

TRADUCCIÓN

WILMERHALE

DAVID W. OGDEN

+ 1 202 663 6440

+1 202 563 6363

[david.ogden@wilmerhale.com](mailto:david.ogden@wilmerhale.com)

29 de noviembre de 2011

Dr. Diego García Carrión  
Procurador General del Estado de Ecuador  
Robles 731 y Av. Amazonas  
Quito, Ecuador

Dr. Francisco Grijalva Muñoz  
Director Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje  
Robles 731 y Av. Amazonas  
Quito, Ecuador

Re: Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. c. la República del Ecuador

Estimados Sres.:

Adjunta al presente encontrarán la Notificación de Arbitraje presentada en nombre de Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corporation. No duden en contactarme si desean conversar sobre este asunto. Muchas gracias.

Respetuosamente,

(firma ilegible)

David W. Ogden

Adjuntos

TRADUCCIÓN

**CON RELACIÓN AL ARBITRAJE AD-HOC CONFORME  
A LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI**

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

**Demandante**

**Contra**

**LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**Demandada**

**NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE**

**29 de noviembre de 2011**

1. La presente Notificación de Arbitraje se presenta en nombre de Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. contra la República del Ecuador, en virtud del Artículo VI del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador Relativo al Fomento y la Protección Recíproca de la Inversión, el cual fue firmado en Washington, D.C., el 27 de agosto de 1993, y que entró en vigencia el 11 de mayo de 1997, (el “TBI entre Ecuador y Estados Unidos” o el “Tratado”) y de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”).

## I. INTRODUCCIÓN

2. La Demandante, Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (“MSDIA”), está iniciando el presente arbitraje contra la República del Ecuador para obtener compensación en virtud del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos por los continuos y manifiestos incumplimientos del Ecuador de sus obligaciones en virtud de dicho Tratado.

3. La presente controversia tiene su origen en el pleito en los tribunales ecuatorianos que ha tenido como consecuencia un fallo injusto.

4. A inicios del año 2003, MSDIA decidió no vender una pequeña planta de producción en Ecuador a una compañía ecuatoriana, y poco después la vendió a otra compañía ecuatoriana por menos de \$1 millón. El licitante no ganador, Nueva Industria Farmacéutica Asociada, S.A. (“NIFA”), una pequeña fabricante de productos farmacéuticos genéricos entonces demandó a MSDIA en los tribunales civiles del Ecuador.

5. El 17 de diciembre de 2007, el tribunal ecuatoriano de primera instancia pronunció una sentencia manifiestamente injusta e irrazonable contra MSDIA, y otorgó \$200 millones en daños por las ganancias que la demandante presuntamente habría ganado si MSDIA hubiera escogido venderle a ella la pequeña planta, en vez de vendérsela al otro licitante. El 23 de septiembre de 2011, un tribunal ecuatoriano de apelaciones pronunció otra resolución abiertamente injusta e irrazonable, ratificando y corrigiendo la sentencia de la corte de primera instancia y otorgando a la firma demandante ecuatoriana \$150 millones en daños por supuesto lucro cesante contra MSDIA.

6. No existió ningún fundamento racional para que los tribunales ecuatorianos dieran un fallo de responsabilidad. Las sentencias se basaron en una presunta teoría de defensa de la competencia, a pesar del hecho de que Ecuador no tenía ninguna ley de defensa de la competencia en la época de la venta y que la conducta de MSDIA no violó ningún principio concebible de defensa de la competencia.

7. Tampoco hubo ningún fundamento racional para el laudo de daños de los tribunales ecuatorianos.

a. El laudo de daños del tribunal de primera instancia por \$200 millones por lucro cesante:

i. Fue casi *100.000* veces las ganancias totales anuales del año 2002 de la demandante, que fueron \$2.165;

ii. Fue *más de 133 veces* la valoración de la planta realizada por las partes, como se evidencia en un precio de compra propuesto de \$1,5 millones;

- iii. Fue casi *10 veces* el *total de ventas* de todo el mercado ecuatoriano de productos farmacéuticos genéricos en el año 2002, que fue de \$20,4 millones (las ganancias totales ganadas por todos los fabricantes de farmacéuticos genéricos sobre esas ventas habría sido una fracción de dicho monto); y
  - iv. Superó en *más de \$187 millones* las ganancias que la *propia* demandante había proyectado que ganaría del uso de la planta en escritos ante el tribunal de primera instancia.
- b. El laudo del tribunal de apelaciones de \$150 millones:
- i. Fue *70.000 veces* las ganancias anuales de la demandante de \$2.265:
  - ii. Fue 100 veces el precio propuesto de compra;
  - iii. Fue más de *7 veces* el *total de ventas* de todo el mercado ecuatoriano de productos farmacéuticos genéricos en el año 2002 (y por lo tanto, un múltiplo mucho mayor de las ganancias totales de dicha industria); y
  - iv. Superó en *\$149 millones* los daños sugeridos por las pruebas de perjuicio que la propia demandante presentó en dicho tribunal.

8. Numerosos aspectos del pleito subyacente evidencian el sesgo y la parcialidad manifiestos de los tribunales ecuatorianos en este caso. Por ejemplo, en momentos clave del proceso, violando la ley y la práctica ecuatoriana y contrariamente a los requisitos básicos del debido proceso, los tribunales del Ecuador negaron a MSDIA la justa notificación de sus sentencias y pasos clave de procedimiento en el caso. Adicionalmente, sin fundamento racional, los tribunales desestimaron conclusiones bien razonadas de peritos designados por el tribunal neutrales, respetados internacionalmente y con muchas credenciales, los cuales concluyeron que en este caso no existían razones para la responsabilidad por daños, y en cambio adoptaron conclusiones no razonadas e inverosímiles a primera vista de “peritos” parciales y sin credenciales que fueron designados indebidamente en circunstancias sospechosas.

9. Además, la esencia de las sentencias mismas confirma la injusticia manifiesta del pleito subyacente. Dicho en términos simples, ningún tribunal racional, competente y sin sesgo, que aplicara los estándares mínimos del debido proceso, podría haber llegado al resultado al que llegaron los tribunales ecuatorianos en este caso.

10. Las graves injusticias del caso presente surgieron de abusos más amplios en el sistema judicial ecuatoriano. Como se analiza más abajo, observadores externos han dado informes de que “los tribunales... ecuatorianos son muchas veces susceptibles a presiones externas y a sobornos”<sup>1</sup> y los “tribunales ecuatorianos ... se perciben como corruptos, ineficaces y protectores de quienes están en el poder.”<sup>2</sup> También han señalado que “ni la supervisión legislativa ni los mecanismos internos de la rama

---

<sup>1</sup> Departamento de Estado de los EE.UU., Informe 2009 sobre el Clima de Inversiones – Ecuador, <http://www.state.gov/e/eef/rls/othr/ics/2009/117668.htm>.

<sup>2</sup> Departamento de Estado de los EE.UU., Informe 2011 sobre el Clima de Inversiones – Ecuador, <http://www.state.gov/e/eef/rls/othr/ics/2011/157270.htm>.

judicial han demostrado una capacidad sistemática para investigar eficazmente y disciplinar a los presuntos jueces corruptos.”<sup>3</sup>

11. El mismo Ecuador ha reconocido las fallas de su sistema judicial. Solamente semanas después del fallo del tribunal de apelaciones en este caso, el Presidente Correa declaró que “Tenemos un problema concreto que nadie duda, un sistema judicial totalmente ineficiente y corrupto que se está cayendo a pedazos.”<sup>4</sup> En 2009, el Presidente de la Comisión Penal Civil de la Asamblea Nacional del Ecuador declaró que “nuestro sistema de justicia se ha derrumbado por completo.”<sup>5</sup>

12. Los procesos y resoluciones de los tribunales ecuatorianos en el presente caso son violaciones manifiestas de las obligaciones del Ecuador en virtud del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, incluyendo, entre otros compromisos, las obligaciones del Ecuador a) de otorgar a la inversión de MSDIA un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, y un trato no inferior al requerido por el derecho internacional, incluyendo, entre otras cosas, no denegar justicia a MSDIA en sus tribunales; b) proporcionar a MSDIA medios efectivos de hacer valer sus reclamaciones y exigir sus derechos con respecto a su inversión. Ecuador es responsable de los daños resultantes de dichas violaciones, y MSDIA pide que este Tribunal exija que Ecuador indemnice y exima de responsabilidad a MSDIA contra cualquier pérdida causada por la ejecución de la sentencia en contra de la misma y que otorgue las otras medidas de reparación que se exponen a continuación.

13. MSDIA se reserva el derecho de complementar las afirmaciones y las reclamaciones expuestas en la presente Notificación de Arbitraje, y específicamente, se reserva el derecho de presentar una Demanda en una etapa posterior a estos procedimientos, para su resolución por parte del Tribunal de Arbitraje en el Cronograma de Procedimientos del presente arbitraje.

14. MSDIA pretende solicitar medidas provisionales de reparación que protejan sus bienes de medidas estatales durante la pendencia de estos procedimientos, y presentará una solicitud de medidas provisionales.

## II. NOMBRES Y DIRECCIONES DE LAS PARTES

15. La Demandante, Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (“MSDIA”) es una compañía constituida conforme a las leyes del estado de Delaware, en los Estados Unidos de América.<sup>6</sup> Su domicilio social es Corporation Trust Company, Corporation Trust Center, 1209 Orange Street, Wilmington, Delaware 19801, United States of America.

16. En el presente arbitraje, MSDIA está representada por:

Gary B. Born  
Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP

---

<sup>3</sup> Departamento de Estado de los EE.UU., Informe 2011 sobre el Clima de Inversiones – Ecuador, <http://www.state.gov/e/ef/rls/othr/ics/2011/157270.htm>.

<sup>4</sup> Presidente Correa. Querían desprestigiar al Gobierno y no pudieron, OPINIÓN, 13 de noviembre de 2011. <http://www.diariopinion.com/primeraplana/verArticulo.php?id=812332> (“Tenemos un problema concreto, que nadie lo duda, un sistema de justicia totalmente ineficiente y corrupto que se cae a pedazos...”).

<sup>5</sup> Justicia colapsada, LA HORA, 16 abril de 2009

<sup>6</sup> Antes MSDIA era conocida como Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation.

49 Park Lane  
London W1K 1PS  
United Kingdom  
Tel: +44 207872 1000  
Fax: +44 207839 3537  
Correo electrónico: [gary.born@wilmerhale.com](mailto:gary.born@wilmerhale.com)

David W. Ogden  
Rachael D. Kent  
Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP  
1875 Pennsylvania Ave., NW  
Washington, DC 20006  
Tel: +1 202 663 6000  
Fax: +1 202 663 6363  
Correo electrónico: [david.ogden@wilmerhale.com](mailto:david.ogden@wilmerhale.com); [rachael.kent@wilmerhale.com](mailto:rachael.kent@wilmerhale.com)

Todas las comunicaciones a MSDIA en el presente arbitraje deben enviarse a Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP a la dirección indicada arriba.

17. La Demandada en el presente arbitraje es la República del Ecuador (“Ecuador”). La Demandada está representada por:

Dr. Diego García Carrión  
Procurador General del Ecuador  
Robes 731 y Av. Amazonas  
Quito, Ecuador  
Tel: (593-2) 256-2080  
Fax: (593-2) 223-7672

Dr. Francisco Grijalva Muñoz  
Director Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje  
Robles 731 y Av. Amazonas  
Quito, Ecuador  
Tel: (593-2) 290-7768  
Fax: (593-2) 223-7572

### **III. EL TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN ENTRE ECUADOR Y ESTADOS UNIDOS Y EL ACUERDO DE ARBITRAJE**

18. En 1993, la República del Ecuador y los Estados Unidos firmaron el Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador relativo al Fomento y la Protección Recíproca de la Inversión. El Tratado entró en vigencia el 11 de mayo de 1997.<sup>7</sup>

19. Las intenciones de las partes al firmar el Tratado, como consta en su Preámbulo, fueron “promover una mayor cooperación económica entre ellas, con respecto a inversiones de nacionales y

---

<sup>7</sup> El TBI entre Ecuador y Estados Unidos está adjunto al presente como Anexo C-1.

compañías de una Parte en el territorio de la otra Parte”, “estimular el flujo de capital privado y el desarrollo de la economía de las Partes”, y fomentar “la protección recíproca de la inversión”. El Preámbulo también reconoce “que es conveniente el trato justo y equitativo de la inversión a fin de mantener un marco estable para las inversiones y maximizar el uso eficaz de los recursos económicos”. Así pues, las protecciones establecidas en el Tratado buscaban específicamente brindar seguridad a los inversionistas privados en los Estados Unidos a fin de animarlos a hacer inversiones directas de capital en Ecuador (y viceversa).

20. El Artículo VI(2) del TBI Ecuador- Estados Unidos establece que “en caso de una controversia de inversión, las partes de la controversia debe inicialmente buscar una solución mediante consulta y negociación. Si la controversia no puede resolverse amigablemente, el nacional o la compañía interesada podrá escoger someter la controversia para su solución, según una de las siguientes alternativas: (a) ante las cortes o tribunales administrativos de la Parte que es parte de la controversia; o (b) de acuerdo con los procedimientos para resolución de controversias que se hayan acordado previamente; o (c) de acuerdo con los términos del párrafo 3.”<sup>8</sup>

21. En virtud del Artículo VI(3)(a) del Tratado, “siempre que el nacional o la compañía interesada no haya sometido la controversia para su solución en virtud del párrafo (2)(a) o (b) y hayan pasado seis meses desde la fecha en que se originó la controversia, el nacional o la compañía interesada podrá escoger dar su consentimiento escrito a que se someta la controversia para su resolución mediante arbitraje vinculante... de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).”

22. MSDIA notificó a Ecuador de la existencia de una controversia de inversión en una carta al Dr. Diego García Carrión, el Procurador General del Ecuador, de fecha 8 de junio de 2009.<sup>9</sup> En dicha carta, MSDIA notificó a Ecuador de sus reclamaciones conforme al Tratado y solicitó la oportunidad de consultar con el Gobierno de Ecuador para buscar una solución de la controversia mediante medios amigables.

23. Han pasado más de seis meses desde la fecha de la carta de MSDIA; las partes no han podido resolver la controversia amigablemente; y MSDIA no ha sometido su controversia con Ecuador ante las cortes o tribunales administrativos de Ecuador ni conforme a ningún otro procedimiento para la resolución de controversias. MSDIA por lo tanto escoge dar su consentimiento a someter la controversia para su solución mediante arbitraje vinculante de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

---

<sup>8</sup> El Artículo VI(1) del Tratado define “controversia de inversión” como “una controversia entre una Parte y un nacional o una compañía de la otra Parte que se origina o tiene relación con ... (c) una presunta violación de un derecho conferido o creado por este Tratado con respecto a una inversión.” El Artículo I(1)(a) define “inversión” como “todo tipo de inversión en el territorio de una Parte que sea de propiedad o esté controlada directa o indirectamente por nacionales o compañías de la otra Parte, como capital, deuda, y contratos de servicios e inversión; e incluye: (i) bienes tangibles e intangibles, incluyendo derechos, como hipotecas, derechos de retención, y garantías prendarias; (ii) una compañía o acciones u otros intereses en una compañía o intereses en los activos de la misma; (iii) una reclamación de dinero o una reclamación de una ejecución que tenga valor económico, y asociada con una inversión; (iv) propiedad intelectual...; y (v) cualquier derecho conferido por ley o contrato, y cualquier licencia y permisos de conformidad con la ley.”

