de juicio justo al amparo del Artículo 6 de la Convención reusándose a “especular” en cuanto a si la parte peticionaria habría tenido éxito en impugnar las medidas si no hubiera ocurrido la violación de las garantías de un juicio justo<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> *Philip Morris v. Uruguay*, Laudo (2016), ¶ 575 (RLA-214).

<sup>230</sup> *Id.*, fn. 838 (énfasis agregado). El problema para la Demandante aquí es, desde luego, como se demostró con anterioridad, que ésta ni siquiera ha probado este derecho a las costas en el litigio subyacente.

<sup>231</sup> Véase v.g. *Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, ECH Application No. 10873/84, Sentencia (7 de julio de 1989), ¶ 66 (RLA-217) (donde se advierte que la revocación de la licencia de la parte solicitante para servir bebidas alcohólicas “ciertamente tuvo efectos adversos en el crédito mercantil y el valor” del restaurante de la parte peticionaria, pero se concluye que ésta “no puede especular en cuanto a cuál podría haber sido el resultado

113. El perito de la Demandante, Profesor Paulsson ha propuesto puntos de vista similares en su tratado DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW:

It seems It seems It seems difficult to justify the conclusion that the prejudice to a Claimant who was prevented from having his grievance heard should be deemed equal to whatever relief he had initially seen fit to ask. *In establishing an amount so that it corresponds to what the international tribunal feels was the true loss, it may be necessary to evaluate probabilities of the outcome if the local system had proceeded in accordance with its laws but without violating international law.* The notion that no international wrong must go unpunished is arguably inconsistent with Chorzów if its consequence is that it leads to recovery even in the absence of demonstrable prejudice.<sup>232</sup>

[NT: Al parecer, es difícil justificar la conclusión de que el prejuicio con respecto a una demandante a la cual se le ha impedido que se escuche su queja deba considerarse igual a cualquier reparación que él haya considerado inicialmente era apropiado solicitar. *Al establecer una cuantía de modo que ésta corresponda a lo que el tribunal internacional considera que fue la pérdida verdadera, podría ser necesario que se evalúen las probabilidades del resultado si el sistema local hubiera procedido en concordancia con sus leyes pero sin violar el derecho internacional.* Podría decirse que la noción de que ningún ilícito internacional debería quedar impune es incoherente con Chorzów si su consecuencia es que ésta conduce a resarcimiento incluso en ausencia de prejuicio demostrable.]

114. El Profesor Wälde y el Profesor Sabahi también escriben que un reclamo por denegación de justicia no debe dar como resultado un laudo “como si el inversionista hubiera

---

del proceso si la compañía solicitante hubiera podido plantear esta pregunta ante un tribunal”); *Case of Fredin v. Sweden (No. 1)*, ECH Application No. 12033/86, Sentencia (18 de febrero de 1991), ¶ 65 (RLA-218) (donde se rehusó a otorgar compensación por las pérdidas económicas que las peticionarias alegaron habían sido el resultado de la revocación de su permiso para la extracción de grava por considerar que “[aunque] la revocación del permiso fue la causa de pérdidas considerables de las peticionarias, [...] la Corte no puede especular en cuanto a cuál es el resultado que éstas habrían logrado si hubieran podido presentar su caso ante un tribunal”); *Case of Credit and Industrial Bank v. The Czech Republic*, ECH Application No. 29010/95, Sentencia (21 de octubre de 2003), ¶¶ 87-88 (RLA-219) (donde se rehusó otorgar compensación por considerar que “[s]i bien sujetar al banco peticionario a un proceso de saneamiento judicial podría haber tenido consecuencias financieras adversas para el banco, la Corte no puede especular en cuanto a cuál podría haber sido el resultado del proceso si el banco peticionario hubiera podido plantear la imposición de esta medida ante un tribunal con jurisdicción plena”); *Case of Capital Bank AD v. Bulgaria*, ECH Application No. 49429/99, Sentencia (24 de febrero de 2006), ¶ 144 (RLA-220) (rehusándose asimismo a otorgar compensación debido a que “[a]un cuando el retiro de su licencia y la orden para su liquidación bien podría haber tenido consecuencias financieras adversas para el banco, la corte no puede especular en cuanto a cuál podría haber sido el resultado final si éste hubiera podido impugnar la imposición de esas medidas en procesos administrativos o judiciales”).

<sup>232</sup> J. Paulsson, denegación de justicia IN INTERNATIONAL LAW 227 (RLA-68(ter)) (énfasis agregado).



prevalecido en el litigio incriminado” porque eso contravendría la prohibición establecida contra la compensación excesiva en el derecho internacional<sup>233</sup>. En realidad, “[s]i un reclamo de denegación de justicia diere como resultado una indemnización equivalente al reclamo, *en ese caso el inversionista intercambiaría en efecto un reclamo en un litigio con riesgo por un ingreso seguro sin riesgo*”<sup>234</sup>.

115. En síntesis, al solicitar la cuantía total de la sentencia de la CNJ de 4 de agosto de 2016, la Demandante está suponiendo que habría prevalecido sobre los reclamos de Prophar en el litigio subyacente si su supuesta violación del Tratado no hubiera ocurrido. Sin embargo, es posible que ninguna consideración razonable de los hechos de la controversia subyacente a la luz de los principios aplicables de las leyes ecuatorianas pudiera llevar a una conclusión de que una determinación de responsabilidad de MSDIA *no* fuera jurídicamente posible. Además, en ningún momento en el litigio entre Prophar y MSDIA o en este arbitraje la Demandante proveyó una evaluación y cálculo alternativos de los daños de Prophar en el caso de que se hallare responsabilidad. Como resultado, y en la medida que la Demandante esté solicitando la cuantía total de la sentencia de la CNJ de 4 de agosto de 2016, en ausencia de alguna base de un cálculo alternativo jurídicamente posible de daños, este Tribunal debe rechazar este epígrafe de daños por no haber sido probado.

---

<sup>233</sup> T. Wälde & B. Sabahi, *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT, Vol. 4, No. 6 (Noviembre de 2007), p. 31 (RLA-221).

<sup>234</sup> *Id.* (énfasis agregado).

## VI. SOLICITUD DE REPARACIÓN

116. Por las razones antes expuestas, la Demandada, la República del Ecuador, solicita respetuosamente por medio de este documento que el Tribunal dicte un laudo a su favor, en el que:

- Se desestimen todos los reclamos de la Demandante al amparo del TBI por estar fuera de la jurisdicción del Tribunal, por ser inadmisibles y/o por constituir un abuso del proceso arbitral o, como alternativa, por falta de todo mérito;
- se denieguen en su totalidad todos y cada uno de los ítems de la reparación que Merck ha solicitado;
- se ordene el pago a la Demandada de todas sus costas y gastos en este arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y el costo de representación legal de la República, más los intereses previos al laudo y posteriores al laudo sobre dichos montos; y,
- se otorgue reparación diferente o adicional que fuere apropiada de acuerdo a las circunstancias o que fuere de otra manera justa y apropiada.

117. La Demandada se reserva de manera expresa su derecho a suplementar las peticiones antes enunciadas.

Presentado respetuosamente,

Dra. Blanca Gómez de la Torre

Mark A. Clodfelter

[Firmado]

[Firmado]

Procuradora General del Estado  
República del Ecuador

Foley Hoag LLP  
Abogados de la Defensa de la Demandada