<sup>9</sup> Carta del 8 de junio de 2009 al Dr. Diego García Carrión, Procurador del Estado de la República del Ecuador, de Ethan G. Shenkman y Howard M. Shapiro, Abogados de MSIDA, adjunta al presente como Anexo C-2.

24. El Artículo VI(4) del Tratado estipula que “cada Parte por el presente da su consentimiento a someter cualquier controversia de inversión para su solución mediante arbitraje vinculante de acuerdo con la opción especificada en el consentimiento escrito del nacional o de la compañía conforme al párrafo 3. Dicho consentimiento, junto con el consentimiento escrito del nacional o de la compañía cuando se de conforme al párrafo 3 cumplirá el requisito de ... un ‘acuerdo por escrito’ para los fines del Artículo II de la Convención de Nueva York.” El consentimiento de Ecuador en el Artículo VI(4) del Tratado, junto con el consentimiento de MSDIA en esta Notificación de Arbitraje, constituye el acuerdo vinculante de someter esta controversia a arbitraje.

25. El Artículo VI(3)(b) del Tratado estipula que “una vez que el nacional o la compañía hayan dado su consentimiento, cualquiera de las dos partes de la controversia podrá iniciar el arbitraje de acuerdo con la opción especificada en el consentimiento.” MSDIA presenta esta Notificación de Arbitraje a fin de iniciar el arbitraje de acuerdo con el Artículo VI(3)(b) del Tratado.

#### **IV. NATURALEZA Y CIRCUNSTANCIAS DE LA CONTROVERSIA**

##### *A. La Planta de MSDIA en el Valle de Los Chillos*

26. Durante casi 40 años, MSDIA ha realizado negocios en Ecuador y elaboró productos farmacéuticos esenciales disponibles para el pueblo ecuatoriano. Al hacerlo, MSDIA ha contribuido sustancialmente a la salud pública y el bienestar de Ecuador y su población.

27. En noviembre de 1973, MSDIA compró 17.982 metros cuadrados de terreno en el Valle de los Chillos, aproximadamente a 15 kilómetros de distancia del centro de la ciudad de Quito, para su centro de producción. En 1974, MSDIA construyó una pequeña planta en el terreno, que incluyó áreas de producción y de bodega. Las operaciones en la planta empezaron en 1975.

28. Durante los siguientes 30 años, MSDIA manejó el centro de producción de productos farmacéuticos. A inicios del año 2002, MSDIA tenía aproximadamente 80 empleados en el centro.

29. A finales de 2001, MSDIA tomó la decisión de consolidar sus operaciones de producción en América Latina. Como parte de dicha iniciativa, MSDIA revisó sus operaciones de producción en Ecuador y concluyó que su producción debía ser transferida a las plantas que MSDIA tenía en otros países. Por ello, MSDIA decidió vender la planta del Valle de los Chillos, junto con los equipos de ser posible.

##### *B. Venta de la Planta de MSDIA del Valle de los Chillos*

30. A inicios de 2002, MSDIA dio los pasos iniciales para comercializar y vender la planta del Valle de los Chillos. Contrató a Staubach Tie Leung Spanish Americas & Caribbean Inc. (“Staubach”), la sucursal en Panamá de una firma corredora de bienes raíces destacada a nivel mundial para que tasara la planta y promoviera la venta.

31. A inicios de febrero de 2002, MSDIA y Staubach enviaron avisos a más de 100 compañías, incluyendo compañías en América Latina, Europa, Norteamérica, y Asia. Una serie de compañías expresaron su interés en la planta, y varios posibles compradores visitaron la planta y colocaron ofertas.



32. Una de esas compañías fue NIFA, una pequeña firma ecuatoriana fabricante de productos farmacéuticos que vendía fármacos de venta sin receta y genéricos de venta con receta.<sup>10</sup> NIFA tenía una participación muy pequeña del mercado farmacéutico ecuatoriano general, con ventas de productos que representaban un 0.12% y 0.14% del total del mercado farmacéutico ecuatoriano entre 2002 y 2004, y sus ventas de productos genéricos representaban un promedio de sólo 2.7% del mercado farmacéutico de genéricos durante ese periodo. El total de ventas de NIFA en 2002 fue solamente \$2,4 millones, y sus ganancias sobre esas ventas fueron solo \$2.165.<sup>11</sup>

33. NIFA expresó interés en adquirir la planta del Valle de los Chillos y algunos de sus equipos, y MSDIA entró en negociaciones con NIFA. En mayo de 2002, MSDIA y NIFA celebraron un acuerdo de confidencialidad en virtud del cual acordaron mantener confidencial cualquier información intercambiada durante el proceso.<sup>12</sup> En dicho acuerdo de confidencialidad, NIFA y MSDIA acordaron que “nada de lo incluido en este Acuerdo o en cualquier conversación mantenida o divulgaciones hechas de conformidad con el presente se considerarán un compromiso de [NIFA], por una parte, o MSD[IA], por la otra parte, de entrar en una relación comercial, un contrato o un trato futuro con la otra.”

34. Durante las negociaciones subsiguientes, NIFA expresó reservas acerca de la planta de MSDIA, quejándose en numerosas ocasiones de que estaba desactualizada, no era idónea para las necesidades de NIFA, y que iba a requerir una refacción completa. NIFA también indicó repetidamente a MSDIA que estaba considerando otras opciones para ampliar su negocio, entre ellas construir su propia planta. Por ejemplo, en cierto momento, NIFA detuvo las negociaciones, informando a MSDIA que había decidido no comprar la planta porque había concluido que construir su propio centro le resultaría menos costoso que realizar las mejoras necesarias en la planta de MSDIA. En otro momento, NIFA informó a MSDIA que estaba en conversaciones con Albanova, otra compañía farmacéutica ecuatoriana para comprar la planta de esa compañía.

35. El 20 de noviembre de 2002, MSDIA y NIFA se reunieron en las oficinas de Staubach en Panamá. Las Partes conversaron sobre los términos de una venta propuesta, incluyendo el precio, las obligaciones fiscales y el modo de pago.<sup>13</sup> Sujeto a lograr un acuerdo final sobre todos los términos, las partes acordaron en principio en un precio de compra de \$1,5 millones. El mismo día, MSDIA formalizó los términos conversados en la reunión de Panamá en una carta transmitida electrónicamente, y NIFA aprobó la carta por correo electrónico el 26 de noviembre de 2002. La carta dejaba claro que no era ni una carta de intención ni un contrato, indicando que “esta carta no obliga a las partes a nada de lo anterior hasta que se firme una carta de intención o un contrato.”

---

<sup>10</sup> NIFA pasó a ser “PROPHAR S.A.” en agosto de 2010.

<sup>11</sup> Los datos sobre las ganancias y ventas de NIFA se obtuvieron de las declaraciones de impuestos de NIFA insertadas en el acta judicial ecuatoriana. La información sobre la participación de mercado de NIFA se calculó a partir de datos certificados compilados por la compañía de investigación y datos de mercado IMS Ecuador S.A., y se insertó en el acta judicial.

<sup>12</sup> De conformidad con este acuerdo de confidencialidad, MSDIA brindó a NIFA amplia información relativa a la planta, los equipos y la configuración de las operaciones de MSDIA. Además, de conformidad con dicho acuerdo, NIFA posteriormente entregó un “plan de negocios” a Staubach de forma que Staubach pudiera ayudar a NIFA a obtener la financiación para comprar la planta de MSDIA.

<sup>13</sup> NIFA no había obtenido financiación para comprar la planta en la época de la reunión del 20 de noviembre de 2002. Por tal motivo, Staubach posteriormente identificó una fuente de financiación, que las partes creían que estaría disponible para NIFA para marzo de 2003.

36. Menos de una semana después de la reunión en la ciudad de Panamá, MSDIA descubrió que incluso mientras negociaba la compra de la planta de MSDIA, NIFA había solicitado y obtenido ciertos registros del Ministerio de Salud del Ecuador para elaborar el fármaco Rofecoxib, un fármaco patentado cuyos derechos exclusivos de comercialización en el Ecuador eran de MSDIA. Rofecoxib, que se vendía en el Ecuador con la marca comercial "Vioxx", era la patente más valiosa de MSDIA en Ecuador en esa época.

37. Los actos de NIFA indicaban que había planeado fabricar Rofecoxib violando los derechos exclusivos de MSDIA, lo cual podría probablemente ocasionar daños sustanciales al negocio de MSDIA en Ecuador. Por otra parte, los planes aparentes de NIFA de violar los derechos de propiedad intelectual de Merck con respecto a Rofecoxib dieron pie a una preocupación más general sobre otras formas en que las prácticas comerciales de NIFA podrían perjudicar el negocio de MSDIA. MSDIA estaba preocupada de que, si NIFA adquiría la planta y los equipos de MSDIA, NIFA podría fabricar y comercializar otros productos producidos por MSDIA de una forma que podría confundir a los consumidores en cuanto a su verdadero origen.

38. MSDIA explicó esas preocupaciones a NIFA. Las partes se reunieron en las oficinas de MSDIA en Quito el 22 de enero de 2003. En dicha reunión, MSDIA propuso abordar sus preocupaciones procediendo con la propuesta venta si NIFA acordaba no producir copias de los productos de MSDIA en la planta durante cinco años después de la venta. Después de unas conversaciones preliminares sobre la propuesta de MSDIA, NIFA abandonó la reunión y dio por terminadas las negociaciones. Entonces, MSDIA decidió buscar un comprador diferente para la planta.

39. Posteriormente, MSDIA comenzó negociaciones con Ecuaquímica, una compañía ecuatoriana activa en la industria farmacéutica. En julio de 2003, MSDIA vendió la planta (sin los equipos) a Ecuaquímica por \$830.000.<sup>14</sup>

*C. Procedimientos en el Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha*

40. En diciembre de 2003, NIFA presentó una demanda en el Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha, un tribunal ecuatoriano de primera instancia, para obtener \$200 millones por daños de MSDIA.

1. Las reclamaciones de NIFA

41. Sin ningún fundamento en los hechos, NIFA alegó que MSDIA había participado en un "plan" con el fin de eliminar a NIFA como competidora; que MSDIA nunca había tenido la intención de vender a NIFA su planta, sino que había utilizado la transacción como excusa para obtener planes comerciales confidenciales de NIFA e impedir a ésta que explorara otras posibles plantas; y que MSDIA entonces incluyó términos nuevos e inaceptables en las negociaciones, destruyendo la esperanza de NIFA de crecer como negocio.

42. La queja de NIFA no enunciaba claramente el fundamento legal conforme al cual NIFA presuntamente tenía derecho a recibir indemnización por daños. Durante el curso de los procedimientos,

---

<sup>14</sup> MSDIA celebró la escritura de venta de la planta con una filial de Ecuaquímica. Como Ecuaquímica no lo quería, MSDIA vendió los equipos por separado a otras partes.

NIFA explicó que estaba reclamando una especie de violación de la defensa de la competencia, aparentemente basándose en la teoría de que MSDIA había utilizado una posición de mercado presuntamente dominante para impedir que NIFA introdujera nuevos productos en el mercado farmacéutico.

43. Esa idea no tenía sustento ni en los hechos del presente caso ni en la ley del Ecuador. Tanto en la época de los eventos en cuestión como en la época en que NIFA presentó su demanda en 2003, Ecuador no había adoptado ninguna ley de defensa de la competencia.<sup>15</sup> Además, incluso si la ley ecuatoriana hubiese incluido una ley sustantiva de defensa de la competencia y hubiese reconocido las reclamaciones de defensa de la competencia en los momentos pertinentes (lo cual no sucedió), la teoría de defensa de la competencia de NIFA no tenía ningún fundamento en hechos objetivos. MSDIA no tenía ni tiene una posición dominante en el mercado farmacéutico ecuatoriano; es más, en el año 2002, tenía solamente el 3% de participación en el mercado. Al menos otras siete compañías tenían una participación igual o mayor del mercado.<sup>16</sup>

44. Además, NIFA también tenía una pequeña posición en el mercado farmacéutico ecuatoriano, con una participación de mercado de solamente el 0.12% y ganancias de solamente \$ 2.165 en el año 2002. Aparte de la explotación de cuestiones sobre confusión de productos, si NIFA hubiera operado la planta, NIFA no habría presentado ningún tipo de amenaza para MSDIA. MSDIA por lo tanto no tenía ni los medios ni ningún motivo para levantar barreras para impedir que NIFA expandiera su negocio. Cabe señalar que, cuando las conversaciones de MSDIA con NIFA se fueron a pique, MSDIA vendió su planta a otra compañía ecuatoriana activa en el sector farmacéutico.

45. NIFA tampoco pudo explicar por qué la decisión de MSDIA de vender su planta a otra compañía había ocasionado un daño tan importante a NIFA. Después de que finalizaron las negociaciones para la planta de MSDIA, NIFA quedó libre para construir su propia planta de producción, expandir sus propias plantas existentes o comprar otra planta, en cada caso una opción que esta compañía había dejado claro durante las negociaciones que la estaba considerando. Y tanto durante como después de las negociaciones, NIFA tuvo libertad de seguir otras opciones también.

46. Finalmente, los presuntos daños de NIFA de \$200 millones fueron totalmente fantasiosos. Los ingresos netos de NIFA en el año 2002 fueron solamente \$ 2.165. NIFA no dio ninguna explicación de cómo era posible que el lucro cesante de la transacción fallida pudiera llegar a \$200 millones... *casí 100.000 veces los ingresos anuales de NIFA del 2002 y más de 133 veces lo que había estado dispuesta a pagar por la planta.*

---

<sup>15</sup> La República del Ecuador ha afirmado repetidamente que no tenía ninguna norma o reglamento para la defensa de la competencia en la época de los hechos pertinentes, y las resoluciones de sus juzgados por el contrario son claramente injustas e irracionales, y violan principios fundamentales del debido proceso. En marzo de 2005, la Comisión Andina adoptó la Decisión Andina No. 608, por sus propios términos un estándar regional sobre la competencia que se aplicaba solamente a la conducta que tuviera efectos en más de un estado miembro de la Comunidad Andina. En la Decisión, la Comisión Andina expresamente reconoció que Ecuador no tenía ninguna ley interna sobre la competencia en esa época. En marzo de 2009, en el Decreto Ejecutivo No. 1614, el Presidente Correa expresamente declaró que “Ecuador no tenía una norma interna sobre la defensa de la competencia en la fecha en que se promulgó la Decisión 608” (es decir, marzo de 2005), y no había promulgado ninguna ley interna de defensa de la competencia a la fecha del Decreto Ejecutivo No. 1614. En efecto, no fue sino hasta el año 2011 que Ecuador adoptó su propia ley interna de defensa de la competencia. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555 (13 de octubre de 2011).

<sup>16</sup> El mercado farmacéutico ecuatoriano era sumamente competitivo. En 2003, las 20 principales compañías todas tenían participaciones de mercado entre el 2% y el 6%.

2. Procedimientos ante el Juez Juan Toscano Garzón

47. La demanda de NIFA fue asignada al Juez Juan Toscano Garzón, quien presidió durante toda la fase de presentación de pruebas del juicio. Entre mediados del año 2004 y mediados del 2006, el juez Toscano supervisó la compilación de un voluminoso expediente de pruebas. Dicho expediente incluía informes y datos públicos sobre el mercado farmacéutico ecuatoriano y sobre el rendimiento financiero de NIFA y de MSDIA, así como también cientos de documentos generados durante las negociaciones de las partes en 2003. El Juez Toscano también llevó a cabo varias inspecciones judiciales, designó a seis peritos (varios de ellos presentaron múltiples informes), y admitió el testimonio de dos ex empleados de Staubach.

48. NIFA no ofreció ninguna prueba que sustentara su reclamación de que MSDIA había cometido una violación de la ley sobre defensa de la competencia, y la única prueba que NIFA ofreció para respaldar la magnitud de su presunto perjuicio fue un "plan de negocios", preparado por NIFA en octubre de 2002 para obtener financiación para la compra. El "plan de negocios" de NIFA predijo era que el total global de ganancias que NIFA podría ganar de la planta de MSDIA entre 2003 y 2012 era \$12,9 millones, es decir, menos que \$1,3 millones por año.

49. Además, el "plan" de NIFA estaba cimentado en suposiciones que eran claramente poco realistas, entre ellas que NIFA gozaría de importantes ventas de Rofecoxib, lo cual habría violado los derechos intelectuales de MSDIA, y que lograría un margen de ganancias superior al 25% de ganancias máximas que está permitido conforme a las leyes del Ecuador que regulan el precio de los medicamentos.<sup>17</sup> Pero incluso el propio plan excesivamente optimista de NIFA – que constituyó su principal prueba de daños—se quedó corto por \$187 millones en comparación con los \$200 millones de lucro cesante que reclamó.

50. El tribunal de primera instancia cometió una serie de irregularidades de procedimiento y violaciones del derecho ecuatoriano durante el periodo de pruebas del proceso. Entre otras cosas, el Juez Toscano admitió pruebas presentadas por NIFA en circunstancias claramente incorrectas y no dictaminó sobre varias mociones y defensas legítimas planteadas por MSDIA durante el proceso.

51. Por ejemplo, NIFA introdujo el testimonio de un solo testigo, una ex empleada de Staubach que participó en las etapas iniciales de las negociaciones entre las partes. El viernes 25 de junio de 2004, NIFA presentó una petición escrita ante el juzgado, cinco minutos antes del cierre del día hábil en el juzgado, a las 4:55 de la tarde, pidiendo por primera vez el testimonio del testigo. Veinticinco minutos después, a las 5:20 de la tarde, después del cierre del día hábil judicial, el juzgado concedió la petición y ordenó que se tomara su testimonio a las 8:00 de la mañana el día lunes 28 de junio. El abogado de MSDIA no recibió notificación de su testimonio hasta después de que el testimonio había comenzado, y no estuvo presente para observar su testimonio ni para hacerle preguntas de contrainterrogatorio.

---

<sup>17</sup> El Artículo 3 de la Ley sobre la Producción, Importación, Comercialización y Ventas de Fármacos Genéricos para Uso Humano, Registro Oficial Número 59, 17 de abril de 2000, y el Artículo 2 de las Reglas del Consejo Nacional sobre Fijación de Precios y Revisión de Precios de Fármacos para Uso Humano, Registro Oficial Número 84, 24 de mayo de 2000, fijaron los precios de los fármacos genéricos vendidos en el Ecuador de manera de dar un margen máximo de ganancias del 25%.

52. Al día siguiente, el abogado de MSDIA objetó el testimonio de la testigo de NIFA, solicitó que el juzgado permitiera que MSDIA contra interrogara a la testigo, y presentó 12 preguntas escritas para tal fin. El 18 de agosto de 2005 (más de un año después de que la testigo testificó inicialmente), el juzgado dio un decreto anunciando que el contrainterrogatorio de la testigo tendría lugar cualquier día a partir del 29 de agosto de 2005, o después. MSDIA presentó una petición solicitando que el juzgado fijara una fecha y hora específicas para el testimonio, para que el abogado de MSDIA se presentara e interrogara a la testigo, y presentó 18 preguntas adicionales del contrainterrogatorio. Pero el 29 de agosto de 2005, sin más notificación al abogado de MSDIA, mientras se estaba pendiente la petición de MSDIA de que el juzgado fijara una fecha para el testimonio, el juzgado tomó el testimonio de la testigo. Los abogados de MSDIA no estaban presentes. El juzgado planteó las 12 preguntas originales de MSDIA a la testigo, pero no le preguntó las otras 18 preguntas que MSDIA había presentado con su petición.

53. La decisión del juzgado de permitir que el único testigo de NIFA testificara en dos ocasiones separadas sin previa notificación a MSDIA de la hora y el lugar fue sumamente irregular, privó a MSDIA de la oportunidad de estar presente durante el testimonio o de contra interrogar a la testigo, y es prueba del sesgo del juzgado contra MSDIA y de parcialidad hacia la demandante ecuatoriana.<sup>18</sup>

3. Procedimientos ante la Jueza Victoria Flordelina de Lourdes Chang Huang Castillo

54. El 17 de septiembre de 2007, más de un año después de haberse cerrado el periodo probatorio del juicio, el Juez Toscano fue elevado al tribunal de apelaciones y la Jueza Victoria Flordelina de Lourdes Chang Huang Castillo fue designada para reemplazar al Juez Toscano como juez presidente.

55. Los autos residían en los archivos del juzgado, y la Jueza Provisional Chang-Huang no tomó ninguna medida con relación al caso durante tres meses después de su designación. Luego, el miércoles 12 de diciembre de 2007, las actas del juzgado muestran que las actas del juicio de más de 6.000 páginas fueron transmitidas a su oficina por primera vez. Las actas judiciales también revelan que la jueza “tomó conocimiento” del asunto (un paso conforme al procedimiento civil ecuatoriano por el cual el juez asume jurisdicción formalmente) cinco días después, el 17 de diciembre de 2007 a las 2:06 de la tarde.

56. Menos de tres horas y media después, a las 5:30 de la tarde del 17 de diciembre, la Jueza Provisional Chang-Huang dio una decisión de 15 páginas a favor de NIFA otorgándole la totalidad de los \$200 millones por daños que ésta había reclamado.<sup>19</sup> En los 204 minutos desde el momento en que tomó conocimiento del caso hasta que dio su decisión, era evidentemente imposible que la Jueza Provisional Chang-Huang revisara de manera constructiva el expediente voluminoso o considerara y redactara una sentencia de 15 páginas.

57. En efecto, la decisión escrita de la Jueza Provisional Chang-Huang demostró que ella no estaba familiarizada con el expediente. Su decisión adoptó de modo general las acusaciones de NIFA como si éstas hubiesen sido probadas y pasó totalmente por alto las pruebas opuestas presentadas por MSDIA.

---

<sup>18</sup> Es digno de notar que estos procedimientos estuvieron dirigidos por el juez de primera instancia original, Juez Toscano. Cuando el Juez Toscano fue posteriormente elevado al tribunal de apelaciones, él nombró al abogado litigante de NIFA en este caso, Juan Carlos Andrade, como su juez "suplente" para los casos en que fuera recusado.

<sup>19</sup> La decisión del tribunal de primera instancia ecuatoriano está adjunta al presente como Anexo C-3.

La decisión consistió mayormente en una recitación textual de la demanda de NIFA -- sin reconocer que lo estaba haciendo-- incluyendo una serie de errores idénticos tipográficos y gramaticales.<sup>20</sup>

58. Dos peritos lingüistas han comparado una serie de otras sentencias pronunciadas por la Jueza Provisional Chang-Huang con la decisión de NIFA. Los peritos concluyeron, basándose en diversos indicios incluyendo gramática y estilo, que la decisión de NIFA probablemente tuvo otro autor que no era la Jueza Provisional Chang-Huang. Como se señala en la Sección V que sigue, el Departamento de Estado de los Estados Unidos ha reconocido que ha habido numerosos reportes de los medios en Ecuador “sobre la posibilidad de .... que los jueces envíen los casos a abogados externos, quienes escribían las sentencias judiciales y se las devolvían al juez presidente para que las firme.”<sup>21</sup> En este caso, las circunstancias sugieren que la decisión probablemente fue al menos en parte el producto del trabajo del abogado de la demandante.

59. La decisión de la Jueza Provisional Chang-Huang también se refirió a teorías sobre la defensa de la competencia que no tenían sustento en el derecho ecuatoriano ni en las pruebas. Como ya se expuso, Ecuador no había adoptado ninguna ley de defensa de la competencia en la época de la sentencia del juzgado. En tales circunstancias, ningún juzgado sin sesgo e imparcial, que diera un fallo en 2007 y tratara los eventos ocurridos en 2002 y 2003 podría haber confirmado una reclamación que se basara en pretendidas teorías de defensa de la competencia.<sup>22</sup>

60. Adicionalmente, incluso si el derecho ecuatoriano hubiese reconocido reclamaciones sobre defensa de la competencia en esa época, lo cual no era así, la decisión de la Jueza Provisional Chang-Huang no explicó de qué forma MSDIA pudo haber violado cualquier principio concebible de la libre competencia. La sugerencia del juzgado de que MSDIA tenía poder de mercado para excluir a los productos de NIFA del mercado farmacéutico ecuatoriano era demostrablemente falsa. Como ya se

<sup>20</sup> Por ejemplo, tanto la demanda de NIFA como la decisión de la Jueza Chang-Huang contienen la frase “... por lo cual se encuentra en el dominio público, lo que equivale...” La palabra “domino” significa “dominar”, y es claro que es un error tipográfico. La palabra correcta en esa frase sería “dominio” que significa “dominio”. Con la corrección, la frase dice así “... por eso está en el dominio público, lo cual equivale a...” “En el texto original de la demanda y la decisión, la frase se lee así: “por eso está en el dominio público, lo cual es equivalente.” El hecho de que la decisión de la Jueza Chang-Huang contenga esa frase sin sentido sugiere fuertemente que ella no redactó ni revisó a conciencia el texto de su decisión. En los dos documentos hay otros ejemplos similares.

<sup>21</sup> Departamento de Estado de EE.UU., Informe de País 2010 sobre las Prácticas de Derechos Humanos – Ecuador, 8 de abril de 2011, en 9, <http://www.state.gov/documents/organization/160163.pdf>. Después de que la Jueza Provisional Chang-Huang pronunció la sentencia en diciembre de 2007, MSDIA descubrió que se habían presentado al menos cuatro demandas administrativas en contra de ella con relación a su conducta solamente durante sus tres primeros meses en el tribunal. Fue removida del Juzgado de lo Civil el 7 de julio de 2010. El 10 de marzo de 2011, la Sra. Chang-Huang testificó ante un Comité de la Asamblea Nacional del Ecuador en procedimientos relacionados con acusaciones de corrupción contra miembros del Consejo de la Judicatura. La Sra. Chang-Huang testificó que como jueza había sido presionada por el entonces presidente del Consejo Benjamín Cevallos y el miembro Luis Germán Vásquez Galarza, y que en un caso no nombrado, se le ofreció (y alegó que rechazó) un soborno de \$2 millones. Ella se negó a hablar sobre el caso NIFA. Ver el Testimonio de Chang-Huang ante la Comisión Auditora de la Asamblea Nacional del Ecuador (10 de marzo de 2011).

<sup>22</sup> En su decisión, la Jueza Provisional Chang-Huang también se refirió a la doctrina de *culpa in contrahendo*, una causal de acción por “culpa al contratar” no reconocida en el Ecuador. En los sistemas jurídicos nacionales que reconocen *culpa in contrahendo* (como Bolivia, Italia y Alemania), ello se estipula en disposiciones legales explícitas. Ver por ejemplo, el Artículo 1337 del Código Civil Italiano, Artículos 122, 179, 307 y 309 del Código Civil Alemán y el Artículo 465 del Código Civil Boliviano. Por el contrario, el derecho ecuatoriano regula las negociaciones contractuales en los Artículos 1453 y 2184 del Código Civil, y esos artículos no reconocen *culpa in contrahendo*. NIFA no invocó *culpa in contrahendo* en su demanda y no ofreció ninguna prueba para sustentar dicha reclamación. Como se señala más abajo, incluso el tribunal de apelaciones, que sí resolvió en general a favor de NIFA, no se basó en esa teoría.

señaló, MSDIA tenía una participación de mercado de apenas el 3% en 2002. Ese mismo año, había siete participantes con participaciones de mercado iguales o mayores que MSDIA. Además, el mercado farmacéutico ecuatoriano era muy competitivo. Ningún participante tenía una participación de mercado que fuera mayor al 6% en 2002 y 2003.

61. Por otra parte, incluso si MSDIA hubiese efectivamente tenido un poder dominante en el mercado, lo cual no era así, MSDIA no había impedido que NIFA hiciese nada que NIFA tuviese derecho a hacer. Aunque MSDIA había vendido su planta a otra compañía ecuatoriana, y no a NIFA, MSDIA no había impedido que NIFA expandiera sus negocios, introdujera nuevos productos en el mercado, comprara otras instalaciones o construyera sus propias instalaciones. Y los principios de defensa de la competencia no podrían haber impuesto a MSDIA la obligación de vender su planta, mucho menos a NIFA antes que a otra compañía ecuatoriana.

62. El juzgado de primera instancia aceptó como si fuera un hecho la afirmación de NIFA de que no tenía otros medios de expansión disponibles que no fuera la pequeña planta de MSDIA. Esta conclusión no tiene fundamento y contradice de plano las pruebas obrantes en los autos. Esas pruebas demostraban que NIFA había mantenido negociaciones paralelas para otro posible lugar para producción al mismo tiempo que negociaba con MSDIA y que NIFA también había considerado expandir su centro actual o construir un nuevo centro en un terreno vacío en vez de comprar uno ya existente. En efecto, incluso la propia (y única) testigo de NIFA testificó durante los procedimientos en el juzgado de primera instancia que había tres otras instalaciones de producción farmacéutica disponibles para la venta al mismo tiempo que la planta de MSDIA. La Jueza Provisional Chang-Huang hizo caso omiso de esas pruebas.

63. La Jueza Provisional Chang-Huang tampoco llevó a cabo ningún análisis sobre si NIFA había sufrido daños o la magnitud de dichos daños. Su decisión simplemente otorgó \$200 millones, la suma que NIFA había reclamado en su demanda, por decreto. Su decisión citó el plan de negocios de 2002 de NIFA para apoyar el laudo de daños (sin abordar las deficiencias de dicho documento), pero no intentó explicar cómo un plan de negocios que valoraba la adquisición que realizaría NIFA en *\$12,9 millones* durante los siguientes 10 años – incluso si se le daba crédito—podía justificar *\$200 millones* en daños. Y desde luego, eso no puede justificar dicho laudo. El laudo excede en *más de \$187 millones* la única prueba de daños que la misma NIFA ofreció.

64. Ni tampoco se podía dar crédito razonablemente al plan de negocios de NIFA. Como se señaló más arriba, las ganancias netas de NIFA en 2002 fueron  $\cdot 2.165$ .<sup>23</sup> En 2002, todo el mercado ecuatoriano de productos farmacéuticos genéricos, del cual NIFA tenía solamente una pequeña participación de mercado, totalizaron solamente \$20,4 millones en ventas.<sup>24</sup> No existe motivo racional para que la Jueza Provisional Chang-Huang sostuviera totalmente sin explicación que los daños resultantes de las negociaciones fallidas fueron (i) casi *100.000 veces* las propias ganancias anuales de NIFA en 2002, (ii) *133 veces* el precio de compra propuesto de la planta (\$1,5 millones), (iii) y 10 veces el tamaño de todo el mercado ecuatoriano de genéricos – en ventas brutas—de ese año.

65. No se dio a MSDIA la debida notificación de la decisión de la Jueza Provisional Chang-Huang. La decisión fue pronunciada a las 5:30 de la tarde el 17 de diciembre de 2007. Conforme a la ley de

<sup>23</sup> Los ingresos netos promedio de NIFA durante los años 2001 a 2003 fueron aproximadamente \$8.400.

<sup>24</sup> Según los datos de mercado compilados por IMS Ecuador S.A., e introducidos en el acta judicial, NIFA tenía una participación de mercado del 2.4% del mercado de genéricos en 2002.

procedimiento ecuatoriana y a la práctica normal judicial, se coloca una copia de la notificación en papel en el casillero judicial de la firma jurídica que consta en autos como abogados en los procedimientos.<sup>25</sup> Inexplicablemente, en ningún momento se colocó notificación alguna de la sentencia de la Jueza Provisional Chang-Huang en el casillero de los abogados de MSDIA.

66. Conforme a la ley de procedimientos ecuatoriana y a la práctica regular judicial, también se envía una copia de la sentencia completa electrónicamente al abogado designado. Sin embargo, cuando el juzgado transmitió la sentencia electrónicamente al abogado de MSDIA el día en que se pronunció la sentencia, el texto de la decisión estaba truncado y no incluía la sección de la sentencia que incluía, entre otros puntos cruciales, el laudo de daños del juzgado. Así pues, una persona que revisara la sentencia enviada electrónicamente por el juzgado sabría que trató el tema de la responsabilidad pero no que incluyó un laudo de \$200 millones en daños.

67. El derecho procesal ecuatoriano requiere que una parte presente la notificación de apelación de una sentencia adversa dentro de solamente tres días desde la notificación de la decisión.<sup>26</sup> Si una parte no presenta la notificación de apelación dentro de tres días, habrá renunciado a su apelación. El hecho inexplicable de que el juzgado no colocara la notificación de la sentencia en el casillero judicial del abogado de MSDIA y el hecho de que omitiera los daños otorgados en la copia incompleta transmitida electrónicamente parecen haber sido calculados para evitar que MSDIA ejerciera su derecho a apelar.

*D. Procedimientos en la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de lo Comercial y lo Civil*

68. A pesar de que el juzgado no notificó a MSDIA de la decisión como debía, MSDIA pudo presentar una apelación a tiempo ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de lo Comercial y lo Civil (la “corte de apelaciones”). El 7 de julio de 2008, el caso fue asignado a la Primera Cámara de dicha Corte ante los jueces Alberto Palacios, Beatriz Suárez y Juan Toscano Garzón.<sup>27</sup>

1. Notificación de la Corte de tomar posesión del caso

69. La corte de apelaciones formalmente tomó posesión del caso el 15 de julio. Conforme al derecho procesal ecuatoriano, una vez que la corte de apelaciones toma posesión, el apelante tiene diez días hábiles para presentar su “Fundamentación de la Apelación”, o escrito inicial de apelación.<sup>28</sup> Si una parte no presenta su Fundamentación dentro de ese plazo de diez días, habrá renunciado a su derecho a apelar.<sup>29</sup>

70. Aunque el tribunal de apelaciones formalmente tomó posesión del caso el 15 de julio, MSDIA no fue debidamente notificado de que esto había ocurrido. En realidad, MSDIA no se enteró de que el tribunal había tomado posesión del caso hasta el 29 de julio a finales de la tarde, el último día del plazo

<sup>25</sup> Código de Procedimiento Civil del Ecuador, Artículo 75.

<sup>26</sup> Código de Procedimiento Civil del Ecuador, Artículo 324

<sup>27</sup> El Juez Toscano era el mismo juez que manejó los procedimientos en el juzgado de primera instancia desde 2003 hasta 2007, cuando fue reemplazado por la Jueza Chang-Huang. El Juez Toscano participó durante el primer año de los procedimientos del tribunal de apelaciones, luego se excusó y fue reemplazado por el Juez Adjunto Permanente Marco Callejo Jijón en junio de 2009.

<sup>28</sup> Código de Procedimiento Civil del Ecuador, Artículo 408

<sup>29</sup> Código de Procedimiento Civil del Ecuador, Artículo 408



de diez días. MSDIA sin embargo pudo presentar el borrador de su Fundamentación que ya tenía preparado apenas minutos antes de que venciera el plazo. Repetimos, el hecho de que el tribunal no notificó a MSDIA de que había tomado posesión del caso parece haber sido calculado para evitar que MSDIA ejerciera su derecho a apelar.

## 2. Las pruebas en el Tribunal de Apelaciones

71. En los procedimientos del tribunal de apelaciones, NIFA basó su caso totalmente en la presunta violación de la libre competencia, argumentando que MSDIA había “abusado” de una “posición dominante” a fin de evitar que NIFA entrara a un mercado o mercados no especificados. NIFA además afirmó que se debería hacer responsable a MSDIA en virtud de principios de defensa de la competencia a pesar del hecho de que en los años 2002 y 2003, y durante muchos años posteriores, no existieron en Ecuador leyes de defensa de la competencia.

72. Como sucedió en el tribunal de primera instancia, NIFA nuevamente no brindó ninguna fundamentación para su caso. NIFA no ofreció testigos en los procedimientos del tribunal de apelaciones, ya sea sobre las negociaciones fallidas o sobre sus presuntos daños. La única “prueba” complementaria de daños que NIFA ofreció fue un documento presuntamente preparado por una compañía de investigación y datos de mercado, IMS Ecuador S.A. Este supuesto “informe IMS” consistió en una hoja de cálculo de Microsoft Excel que fue presentada electrónicamente en CD, acompañada por una carta de presentación de una página presuntamente firmada por un empleado de IMS Ecuador. NIFA presentó el informe IMS a las 5 de la tarde en el último día del periodo probatorio fijado por el tribunal para presentar pruebas.

73. MSDIA objetó tanto la admisibilidad como el contenido del “informe IMS”. Entre otras cosas, MSDIA objetó que IMS previamente había suministrado datos de mercado certificados a MSDIA, los cuales MSDIA había presentado como pruebas ante el tribunal de apelaciones. El “informe IMS” presentado por NIFA utilizó datos que no estaban certificados por IMS, y que no coincidían con los datos certificados que habían sido suministrados por IMS y que obraban en el acta judicial. MSDIA además demostró que el “informe IMS” contenía cifras de ventas históricas de NIFA que no coincidían con las revelaciones que NIFA había hecho en sus declaraciones tributarias ante el gobierno del Ecuador. Adicionalmente, el “informe IMS” incluía como “ventas perdidas” ventas proyectadas de Rofecoxib por parte de NIFA, lo cual habría sido en violación de los derechos de propiedad intelectual de MSDIA. En cada caso, el impacto de las discrepancias en los datos fue aumentar las supuestas “ventas perdidas” que sufrió NIFA.

74. MSDIA solicitó al tribunal que le permitiera tomar el testimonio del empleado de IMS Ecuador con cuya firma presuntamente se presentó el informe. El tribunal de apelaciones rechazó la petición de MSDIA debido a que no se escucharía ningún testimonio de testigos después de las 5 de la tarde en el último día del plazo probatorio, es decir, el momento preciso en que NIFA había presentado su “informe IMS”. Por lo tanto, se denegó a MSDIA la oportunidad de cuestionar dicha prueba, es decir, si era lo que pretendía ser o no, o cuestionar su contenido. El tribunal declaró que el informe fue puesto debidamente en el acta y nunca abordó las demás objeciones de MSDIA. Al final, en su decisión de otorgar daños por \$150 millones, el tribunal se basó en el presunto “informe IMS”, al cual había aislado de toda objeción.

75. Sin embargo, incluso si se considera el “informe IMS” por su valor aparente, dicho “informe” no sirvió para sustentar las reclamaciones de NIFA. El “informe IMS” pretendió calcular las “ventas perdidas” de NIFA en \$28 millones. No pretendió calcular las presuntas *ganancias* perdidas de NIFA. Sin embargo, con el margen de ganancias históricas promedio de NIFA (entre 2003 y 2006) del 3.2%, las *ventas* perdidas de \$28 millones se traducirían en *ganancias* perdidas de menos de \$1 millón. NIFA no presentó ninguna otra prueba para sustentar su reclamación de ganancias perdidas.

76. NIFA afirmó, sin fundamento, que no tuvo opciones alternativas para expandir sus operaciones después de que finalizaron las negociaciones con MSDIA. Pero MSDIA demostró con documentos y testimonios que NIFA había tenido la libertad de expandir sus instalaciones existentes, y que además era libre de adquirir una de las muchas instalaciones de producción que estaban disponibles a la venta en esa época, o construir una nueva instalación en uno de los terrenos de las docenas de terrenos que estaban disponibles y debidamente zonificados en el área de Quito.

77. MSDIA ofreció pruebas periciales de una serie de peritos bien cualificados, incluyendo un perito en derecho de defensa de la competencia, y dos peritos en daños. En cuanto al derecho y los principios de la defensa de la competencia, MSDIA introdujo una opinión experta escrita preparada por el Dr. Luis José Diez Canseco Núñez. El Dr. Diez Canseco es un distinguido abogado peruano y un perito reconocido internacionalmente en el derecho de la competencia en América Latina. El Dr. Diez Canseco había trabajado para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y la Secretaría General de la Comunidad Andina. Se había desempeñado como consultor sobre competencia y asuntos afines para varios países sudamericanos y europeos, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la USAID.

78. El Dr. Diez Canseco explicó que el derecho ecuatoriano no incluía principios de defensa de la competencia y por ende no podía proporcionar fundamento para la responsabilidad en el presente caso. Además, basándose en un examen detenido del acta, concluyó que incluso si hubiese existido en Ecuador una ley de defensa de la competencia, MSDIA no tenía una posición dominante en ningún mercado pertinente concebible y no había realizado ninguna conducta contra la competencia que pudiera servir de sustento para la responsabilidad.

79. MSDIA también presentó opiniones escritas de dos peritos ecuatorianos en daños destacados y sumamente respetados, Rolf Stern y Walter Spurrier Baquerizo. Cada uno de ellos concluyó que NIFA no había demostrado el perjuicio ocasionado por no adquirir la planta y debido a ello no tenía derecho a daños y perjuicios.

### 3. Los peritos designados por el tribunal

80. Conforme a las reglas de procedimiento del Ecuador, a petición de una parte, los tribunales pueden designar peritos “designados por el tribunal” para que den su opinión sobre temas específicos. Siempre que es posible, los tribunales designan a personas que han sido “acreditadas” como peritos en el tema pertinente por la oficina regional del Consejo de la Judicatura.<sup>30</sup> Cuando una parte solicita que el

---

<sup>30</sup> Artículo 252 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador. El Consejo de la Judicatura fue disuelto en julio de 2011 y reemplazado por un “Consejo de la Judicatura Transitorio” compuesto por tres personas, que fue establecido por referéndum popular en mayo de 2011. El Consejo de la Judicatura Transitorio asumió todas las funciones del Consejo de la Judicatura, incluyendo la facultad de reemplazar a todos los jueces de turno del Ecuador. Decreto Ejecutivo No. 872 (6 de septiembre de

tribunal designe un perito en un tema para el cual no hay peritos acreditados, el tribunal puede solicitar recomendaciones de otros órganos, como el correspondiente ministerio del gobierno ecuatoriano o la asociación de comercio pertinente.

81. MSDIA solicitó que el tribunal de apelaciones designara a un perito en leyes sobre la defensa de la competencia, dos peritos en daños y un perito en bienes raíces. NIFA solicitó por separado que el tribunal de apelaciones designara a un perito en daños.

*Perito en bienes raíces designado por el Tribunal: Manuel Silva*

82. En junio de 2009, el tribunal de apelaciones otorgó la petición de MSDIA de designar a un perito en bienes raíces, nombrando a un agente de bienes raíces del área de Quito muy respetado, Manuel Silva, para que examinara las pruebas sobre bienes raíces ya incluidas en el acta por MSDIA y para que diera un informe pericial independiente.

83. El 23 de diciembre de 2009, el Sr. Silva presentó su informe pericial ante el tribunal de apelaciones. Concluyó que NIFA había tenido a su disposición una serie de alternativas, además de la planta del Valle de los Chillos de MSDIA, si hubiera querido expandir su negocio. Es más, encontró que NIFA había tenido éxito en cuanto a expandir su propia planta después de que se dieron por terminadas las negociaciones con MSDIA (una de las alternativas que había estado considerando durante las negociaciones). Por ende, sin la fábrica, NIFA había podido aprovechar las oportunidades de expansión que le presentaba el mercado. Adicionalmente, NIFA había tenido la libertad de expandir su centro todavía más conforme a los respectivos reglamentos de zonificación.

84. El Sr. Silva además observó que en el mercado habían existido muchas plantas industriales y otras estructuras aptas para la producción farmacéutica, las cuales habían estado a disposición de NIFA. Entre otras cosas, por lo menos había una planta farmacéutica (de propiedad de la compañía farmacéutica ecuatoriana Albanova) que estaba en el mercado en esa época, mientras que otra instalación disponible en esa época fue posteriormente comprada por Pfizer y fue convertida en un centro de producción farmacéutica. El Sr. Silva también señaló que la misma NIFA era propietaria de un bien sin mejoras en 2003—que vendió a otra compañía ecuatoriana cuatro meses después del final de las negociaciones con MSDIA—en el cual había tenido la libertad de construir una nueva instalación conforme a las respectivas reglas de zonificación.

*Perito en defensa de la competencia y en daños designado por el tribunal: el Dr. Ignacio De León*

85. El tribunal de apelaciones también otorgó la petición de MSDIA de designar un perito en leyes de defensa de la competencia. En el registro del Consejo de la Judicatura, no existían peritos acreditados

---

2011) (que declara la emergencia judicial en el Ecuador). Poco después de su establecimiento, el Consejo de la Judicatura Transitorio anunció un proceso por el cual tenía la intención de seleccionar nuevos jueces para cada juzgado del país, comenzando con la Corte Nacional de Justicia. El 20 de septiembre de 2011, estableció el 20 de enero de 2012 como la fecha en que estaría en funciones una Nueva Corte Nacional de Justicia, con nuevos miembros que todavía están por anunciarse. *Proceso para elegir a los 21 jueces nacionales desde próxima semana*, El Universo (20 de septiembre de 2011), <http://www.eluniverso.com/2011/08/20/1/1355/proceso-elegir-21-jueces-nacionales-desde-proxima-semana.html> (“Tal como estaba previsto, el Consejo de la Judicatura Transitorio (CJT) convocará al concurso público para reestructurar la Corte Nacional de Justicia (CNJ) en el transcurso de la próxima semana. Se prevé que lo haga el lunes 22. Según el organismo, la nueva Corte empezará a funcionar en enero del 2012.”)

en leyes de defensa de la competencia, presumiblemente porque Ecuador no tenía leyes en ese campo, y por ello el tribunal solicitó que la Dirección de la Competencia del Ecuador (que se había establecido en marzo de 2009) le recomendara un perito. La Dirección de la Competencia dio tres nombres al tribunal de apelaciones, uno de los cuales era un abogado de la competencia venezolano de renombre internacional, el Dr. Ignacio De León. El Dr. De León es un perito prominente en leyes de protección a la competencia en América Latina; anteriormente se desempeñó como director de la Dirección de la Competencia de Venezuela. Más recientemente, ha prestado servicios de consultor sobre política de la competencia a organizaciones como el Banco Mundial, la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), la Comunidad Andina y USAID.

86. El 2 de julio de 2009, el tribunal de apelaciones designó al Dr. De León como perito en asuntos sobre competencia. Al mismo tiempo, respondiendo a la petición de NIFA de un perito en daños, el tribunal de apelaciones también designó al Dr. De León para que se desempeñara como perito en daños. Ninguna de las dos partes objetó la designación del Dr. De León para desempeñarse en cualquiera de dichas funciones o en ambas.

87. El 17 de febrero de 2010, el Dr. De León presentó su informe pericial. Concluyó que las reclamaciones de NIFA sobre la defensa de la competencia no procedían por varias razones independientes. En primer lugar, concluyó que en el año 2002 o en el 2003, Ecuador no tenía estándares jurídicos aplicables que rigieran la libertad de competencia. NIFA había alegado que la Constitución del Ecuador establecía un marco legal o reglamentario que regía las prácticas en contra de la competencia aunque no existiese la implementación legal expresa, y pareció que el tribunal de primera instancia adoptó la misma teoría. El Dr. De León observó que no existía ningún sustento legal para dicha proposición. Concluyó que la respectiva disposición constitucional es simplemente programática y declaratoria, que su aplicación está expresamente condicionada a la futura promulgación de una ley que regulará las prácticas contrarias a la libre competencia, y que en los años 2002-2003 no había sido promulgada dicha ley.

88. Es más, en el año 2002, el Congreso Nacional del Ecuador aprobó un proyecto de ley que buscaba establecer normas legales para la libre competencia, pero ese proyecto de ley fue posteriormente vetado por el Presidente. Como ya se analizó, no fue sino hasta el Decreto Ejecutivo No. 1614 del 14 de marzo de 2009 que entró en vigencia un marco regulatorio interno para la libre competencia. Esas medidas gubernamentales habrían sido superfluas si ya se hubiera contado con un marco legal que prohibiera la conducta anticompetitiva. El Dr. De León observó que esas medidas del gobierno ecuatoriano reafirmaban que no existían prohibiciones legales o regulatorias contra las prácticas anticompetitivas en la época de las negociaciones de las partes acerca de la venta de la planta.

89. El Dr. De León luego examinó si se podía haber hecho responsable a MSDIA en el caso de que, contrariamente a los hechos, hubiera estado vigente en el Ecuador una prohibición contra las acciones anticompetitivas. El Dr. De León concluyó que los actos de MSDIA no violaron ninguna norma legal aceptada de la ley sobre defensa de la competencia. Entre otras cosas, concluyó que (i) MSDIA no tenía una posición dominante en los mercados de bienes raíces o farmacéutico, (ii) la planta de MSDIA no era, como había sugerido NIFA, una “instalación esencial”, y (iii) incluso si MSDIA hubiese tenido una posición dominante en el correspondiente mercado, lo cual no fue así, MSDIA no había cometido ningún acto que pudiera considerarse un abuso de su posición.

90. Finalmente, como perito en daños designado por el tribunal, el Dr. De León concluyó que NIFA no había demostrado perjuicio alguno, no había identificado ningún acto ilegal que pudiera haber ocasionado perjuicio, y no había sustentado sus afirmaciones de lucro cesante, que en el mejor de los casos eran totalmente especulativas.

91. Así pues, los dos peritos independientes y bien cualificados designados por el tribunal (el Sr. Silva y el Dr. De León) habían analizado exhaustivamente las pruebas y, basándose en un razonamiento claro y convincente, habían concluido que las reclamaciones de NIFA no tenían fundamentos. Esos análisis peritos imparciales debieron haber resuelto la controversia de manera concluyente y debieron haber tenido como consecuencia la revocación de la decisión del tribunal de primera instancia y la desestimación de la demanda de NIFA. En abril de 2010, existían sobradas razones, basándose en el acta, para esperar que el tribunal hiciera justamente eso.

4. Las peticiones de error esencial de NIFA y la designación inexplicable de más peritos por parte del tribunal

92. De acuerdo con el procedimiento ecuatoriano, una parte puede impugnar la opinión de un perito designado por el tribunal presentando una petición, sustentada por pruebas, afirmando que el perito cometió un “error esencial”. A pedido de la parte solicitante, el tribunal puede abrir un periodo probatorio limitado, durante el cual aceptará pruebas de las partes relativas al presunto “error esencial”. Durante ese periodo probatorio, el tribunal puede designar un perito con un mandato limitado para que revise el informe del perito original y opine si contiene un “error esencial”. Si, basándose en dicha prueba, el tribunal concluye que el perito en efecto cometió un “error esencial”, entonces el tribunal puede designar un segundo perito en el mismo tema.<sup>31</sup>

93. En los meses posteriores a la presentación de sus informes por parte del Sr. Silva y del Dr. De León, NIFA presentó peticiones sin sustento cuestionando esos informes por un error esencial. Y a inicios del verano de 2010, sin identificar las pruebas que podrían sustentar una conclusión de que el Dr. De León y el Sr. Silva cometieron un error esencial, el tribunal de apelaciones indebidamente designó a otros peritos en bienes raíces, en ley sobre defensa de la competencia y en daños.

94. Ninguno de los nuevos peritos debió haber sido designado. A diferencia del Dr. De León, los nuevos peritos designados por el tribunal en ley sobre defensa de la competencia y daños carecían de las credenciales básicas y de la pericia básica en sus respectivos campos. Los tres peritos recientemente designados rechazaron las pruebas periciales que habían sido presentadas por los peritos originales designados por el tribunal y presentaron informes, sin aparentes fundamentos en los hechos o en el derecho, que fueron totalmente favorables a NIFA.

Segundo perito en bienes raíces designado por el tribunal: Marco Yerovi

95. El 8 de febrero de 2010, NIFA presentó una petición alegando que el Sr. Silva había cometido un “error esencial” y solicitando que el tribunal designara a un nuevo perito para que revisara el informe del Sr. Silva. NIFA no ofreció sustento en los hechos para su acusación. No obstante, el 26 de octubre de 2010, el tribunal designó a Marco Yerovi como perito en asuntos de bienes raíces para que revisara el informe del Sr. Silva.

---

<sup>31</sup> Código de Procedimiento Civil del Ecuador, Artículo 258.

96. El 20 de diciembre de 2010, el Sr. Yerovi presentó un informe pericial. El informe del Sr. Yerovi no concluyó que el Sr. Silva cometió un error esencial. Tampoco objetó los hechos elementales e innegables de que NIFA había expandido sus instalaciones existentes después de que finalizaron las negociaciones con MSDIA, y que las alternativas a la planta de MSDIA, identificadas por el Sr. Silva, estaban a la inmediata disposición de NIFA en el año 2003 y después. El perito estuvo de acuerdo en que las otras plantas de producción identificadas por el Sr. Silva estuvieron a disposición de NIFA en el año 2002 y en 2003 y que estaban zonificadas para producción farmacéutica.

97. El Sr. Yerovi afirmó, sin embargo, que ninguna de esas instalaciones se estaba utilizando para producción farmacéutica. Esto era irrelevante, puesto que dichas instalaciones podían adaptarse a dicha función con algo de inversión adicional. También era contrario a las pruebas del acta. Entre otras cosas, las pruebas documentales demostraron que una instalación de producción de propiedad de la compañía farmacéutica ecuatoriana Albanova estuvo disponible para su venta durante 2002 y 2003, y el único testigo de NIFA en los procedimientos (una empleada de Staubach) había testificado que en esa época, había en el mercado otras *tres* instalaciones farmacéuticas en el área de Quito. MSDIA avisó al Sr. Yerovi de las pruebas documentales que directamente refutaban sus conclusiones y presentó una petición solicitando que él aclarara su informe en ese sentido, pero el Sr. Yerovi se negó a considerar esas pruebas o a revisar su informe.

Segundo perito en defensa de la competencia designado por el Tribunal: Carlos Guerra

98. Poco después de que el Dr. De León presentó su informe pericial, el Dr. Carlos Guerra, un abogado ecuatoriano de propiedad intelectual, presentó una solicitud ante el Consejo de la Judicatura para que se lo acreditara como perito en defensa de la competencia. En la solicitud del Dr. Guerra no se indicaba ninguna experiencia o formación previa en defensa de la competencia. Su solicitud (en la que se incluían detalles como que había completado un seminario de un día sobre leyes de importación-exportación) no incluía educación o experiencia correspondiente al tema para el cual el Dr. Guerra solicitaba que se lo acreditara, que era la defensa de la competencia. En la solicitud no se explicaba qué factores habían motivado al Dr. Guerra a obtener dicha acreditación en ese momento en particular, a pesar de que no contaba con credenciales. A pesar de que el Dr. Guerra no reunía los requisitos necesarios, el Consejo de la Judicatura aprobó su solicitud el mismo día en que él la presentó, el 5 de abril, 2010.

99. El 11 de mayo, 2010, NIFA presentó una petición de “error esencial” en la que solicitaba la designación de un nuevo perito en defensa de la competencia para que revisara el informe del Dr. De León. NIFA no presentó ningún tipo de sustento para dicha solicitud.

100. El 10 de diciembre, 2010, a pesar de que NIFA no presentó ninguna prueba ni fundamento de ello, el tribunal de apelaciones designó al Dr. Guerra, quien en ese momento era la única persona acreditada por el Consejo de la Judicatura como perito en defensa de la competencia, para que revisara el análisis que el Dr. De León hizo de la defensa de la competencia.

101. El 14 de febrero, 2011, el Dr. Guerra presentó un informe en el que concluía que el Dr. De León había cometido un error esencial y que, conforme a los principios de la defensa de la competencia, se podía hacer responsable a MSDIA. Su informe estaba lleno de textos plagiados, evidentes errores de

análisis, errores sobre el derecho del Ecuador y tergiversaciones y malas aplicaciones de los principios ampliamente aceptados sobre la defensa de la competencia.

102. Entre otras cosas, el Dr. Guerra concluyó que la planta de MSDIA había constituido una “instalación esencial”, una conclusión que no tiene fundamento en la legislación sobre la defensa de la competencia. Para que un recurso pueda ser calificado como “instalación esencial”, según el concepto reconocido por la legislación de la defensa de la competencia, una instalación debe estar controlada por un monopolio, debe constituir un insumo sin el cual otras empresas no puedan competir con el monopolio, y su reproducción debe ser imposible de llevar a cabo por razones técnicas o económicas.<sup>32</sup> Además, el remedio cuando se dictamina que una instalación es “esencial” conforme a la doctrina, por lo general, es el uso compartido del recurso esencial a cambio de regalías razonables. Por lo tanto, es más común que el concepto tenga que ver con el acceso compartido a líneas de servicios que pertenecen a una sola empresa.<sup>33</sup> Aplicar el concepto a una única instalación de producción utilizada por una sola compañía en un mercado mutiempresarial es simplemente absurdo a primera vista.

103. El Dr. Guerra plagió mucho y de manera engañosa tomando de trabajos ya existentes sobre la defensa de la competencia, sin reconocer las fuentes. Entre otros, el Dr. Guerra plagió del trabajo de un economista argentino y perito en defensa de la competencia, el Dr. Diego Petrecolla. La Dirección de la Competencia del Ecuador había recomendado al Dr. Petrecolla, junto con el Dr. De León, al tribunal de apelaciones como posible perito en defensa de la competencia designado por el tribunal.<sup>34</sup>

104. Después de que el Dr. Guerra presentó su informe, MSDIA solicitó que el Dr. Petrecolla revisara los informes presentados por los Dres. De León y Guerra, elaborara su propio informe, comparando su informe con el de los dos peritos designados por el tribunal, y que hiciera comentarios respecto a los temas de defensa de la competencia del presente caso. MSDIA creía que el Dr. Petrecolla era una persona idónea para dicha tarea dado que la Dirección de la Competencia previamente lo había reconocido como un destacado perito en la defensa de la competencia cuando el tribunal de apelaciones solicitó recomendaciones.

105. El 11 de marzo, 2011, el informe del Dr. Petrecolla fue presentado ante el tribunal de apelaciones. El análisis del Dr. Petrecolla reveló que el Dr. Guerra había plagiado extensamente del trabajo del Dr. Petrecolla, explicó que el Dr. Guerra había usado y aplicado mal dicho trabajo, explicó que el análisis y las conclusiones del Dr. Guerra eran totalmente infundadas, y que, en cambio, las

---

<sup>32</sup> Ver, por ej. Abbott B. Lipsky Jr. y J. Gregory Sidak, *Essential Facilities* [Instalaciones esenciales], en: *Ius et Veritas*. Año XIV, Nº 27, Lima, diciembre, 2003, párr. 143 y siguientes; Pitofsky, Patterson & Hooks, *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law* [La Doctrina de las Instalaciones Esenciales según el Derecho sobre Defensa de la Competencia de los Estados Unidos], *Antitrust L.J.* [Revista de Dcho. sobre defensa de la competencia] 70, 443 en 448-450 (2002) (recopilación de casos y señala que “[e]sta prueba de responsabilidad por defensa de la competencia ha sido adoptada por casi todos los tribunales que han considerado reclamaciones por “instalaciones esenciales”.

<sup>33</sup> Ver, por ej. *MCJ Communications c. American Tel. & Tel. Co.*, 708 F.2d 1081, 1132-33 (7º circ., 1983) (que exigía que el proveedor de servicios de telecomunicaciones ofreciera acceso a una red de servicio local, sobre la cual tenía monopolio, a los competidores en servicios de larga distancia).

<sup>34</sup> El Dr. Petrecolla se desempeñó como Economista Jefe de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina, y como Director del Centro de Estudios de Reglamentación del Instituto del Banco Mundial. Además, ha asesorado a los gobiernos de El Salvador, Costa Rica, Uruguay y Ecuador sobre temas de defensa de la competencia, y se ha desempeñado como consultor sobre defensa de la competencia y regulación de los servicios públicos para el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

conclusiones del Dr. De León demostraban un análisis serio de la defensa de la competencia y que eran totalmente correctas.

106. Por lo tanto, al cierre de la etapa probatoria en el tribunal de apelaciones, NIFA había afirmado que su caso se basaba enteramente en la ley de la defensa de la competencia, y el acta judicial tenía cuatro informes periciales sobre ese tema. Tres de dichos informes habían sido elaborados por abogados y economistas de la defensa de la competencia reconocidos internacionalmente: el Dr. De León, designado por el tribunal; el Dr. Petrecolla, recomendado por la Dirección de la Competencia; y el Dr. Diez Canseco, quien a su vez también tenía destacadas credenciales. Cada uno de ellos había explicado que no existían fundamentos concebibles que sustentaran la responsabilidad por la defensa de la competencia tanto en hechos como en derecho del asunto presente. El tribunal de apelaciones en ningún momento sostuvo que el perito designado originalmente por el mismo tribunal, el Dr. De León, hubiera cometido un error esencial. En ningún momento pronunció una sentencia rechazando los informes de ninguno de esos peritos.

107. Solo había un informe en el que se afirmaba que se podía hacer responsable a MSDIA por violaciones a la libre competencia; era el del Dr. Guerra, un abogado sin pericia, títulos o aparente experiencia en ley sobre la defensa de la competencia, que había sido acreditado como “perito” en defensa de la competencia mientras el caso estaba pendiente bajo circunstancias sumamente sospechosas, y que había plagiado la mayor parte de su análisis y aplicado mal dicho material plagiado. El informe del Dr. Guerra se basaba en una mala aplicación evidente de los principios de la defensa de la competencia, y si hubiera quedado alguna duda acerca de esta proposición, el Dr. Petrecolla la explicó muy claramente al tribunal de apelaciones.

Segundo perito en daños designado por el Tribunal: Cristian Cabrera

108. NIFA no presentó una petición de error esencial objetando las conclusiones sobre daños del Dr. De León. Conforme al procedimiento del Ecuador, éste sería el único motivo para que el tribunal pudiera designar a otro perito en daños.

109. Sin embargo, el 5 de noviembre, 2010, habiendo ya pasado el plazo para solicitar la designación de peritos o para presentar una petición de error esencial, NIFA solicitó que el tribunal de apelaciones designara a otro perito en daños. El 8 de abril, 2011, NIFA presentó otra solicitud al tribunal para que se designara a otro perito en daños. El 25 de abril, 2011, el tribunal aprobó la solicitud de NIFA, y designó a un contador ecuatoriano, el Sr. Cristian Cabrera, para que revisara el análisis de daños del Dr. De León para ver el error esencial. *Cabe notar, al igual que con la designación del Dr. Guerra como perito en defensa de la competencia, la solicitud del Sr. Cabrera para que se lo acreditara como perito en daños no demostró ninguna experiencia previa en el campo del análisis de daños y de lucro cesante.*

110. El Sr. Cabrera fue designado a pesar de la objeción de MSDIA de que la solicitud de NIFA era extemporánea dado que NIFA en ningún momento había presentado una petición de error esencial con respecto al análisis de daños del Dr. De León. MSDIA solicitó que el tribunal revocara la designación del Sr. Cabrera.



111. El 10 de Mayo, 2011, aparentemente coincidiendo con la opinión de MSDIA, el tribunal revocó la designación del Sr. Cabrera como perito para examinar el error esencial en el informe del Dr. De León. Sin embargo, en la misma resolución, el tribunal volvió a designar al Sr. Cabrera como perito en daños sustantivos para que elaborara un nuevo informe evaluando los daños y perjuicios de NIFA.<sup>35</sup> El tribunal afirmó que la designación del Sr. Cabrera tenía que ver con la solicitud presentada por NIFA durante la etapa probatoria del procedimiento de casi dos años atrás, el 5 de junio de 2009, de que se designara un perito en daños. Esta petición había sido concedida cuando el tribunal designó al Dr. De León. El tribunal no explicó por qué motivos estaba designando un perito en daños sustantivos para que preparara un nuevo informe casi dos años después de que había terminado el periodo de pruebas del caso, en respuesta a una petición que ya había sido concedida y cumplida dos años atrás.

112. El 21 de junio, 2011, el Sr. Cabrera presentó un informe en el que concluía que NIFA tenía derecho a *USD \$ 204 millones* en daños por lucro cesante, y que se deberían otorgar daños por separado contra MSDIA para el “pueblo ecuatoriano” por una cantidad que superaba los *USD \$642 millones*.

113. La mayor parte del análisis de daños del Sr. Cabrera carecía de explicaciones, no tenía nada que ver con la metodología aceptada para calcular el lucro cesante, y en su mayoría era imposible de entender. Como lo demostró MSDIA en sus alegatos ante el tribunal de apelaciones, el Sr. Cabrera no identificó ningún acto ilegal cometido por MSDIA que hubiese perjudicado a NIFA, y por lo tanto era difícil discernir el origen de los daños que presuntamente identificaba. Se basaba en información errónea carente de explicaciones que constaba en el presunto “informe IMS” presentado por NIFA, y hacía caso omiso de la información del mercado certificada por IMS que MSDIA había introducido en el acta.

114. El Sr. Cabrera incluyó en su cálculo de “ventas perdidas” las ventas que, según el propio “informe IMS” de NIFA, en el cual el Sr. Cabrera presuntamente se basó, NIFA *efectivamente realizó* entre 2003 y 2008. Dicho de otro modo, por increíble que parezca, el Sr. Cabrera opinó que entre los daños de NIFA se debían incluir montos que NIFA en efecto había recibido por las ventas que efectivamente había concretado.

115. El Sr. Cabrera pretendió calcular los daños presuntos a NIFA durante un plazo arbitrariamente definido de 15 años que culmina en 2018, y valoró el margen de ganancias de NIFA durante ese periodo en casi 50% – un margen de ganancias más de *15 veces superior* al margen histórico de NIFA, y muy por encima del margen de ganancias máximo del 25% que se permitía para productos farmacéuticos conforme a la legislación ecuatoriana que regula los precios de los medicamentos.<sup>36</sup>

116. La sugerencia del Sr. Cabrera de un laudo para el “pueblo ecuatoriano” muy por encima del supuesto perjuicio a NIFA no tenía ningún presunto fundamento ni en hechos, ni en análisis, ni en derecho. En efecto, la falta de integridad de la opinión de un supuesto perito de que la fallida venta de una planta que se vendió por menos de USD \$ 1 millón tuvo como consecuencia daños y perjuicios de *USD \$ 204 millones* para el posible y decepcionado comprador y *USD \$642 millones* para el pueblo ecuatoriano habla por sí misma.

---

<sup>35</sup> Fallo del tribunal de apelaciones del 10 de mayo, 2011

<sup>36</sup> Ver el Artículo 3 de la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano, Registro Oficial N° 59, 17 de abril, 2000; Artículo 2 de las Normas del Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso Humano, Registro Oficial N° 84, 24 de mayo, 2000.

117. El 15 de julio, 2011, MSDIA presentó una petición acusando al Sr. Cabrera de cometer un error esencial y presentando los fundamentos detallados de la acusación, entre ellos el informe de otro perito en daños (el Sr. Carlos Montañez Vásquez) quien llegó a la conclusión de que el cálculo de lucro cesante o perjuicio para el pueblo ecuatoriano del Sr. Cabrera no tenía fundamento concebible. El tribunal de apelaciones se negó a considerar siquiera el tema con la justificación de que el Sr. Cabrera era un perito de errores esenciales y por lo tanto no estaba sujeto a un dictamen de error esencial.

118. El supuesto fundamento del tribunal de apelaciones para denegar a MSDIA la oportunidad de objetar el informe poco convincente del Sr. Cabrera contradecía la revocación anterior del tribunal de la designación del Sr. Cabrera como perito en errores esenciales y su posterior designación como perito en daños sustantivos conforme a la petición de NIFA del 2009. (Ver el párrafo 111, más arriba) Según el razonamiento de los fallos anteriores del tribunal, el Sr. Cabrera debió haber sido analizado para detectar errores esenciales igual que lo había sido el designado Dr. De León en respuesta a la misma petición dos años atrás. El fallo del tribunal de apelaciones denegando a MSDIA la oportunidad de objetar la opinión del Sr. Cabrera reveló una vez más su clara falta de imparcialidad en el presente caso.

119. Así pues, el tribunal de apelaciones había recibido informes periciales de peritos titulados e independientes, designados por el tribunal (el Sr. Silva y el Dr. De León) quienes, basándose en un análisis minucioso, concluyeron que NIFA no podía establecer la responsabilidad o los daños. Con todo, el tribunal de apelaciones designó un nuevo grupo de peritos completamente distinto, dos de los cuales (el Dr. Guerra y el Sr. Cabrera) carecían de credenciales o de la pericia correspondiente, en circunstancias poco habituales e incorrectas en cuanto a procedimiento, quienes presentaron informes que no coincidían con las pruebas y el derecho, y que eran totalmente a favor de NIFA. Y habiendo dado a NIFA muchas oportunidades de objetar las pruebas presentadas por el Sr. Silva y el Dr. De León, y designando nuevos peritos sin justificación alguna sobre la base de las pruebas, el tribunal de apelaciones denegó a MSDIA la misma oportunidad de objetar las nuevas opiniones favorables a NIFA, a pesar de que la moción fue correcta en cuanto a procedimiento y oportuna, y a pesar de demostrar ampliamente que dichas opiniones tenían serios defectos.

## 5. La decisión del Tribunal de Apelaciones

120. A finales de la tarde del viernes 23 de septiembre, 2011, casi cuatro años después de que el caso había sido remitido al tribunal de apelaciones, dicho tribunal inesperadamente pronunció una sentencia de 15 páginas en la que se denegaba una moción de procedimiento pendiente presentada por MSDIA, ratificando la decisión del tribunal de primera instancia, y otorgando a NIFA USD \$ 150 millones en daños y perjuicios.<sup>37</sup>

121. La decisión del tribunal de apelaciones de resolver una moción de procedimiento pendiente en la misma sentencia en la cual pronunció su sentencia fue algo muy fuera de lo común y sumamente perjudicial para MSDIA. La práctica habitual exige que el tribunal resuelva una moción de procedimiento pendiente por separado y con antelación, a fin de permitir que las partes tengan una oportunidad final para presentar informes y argumentar el fondo del caso una vez que la moción de procedimiento está resuelta, pero antes de que el tribunal se pronuncie sobre el caso. Al resolver inesperadamente sobre la moción preliminar de procedimiento junto con la decisión final sobre el fondo,

---

<sup>37</sup> La decisión del tribunal de apelaciones, pronunciada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte de Justicia Provincial de Pichincha el 23 de septiembre, 2011, se encuentra adjunta al presente como Anexo C-4.

el tribunal de apelaciones impidió que MSDIA presentara un informe o solicitara una audiencia con respecto al resultado final.

122. Por lo tanto, actuando sin un informe o una argumentación sobre el fondo del caso, el tribunal de apelaciones rechazó la opinión del perito en defensa de la competencia y daños que designó primero, y de los otros dos peritos reconocidos internacionalmente en defensa de la competencia que coincidieron con él, y en cambio adoptó las conclusiones de la defensa de la competencia del Dr. Guerra, un abogado carente de pericia en ley sobre la defensa de la competencia que fue designado en circunstancias sospechosas. El tribunal acogió la aseveración equivocada del Dr. Guerra de que la pequeña planta de producción de MSDIA había sido una “instalación esencial” y que MSDIA por lo tanto había estado obligada a vender la planta a NIFA.<sup>38</sup> El tribunal no señaló casi ninguna prueba para respaldar su decisión. No mencionó a ningún jurista que siquiera remotamente sugiriera dicho resultado.

123. El tribunal también hizo caso omiso de las pruebas abrumadoras e indiscutibles del acta, entre ellas la opinión de un perito en bienes raíces designado por el tribunal, el Sr. Silva, sobre que NIFA siempre había tenido la libertad de expandir sus instalaciones existentes o comprar o construir una nueva planta después de que fracasaron las negociaciones con MSDIA. A la luz de estas pruebas, no podría existir una relación causal entre la fallida compra de la planta de MSDIA por parte de NIFA y que ésta última no pudiera expandir su producción con el resultante lucro cesante.

124. El tribunal de apelaciones tampoco presentó ninguna justificación para el cálculo de su laudo descomunal de USD \$ 150 millones por daños. Las únicas pruebas que mencionó el tribunal para justificar su laudo fue el informe de daños presentado por el Sr. Cabrera (en la cual se indicaba que NIFA debería recibir USD \$ 204 millones, junto con otros USD \$ 642 millones para el pueblo ecuatoriano). El tribunal no reconoció o ni siquiera trató la cuestión de las muchas fallas que MSDIA identificó en el informe de Cabrera, no trató la cuestión de la ausencia de pruebas de causalidad, y tampoco presentó ningún tipo de justificación respecto al cálculo de daños en USD \$ 150 millones, una cifra que no había sido indicada en el acta ni por el tribunal de primera instancia, ni por NIFA, ni por el Sr. Cabrera, ni por nadie más.

125. Las primeras seis páginas de la decisión del tribunal de apelaciones se tomaron casi textualmente (pero sin atribución o reconocimiento) de la decisión de la Jueza Provisional Chang-Huang en el tribunal de primera instancia. Por lo tanto, el tribunal de apelaciones necesariamente hizo caso omiso de todas las pruebas y los argumentos presentados por MSDIA en los casi cuatro años de procedimientos en el tribunal de apelaciones. Como se indicó más arriba, la decisión de primera instancia había sido tomada casi textualmente (pero sin atribución o reconocimiento) de la demanda de NIFA. La decisión del tribunal de apelaciones hizo poco más que corregir los errores tipográficos que tenía la decisión de primera instancia que se había originado en la demanda de NIFA.

126. El tribunal de apelaciones quiso justificar el hecho de que no había abordado las pruebas presentadas por MSDIA afirmando en su decisión que MSDIA “explícitamente había renunciado a las pruebas con el fin de desvanecer los fundamentos del veredicto en la primera instancia”. Por lo tanto, aparentemente, el tribunal de apelaciones se declaró a sí mismo con derecho de considerar únicamente

---

<sup>38</sup> Cabe destacar que Ecuaquímica tenía la intención de usar la fábrica como bodega, y no para fabricación, lo cual pone todavía más en duda el supuesto carácter de “esencial” como planta de fabricación.

las pruebas presentadas por la demandante (las cuales, como ya se indicó, tampoco daban sustento en sí para esa sentencia).

127. Para sustentar esa absurda afirmación de que MSDIA había “renunciado” a todas las pruebas que había presentado – entre ellas los testimonios de 10 testigos de hechos, media docena de informes periciales y cientos de páginas de documentos – el tribunal de apelaciones citó una petición que MSDIA había presentado el 16 de abril, 2010, en la cual MSDIA retiraba su solicitud de que se designara otro perito en daños para que examinara de manera independiente uno de los informes periciales sobre daños presentados por MSDIA. Lejos de “renunciar a las pruebas a fin de desvanecer los motivos” del veredicto del tribunal de primera instancia, la petición de MSDIA dejó claro sin ambigüedades que se estaba basando en las pruebas ya obrantes en el acta, las cuales refutaban por completo el veredicto del tribunal de primera instancia:

El Dr. Ignacio De León, perito designado por esta Sala, a pedido de la Demandante, de que exponga su opinión experta sobre la existencia de daños, según lo reclamado por la Demandante, NIFA S.A., ha concluido en su informe entregado a las partes el 12 de abril, que no existe fundamento para reclamar daños y perjuicios en el presente caso y que MSD no ocasionó perjuicio alguno a NIFA S.A. y que, por lo tanto, dicha compañía no se vio afectada por ningún acto de MSD, ni por ningún evento relacionado con MSD... Por consiguiente, dado que el perito designado a pedido de la demandante, Doctor Ignacio De León, ha expresado de forma clara sus conclusiones con respecto a los daños, no es necesario que el perito designado a pedido de MSD... presente un informe.”<sup>39</sup>

MSDIA se “reserv[ó] el derecho de presentar sus observaciones y comentarios, según corresponda con respecto al informe del Doctor Ignacio De León, dentro del plazo otorgado para tal efecto.”<sup>40</sup>

128. Por ello, a simple vista, la petición mencionada por el tribunal de apelaciones para sustentar su afirmación de que MSDIA “renunció” a todas las pruebas que había presentado sólo guardaba relación con la designación de un solo perito. La petición de MSDIA de ninguna manera era una “renuncia” a basarse en las pruebas de MSDIA obrantes en el acta ni a su afirmación de que el veredicto del tribunal de apelaciones no estaba respaldado por pruebas.

129. La afirmación del tribunal de apelaciones de que MSDIA había renunciado a las pruebas de su defensa, después de ocho años de pleito, sin motivo alguno, es absurda a simple vista, contradice el lenguaje claro de la petición en que se basó el tribunal, y es una prueba adicional de la parcialidad del tribunal y de su incompetencia.

*E. La notificación de controversia de MSDIA y sus intentos por entablar negociaciones amistosas*

130. En junio de 2009, MSDIA envió una carta mediante su abogado al Procurador General, Dr. Diego García Carrión, con la cual se notificó al Ecuador de una controversia de inversiones de conformidad con el TBI entre Ecuador y Estados Unidos. MSDIA afirmó que mediante las acciones de sus tribunales, el Ecuador había violado los derechos de MSDIA según el Tratado, incluyendo no

<sup>39</sup> Petición de MSDIA del 16 de abril, 2010.

<sup>40</sup> Petición de MSDIA del 16 de abril, 2010.

brindar un trato justo y equitativo, y por someter a MSDIA a denegación de justicia. MSDIA solicitó realizar consultas con el Gobierno del Ecuador para buscar una solución amistosa a la controversia.

131. En septiembre de 2009, el abogado de MSDIA se reunió con el Procurador General y expresó la preocupación de MSDIA sobre que los procedimientos en curso equivalían a una denegación de justicia. Después de la reunión, el Procurador General solicitó que el tribunal de apelaciones le entregara los expedientes del caso.

132. En enero de 2010, después de que el Procurador General se puso en contacto con el tribunal de apelaciones para solicitar los expedientes del caso, el gerente general de NIFA, el Sr. Miguel García Costa, presentó una demanda penal ante la Fiscalía Provincial de Pichincha en contra de los abogados de MSDIA con sede en EE.UU. con cuya firma se había transmitido la notificación; se trataba de dos socios de Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr LLP. Después de presentar su demanda inicial, el Sr. García no presentó ninguna prueba para sustentar sus acusaciones.

133. Con todo, la Fiscalía inició dos investigaciones penales de las acusaciones. La primera investigación penal por el hecho de que los abogados de MSDIA dieron la notificación conforme al TBI, era por el presunto delito de “falsedad ideológica.” Se llevó a cabo por la Unidad de Delitos Contra la Fe Pública de la Fiscalía. La acusación de “falsedad ideológica” continuó pendiente durante un año, y finalmente fue desestimada en enero de 2011 después de que un fiscal determinó que no existían pruebas para respaldar la acusación.

134. La segunda investigación penal por el hecho de que los abogados de MSDIA dieron la notificación conforme al TBI fue por el presunto delito de “influencia indebida en procedimientos judiciales.” En marzo de 2011, el fiscal que llevaba a cabo la investigación por “influencia indebida” también recomendó que se desestimara el caso, mencionando también la falta de pruebas de que se hubiese cometido un delito. La recomendación fue remitida a la Jueza Elsa Sanchez de Melo del Tribunal Penal de Pichincha, quien en esa etapa tenía la opción de ratificar la desestimación o remitir la investigación a un fiscal de rango más alto.

135. En respuesta a la recomendación de desestimación del fiscal, el Sr. García presentó un informe ante la Jueza Sanchez de Melo, sin presentar pruebas sino caracterizando la recomendación como parte de un “intento repetido de las transnacionales de siempre burlarse no sólo de nuestra soberanía, sino también de las personas que como su Señoría constituyen la administración de justicia.” El Sr. García solicitó que la jueza “denegar[a] ese plan tan absurdo elaborado por personas que intentan engañar a los encargados de administrar justicia, ... rechazara el pedido de desestimación de la Fiscalía [y] evitara [], dentro de este contexto, ser nuevamente... el hazmerreír de las compañías transnacionales como [MSDIA].” El alegato carecía de fundamentos legales.

136. No obstante, en vez de acoger la recomendación de desestimación, en junio de 2011, la Jueza Sánchez mantuvo la acusación activa devolviendo la investigación para que fuera revisada más a fondo por otro fiscal, citando únicamente el informe del Sr. García como respaldo de la devolución. El 14 de septiembre de 2011, después de llevar a cabo una revisión independiente del expediente del caso, el Fiscal Provincial presentó su opinión a la Jueza Sánchez de Melo en la cual ratificaba la recomendación previa del primer fiscal de que se desestimara la investigación penal. Para sustentar su decisión, el Fiscal explicó que “durante el año que ha transcurrido... las investigaciones que se llevaron a cabo no han

recogido suficientes pruebas que puedan deducir una acusación.” Al día siguiente, la Jueza Sánchez de Melo finalmente pronunció sentencia acusando recibo de la opinión del Fiscal y, como estaba obligada a hacer por procedimiento, desestimó la demanda del Sr. García.

137. La decisión del tribunal de apelaciones en la apelación de NIFA c. MSDIA fue pronunciada ocho días después.

138. Debido a las acciones de los funcionarios y los jueces ecuatorianos, esas demandas infundadas y vengativas en contra de los abogados no ecuatorianos de MSDIA – fundadas únicamente en el hecho de que MSDIA ejerció sus derechos y cumplió con los requisitos conforme al TBI – continuaron pendientes y mantuvieron su efecto amedrentador desde el momento en que fueron presentadas hasta más de un año después, hasta que por fin terminó el proceso en el tribunal de apelaciones.

139. El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha emitido informes de país sobre el Ecuador que advierten que es común la práctica de entablar procesos penales contra directivos de compañías extranjeras como forma de coerción relacionada con los pleitos comerciales.<sup>41</sup> Por lo visto, la investigación penal a los abogados de MSDIA fue algo premeditado con el fin de disuadir a MSDIA para que desistiera de exigir sus derechos conforme al TBI con relación al pleito de NIFA.

## **V. EL PODER JUDICIAL ES VULNERABLE A LA CORRUPCIÓN Y LA INTERFERENCIA EXTERNA**

140. Está bien documentado que los procesos judiciales en Ecuador con frecuencia están mancillados de corrupción e influencias externas indebidas, lo cual tiene como consecuencia sentencias que no se ajustan a los hechos, al derecho ni a la justicia más elemental.

141. El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha advertido regularmente sobre la arbitrariedad y la corrupción en el poder judicial ecuatoriano. En informes recientes del Departamento de Estado se señala que:<sup>42</sup>

- “El sistema judicial ecuatoriano se ve obstaculizado por demoras en los trámites, sentencias impredecibles en casos civiles y comerciales, fallos incoherentes y un acceso limitado a los tribunales.... Los tribunales con frecuencia son susceptibles a las presiones externas y a los sobornos. Ni la supervisión del congreso ni los mecanismos internos del poder judicial han demostrado ser capaces de investigar y disciplinar con eficacia a los jueces corruptos.”<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Departamento de Estado de EE.UU, 2011, Informe sobre el Clima de Inversiones – Ecuador, <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/ics/2011/157270.htm>.

<sup>42</sup> El Departamento de Estado de los EE.UU. ha hecho declaraciones similares en cada Informe sobre el Clima de Inversión desde el año 2009 y en cada Informe de País sobre las Prácticas de Derechos Humanos desde el 2005. Esos informes anuales pueden encontrarse en el sitio Web del Departamento de Estado. Ver <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/index.htm> y <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/ics/index.htm>.

<sup>43</sup> Departamento de Estado de los EE.UU., Informe sobre el Clima de Inversión de 2011 – Ecuador, <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/ics/2011/157270.htm>.

- “Si bien la constitución prevé un poder judicial independiente, en la práctica el poder judicial fue en ciertos momentos susceptible a presiones externas y a corrupción. Los medios de comunicación han escrito extensamente sobre la propensión de los jueces a recibir sobornos a cambio de fallos favorables y la resolución de casos legales, y sobre el hecho de que los jueces envían las causas a abogados externos, quienes redactan las sentencias judiciales y se las devuelven al juez presidente para que ponga la firma.”<sup>44</sup>
- “La Corrupción es problema grave en el Ecuador.”<sup>45</sup>

142. Las organizaciones no gubernamentales también han dado informes sobre la corrupción en el Ecuador. *Transparency International* regularmente clasifica al Ecuador en los últimos lugares de entre los países que estudia en la región en el aspecto de corrupción. En el Hemisferio Occidental, sólo Venezuela, Paraguay, Honduras y Haití recibieron puntajes inferiores a Ecuador.<sup>46</sup>

143. La Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos informa que “[c]onsiderando que una condición fundamental para garantizar una Función Judicial eficaz es un acceso amplio a la justicia de manera oportuna y efectiva, la Comisión ha recibido numerosos informes que indican prácticas corruptas por parte de los funcionarios judiciales. Dichas prácticas varían desde exigir pagos a los litigantes a fin de agilizar la tramitación de casos hasta el soborno para influenciar los fallos de los jueces de la Corte Suprema.”<sup>47</sup>

144. Dichos informes están corroborados por ejemplos específicos citados en la prensa y en otros informes públicos. Por ejemplo, el Departamento de Estado de los EE.UU. dio un informe de que en el año 2006, tres jueces fueron destituidos de la Corte Suprema debido a acusaciones (por un ex congresista) de que pidieron un soborno de \$500.000 para pronunciar un fallo favorable.<sup>48</sup> Un importante periódico ecuatoriano informó que desde el 2006 hasta el 2009, más de un tercio de los jueces ecuatorianos fueron sancionados por corrupción u otra incorrección.<sup>49</sup> Y en el año 2007, el Comité Cívico Anticorrupción del Ecuador hizo públicos 197 videos en los cuales se veía al personal administrativo dentro de la función judicial recibiendo dinero indebidamente a cambio de servicios.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Departamento de Estado de los EE.UU., Informe de País sobre las Prácticas de Derechos Humanos – Ecuador, 8 de abril de 2011, en 9, <http://www.state.gov/documents/organization/160163.pdf>.

<sup>45</sup> Departamento de Estado de los EE.UU., Informe sobre el Clima de Inversión de 2011 – Ecuador, <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/ics/2011/157270.htm>.

<sup>46</sup> Transparency International, Resultados del Índice de Percepción de Corrupción 2010, [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys/indices/cpi/2010/results](http://www.transparency.org/policy_research/surveys/indices/cpi/2010/results).

<sup>47</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2005), Capítulo IV – Ecuador, párrafo 170, 27 de febrero de 2006, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005eng/chap.4b.htm>.

<sup>48</sup> Departamento de Estado de los EE.UU., Informe de País sobre las Prácticas de Derechos Humanos 2006 – Ecuador, 6 de marzo de 2007, <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2006/78890.pdf>.

<sup>49</sup> Deficiencias en control a jueces se reconoce en CJ, EL UNIVERSO, 22 de junio de 2009, <http://www.eluniverso.com/2009/06/22/1/1355/47742BFF4462458C8DAAB69D7D690F67.html> (“Estadísticas de ese organismo dan cuenta de que en los últimos tres años y medio los funcionarios destituidos llegaron a 375, cifra que demuestra el alto índice de anomalías que se cometen en la Función Judicial, integrada por 4.461 personas. En ese lapso, también ocho funcionarios fueron removidos, 123 suspendidos, 618 multados y 479 amonestados.”)

<sup>50</sup> Freedom House, Countries at the Crossroads 2007, Informe de País – Ecuador, en 19, <http://www.freedomhouse.org/uploads/ccr/country-7169-8.pdf>; Nada concreto sobre “video judiciales”, ECUADOR INMEDIATO, 22 de febrero de 2007,

145. Incluso el mismo gobierno del Ecuador reconoce los defectos de la función judicial del Ecuador. En el 2009, el Presidente de la Comisión de lo Civil y Penal de la Asamblea Nacional ecuatoriana declaró con franqueza: “[n]uestro sistema de justicia ha colapsado completamente.”<sup>51</sup>

146. El mismo Presidente Correa ha hecho eco de este análisis. Ha comentado públicamente que el Ecuador necesita purgar el sistema judicial de “jueces corruptos y negligentes.”<sup>52</sup> Poco tiempo después del fallo de la corte de apelaciones en el presente caso, él declaró; “Tenemos un problema concreto que nadie lo duda, un sistema de justicia totalmente ineficiente y corrupto que se cae a pedazos.”<sup>53</sup> Y, al comentar sobre las iniciativas de reforma judicial, dijo: “[q]ue el consejo tripartito reestructure la barbaridad que es nuestro sistema de justicia es un desafío enorme.”<sup>54</sup>

## VI. LOS ACTOS DE LOS TRIBUNALES ECUATORIANOS VIOLARON LAS OBLIGACIONES DEL ECUADOR EN VIRTUD DEL TBI ENTRE ECUADOR – ESTADOS UNIDOS

147. Como compañía estadounidense que invierte en el Ecuador, MSDIA tiene derecho a las protecciones prometidas por Ecuador en el TBI Ecuador-Estados Unidos. Entre otras obligaciones, el Ecuador asumió la obligación de brindar a los inversionistas extranjeros acceso a un proceso judicial en el cual se los trataría de manera justa y por medio del cual tendrían la capacidad significativa de presentar reclamaciones y defensas ante un ente imparcial que toma decisiones. Como se explicó más arriba, Ecuador falló rotundamente en cuanto a cumplir con esta obligación.

148. Por el contrario, las resoluciones de los tribunales ecuatorianos fueron manifiestamente injustas y fueron el producto de una deficiencia atroz en la administración de justicia. Los tribunales ecuatorianos tuvieron sesgo y fueron parciales a favor de la demandante ecuatoriana, como queda evidenciado mediante una serie de decisiones procesales y el hecho de que no se ofreció a MSDI las garantías del debido proceso.

149. Específicamente, los tribunales ecuatorianos negaron a MSDIA la debida notificación de fallos y procedimientos cruciales durante todo el caso, violando así el derecho y la práctica ecuatoriana, y

---

[http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news\\_user\\_view/la\\_hora\\_quito\\_nada\\_concreto\\_sobre\\_videojudiciales--49435](http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/la_hora_quito_nada_concreto_sobre_videojudiciales--49435).

<sup>51</sup> Justicia colapsada, LA HORA, 16 de abril de 2009.

<sup>52</sup> Consejo de Transición de la Judicatura no se instaló, EL UNIVERSO, 22 de julio de 2011, <http://www.eluniverso.com/2011/07/22/1/1355/consejo-transicion-judicatura-instalo.html> ("El presidente Rafael Correa propuso reformar la justicia vía referéndum, invocando la necesidad de purgar el sector de "jueces corruptos y negligentes" para combatir la inseguridad.")

<sup>53</sup> Presidente Correa. Querían desprestigiar al Gobierno y no pudieron, OPINION, 13 de noviembre de 2011, <http://www.diariopinion.com/primeraplana/verArticulo.php?id=812332> ("Tenemos un problema concreto, que nadie lo duda, un sistema de justicia totalmente ineficiente y corrupto que se cae a pedazos..."); *Correa reitera que meterá manos en la Corte y su campaña por el Sí*, EL UNIVERSO, 26 de enero de 2011, <http://www.eluniverso.com/2011/01/26/1/1355/correa-reitera-metera-manos-corte-campana.html>.

<sup>54</sup> Correa anticipa que no podrá cambiar totalmente a la justicia, EL UNIVERSO, 11 de febrero de 2011, <http://www.eluniverso.com/2011/02/23/1/1355/correa-anticipa-podra-cambiar-totalmente-justicia.html> ("Tener 18 meses un consejo tripartito para reestructurar esa barbaridad que es el sistema de justicia es un desafío enorme.").



contrariamente a los requisitos mínimos del debido proceso, con lo cual demostraron su sesgo y que estaban predispuestos a dictaminar en contra de MSDIA y causarle perjuicio. Por ejemplo:

- El tribunal de primera instancia tomó el testimonio del único testigo de NIFA sobre los hechos sin dar la debida notificación a MSDIA ni darle la oportunidad de asistir. Posteriormente, el tribunal tomó más testimonio del mismo testigo, aparentemente como respuesta a la solicitud de MSDIA de contra interrogarlo, pero nuevamente no dio notificación previa a los abogados de MSDIA ni les dio la oportunidad de asistir.
- Cuando el tribunal de primera instancia pronunció sentencia el 17 de diciembre de 2007, no dio la debida notificación como lo exige el derecho procesal ecuatoriano y, en cambio, envió a MSDIA una versión electrónica de la sentencia que estaba truncada y omitía la parte en la que se adjudicaban \$200 millones en daños y perjuicios. La notificación insuficiente del tribunal parece haber tenido la finalidad de evitar que MSDIA ejerciera su derecho de apelar dentro del plazo de 3 días permitido según el procedimiento ecuatoriano.
- Cuando el tribunal de apelaciones tomó posesión de la apelación el 15 de julio de 2008, iniciando así el plazo de 10 días dentro del cual MSDIA debía presentar su “Fundamentación de la Apelación”, el tribunal no dio notificación a MSDIA. MSDIA descubrió que el tribunal había tomado posesión de la apelación apenas minutos antes de que venciera el plazo de 10 días. Si MSDIA no hubiera llegado a tiempo en la fecha límite, habría quedado impedida de apelar la sentencia del tribunal de primera instancia. Una vez más, el tribunal no notificó a MSDIA aparentemente con la finalidad de hacer que MSDIA renunciara a su derecho de apelar la sentencia de \$200 millones del tribunal de primera instancia.
- Cuando el tribunal de apelaciones pronunció su sentencia de \$150 millones contra MSDIA el 23 de septiembre de 2011, lo hizo al mismo tiempo que resolvía sobre mociones procesales pendientes. Por consiguiente, se negó a MSDIA la posibilidad de presentar su escrito final —que ya tenía elaborado y esperaba el momento de presentarlo— o solicitar una audiencia verbal sobre el fondo. Aparentemente, dicho acto fue premeditado para negar, y de hecho negó, a MSDIA la oportunidad de presentar sus argumentos finales sobre el asunto.

150. El sesgo y la parcialidad de los procedimientos del tribunal de primera instancia quedan todavía más en evidencia por la conducta de la Jueza Provisional Chang-Huang, quien sustituyó al juez original después del cierre del período probatorio cuando el caso estaba listo para la resolución. La Jueza Chang-Huang pronunció su resolución —respecto a un pleito de cuatro años de duración y con un acta de 6000 páginas— tres horas y media después de tomar conocimiento del caso. Su resolución fue en gran parte una repetición de la demanda de la demandante, su laudo por daños y perjuicios simplemente adoptó la exigencia de la demandante, y las circunstancias indican convincentemente que su resolución fue al menos en gran parte el producto del trabajo de los abogados de la demandante.

151. Los procedimientos del tribunal de apelaciones también evidenciaron sesgo y parcialidad patente a favor de la demandante ecuatoriana. Por ejemplo, la resolución del tribunal abordó las pruebas presentadas por la demandante ecuatoriana, pero pasó completamente por alto las pruebas presentadas por MSDIA, sin fundamento legal y por motivos que claramente eran pretextos, afirmando falsamente que MSDIA había renunciado a sus fundamentos basados en pruebas para impugnar la sentencia del tribunal de primera instancia.

152. Además, sin fundamento racional, el tribunal de apelaciones desestimó las conclusiones bien razonadas de peritos respetados internacionalmente y con excelentes credenciales designados por el tribunal —quienes concluyeron que no existía fundamento para la responsabilidad o los daños y perjuicios en este caso. Luego, sin justificación legal conforme al derecho y al procedimiento del Ecuador, el tribunal designó a otros "peritos", que carecían de credenciales o de pericia en el correspondiente campo, y que presentaron informes no motivados e infundados que eran totalmente a favor de la demandante ecuatoriana.

153. El tribunal adoptó las conclusiones de esos otros peritos sin analizar y sin abordar las pruebas de los peritos designados por el tribunal que habían concluido que no existían motivos para la responsabilidad o los daños y perjuicios. Esos actos una vez más demostraron la predisposición del tribunal de dictaminar en contra de MSDIA y a favor de la demandante ecuatoriana independientemente de los hechos y del derecho. Por ejemplo:

- El tribunal de apelaciones rechazó la opinión muy motivada del perito en defensa de la competencia originalmente designado por el tribunal, Dr. Ignacio De León, pese a que había designado al Dr. De León por recomendación de la Dirección de la Competencia del Ecuador, pese a las credenciales indiscutibles del Dr. De León y pese al hecho que NIFA no presentó sustento alguno para rechazar las conclusiones del Dr. De León. Por el contrario, el tribunal de apelaciones adoptó las conclusiones de un "perito" designado posteriormente (el Dr. Guerra) que carecía de formación y experiencia en leyes sobre la defensa de la competencia, que había sido acreditado en circunstancias muy dudosas poco después de que el Dr. De León presentó su informe, cuyo análisis en su mayoría era un plagio y que carecía de fundamentos en los principios de la legislación de la competencia, y cuyo análisis había sido impugnado de manera concluyente por el informe pericial de otro perito sudamericano en competencia, también recomendado por la Dirección de la Competencia del Ecuador: el Dr. Diego Petrecolla.
- El tribunal de apelaciones rechazó la opinión bien motivada del perito en bienes raíces originalmente designado por el tribunal, Sr. Manuel Silva, pese a que el Sr. Silva claramente demostró que NIFA contaba con múltiples opciones a su disposición en vez de la pequeña fábrica de MSDIA, y por ende no podía haber sufrido perjuicio por el fracaso de su intento de adquisición, y pese a que las conclusiones clave del Dr. Silva no fueron objetadas. En lugar de eso, el tribunal de apelaciones se basó en ciertas conclusiones del informe de un perito designado después (Sr. Yerovi) que eran más favorables a NIFA, pasando por alto las conclusiones de su informe que coincidían con el informe del Sr. Silva.

- El tribunal de apelaciones rechazó la opinión bien motivada del Dr. De León de que NIFA no había sufrido daños y perjuicios como resultado de la adquisición fallida, pese a las credenciales del Dr. De León y a que NIFA en ningún momento alegó que él hubiera cometido un “error esencial” en su análisis de daños y perjuicios. En cambio, basándose en explicaciones cambiantes e incoherentes, el tribunal designó y se basó en otro supuesto “perito” (Sr. Cabrera), a pesar de no contar éste último con ningún título y lo evidentemente absurdo de sus conclusiones. Con ello, el tribunal de apelaciones negó la moción de MSDIA de descalificar al Sr. Cabrera por el supuesto motivo que el Sr. Cabrera no era un perito en errores esenciales, sino más bien un perito en daños y perjuicios; y luego negó otra moción de MSDIA de impugnar la opinión sobre error esencial del Sr. Cabrera (ya que se había permitido que NIFA impugnara las opiniones de múltiples peritos) por el supuesto motivo totalmente contradictorio de que el Sr. Cabrera era solamente un perito en errores esenciales, no un perito en daños. Dicho razonamiento contradictorio tipo “Círculo Vicioso” es también un indicio muy convincente de sesgo.

154. Por otra parte, la sentencia de los tribunales ecuatorianos fue arbitraria, manifiestamente contraria al derecho, y constituyó una injusticia, puesto que en la época de la venta y de la sentencia, el Ecuador no contaba con una ley sobre libre competencia y no había adoptado ni anunciado las reglas sustantivas de la competencia que los tribunales pretendían aplicar en este caso. Además, la disposición de los tribunales de inventar un supuesto fundamento para crear una causal de acción de la defensa de la competencia demostró su predisposición y parcialidad en el presente caso.

155. El fallo de responsabilidad de los tribunales también fue manifiestamente contrario a las pruebas y reveló su sesgo y predisposición puesto que, a diferencia de su supuesta conclusión, era claro que MSDIA no tenía una posición dominante en el mercado farmacéutico o en el mercado de bienes raíces del Ecuador; no podía estar obligada conforme a ningún conjunto de principios sobre la defensa de la competencia a vender sus instalaciones a NIFA; y no había impedido que NIFA ampliara sus instalaciones o capacidad de producción, porque, entre otras cosas, existían muchas otras instalaciones a disposición de NIFA. Ningún tribunal que fuera racional, competente y sin sesgo podría haber concluido que los actos de MSDIA violaron los principios de la legislación sobre la competencia.

156. Por último, la enorme indemnización adjudicada por los tribunales con motivo de lucro cesante no deja duda alguna en cuanto a la incorrección de los procedimientos y la injusticia manifiesta del resultado. Tanto el tribunal de primera instancia como el tribunal de apelaciones confirmaron su sesgo y su predisposición a dictaminar en contra de MSDIA y a favor de NIFA adjudicando *\$200 millones* y *\$150 millones*, respectivamente, por lucro cesante. Ningún tribunal que fuera racional, competente, sin sesgo, podría haber adjudicado una indemnización por dicho monto, como se evidencia de los siguientes hechos indiscutidos, entre otros:

- Las ganancias anuales de NIFA en el 2002 fueron apenas *\$2.165*. Es totalmente inverosímil que, con el añadido de una pequeña fábrica que valoró en *\$1,5 millones*, NIFA hubiese podido ganar 100.000 (el tribunal de primera instancia), o 70.000 (el tribunal de apelaciones) veces ese monto. Y sin embargo, ésa es justamente la premisa del laudo por daños y perjuicios contra MSDIA.

- El precio ofrecido por NIFA y aceptado por MSDIA por la planta y los equipos fue sólo *\$1,5 millón*. No existen instalaciones que tengan la capacidad de producir \$150 millones en *ganancias* adicionales que puedan verosíblemente valorarse en \$1,5 millón. Si la planta era capaz de producir \$150 millones en ganancias adicionales, —ya sea manejada por NIFA, MSDIA o cualquier otra persona— su precio de venta claramente habría sido mucho más alto, sobre todo si, como afirma NIFA, no existían otros medios en el mercado ecuatoriano para captar esas ganancias enormes.
- Todo el mercado farmacéutico de genéricos en el Ecuador tuvo *ventas* (mucho menos ganancias) de apenas \$20,4 millones en el 2002. Las ganancias habrían sido un pequeño porcentaje de dicha cifra de ventas brutas. Ningún tribunal racional, competente y sin sesgo podría suponer que una compañía como NIFA —con una participación diminuta del mercado— podría haber obtenido *ganancias diez veces la cantidad de ventas brutas de todo el mercado*, con sólo adquirir una pequeña fábrica nueva.
- El principal sustento probatorio de NIFA de su reclamación por daños y perjuicios en el tribunal de primera instancia fue un “plan de negocios” en el cual se afirmaba (de manera inverosímil) que la fábrica valía \$12,9 millones en ganancias para NIFA durante diez años. Ningún tribunal racional, competente y sin sesgo, frente a ese sustento probatorio, podría haber adjudicado \$200 millones de indemnización, como mínimo *\$187 millones* más que lo que justificaban la propias pruebas de NIFA.
- El único sustento probatorio de la reclamación por daños de NIFA en el tribunal de apelaciones (aparte del “informe pericial” incoherente del Sr. Cabrera), fue el supuesto “informe de IMS” que concluía (de manera inverosímil) que NIFA había tenido \$28 millones en ventas perdidas. Con el margen de ganancias histórico de NIFA, esto vendría a ser menos de \$1 millón en ganancias perdidas. Ningún tribunal racional, competente y sin sesgo, que considerase ese único sustento probatorio, podría haber adjudicado a NIFA \$150 millones por daños, como mínimo *\$149 millones* más que lo que justificaban las propias pruebas de NIFA.

157. Por todos los motivos anteriores y otros, MSDIA no recibió un trato justo o equitativo de los tribunales ecuatorianos; su inversión no recibió protección y seguridad plenas; su inversión fue menoscabada por medidas arbitrarias y discriminatorias; y su trato en los tribunales ecuatorianos no estuvo a la altura de lo exigido por el derecho internacional. Además, no se proporcionó a MSDIA medios eficaces para hacer valer y exigir sus derechos por medio de los tribunales ecuatorianos. En cambio, MSDIA fue sometida a un proceso judicial injusto e imparcial que perjudicó sus derechos e impidió que sus defensas fueran presentadas y evaluadas a cabalidad de conformidad con el imperio de la ley.

158. El procedimiento ecuatoriano fue equivalente a una denegación de justicia, lo cual violó las obligaciones del Ecuador en virtud del Tratado. En términos sencillos, ningún sistema de justicia justo y competente podría llegar al resultado al que llegaron los tribunales ecuatorianos en este caso.

159. Los actos del Ecuador infringieron sus obligaciones en virtud del TBI entre Ecuador-Estados Unidos, incluyendo sus obligaciones:

- a. De permitir y tratar las inversiones y las actividades relacionadas con las mismas, de una manera que no sea menos favorable que la otorgada en situaciones similares a las inversiones o a las actividades afines de sus propios nacionales o compañías, o de nacionales o compañías de un tercero, cualquiera de las dos que sea más favorable (Artículo II(1));
- b. De otorgar a las inversiones un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, y un trato no inferior a lo exigido por el derecho internacional (Artículo II(3)(a));
- c. De no perjudicar por medio de medidas arbitrarias o discriminatorias la administración, operación, mantenimiento, uso, disfrute, adquisición, expansión o enajenación de inversiones (Artículo II(3)(b)); y
- d. De brindar medios eficaces para reivindicar y exigir los derechos con respecto a las inversiones (Artículo II(7)).

## VII. REPARACIÓN SOLICITADA

160. Por los motivos que se reseñaron más arriba, MSDIA solicita un laudo que:

- a. Declare que los actos de los tribunales ecuatorianos con relación a la sentencia de NIFA violaron las obligaciones del Ecuador en virtud del TBI entre el Ecuador y los Estados Unidos;
- b. Ordene al Ecuador—incluyendo, en concreto, a sus tribunales, su función ejecutiva, y su policía nacional— que tomen todas las medidas que estén a su alcance para impedir la ejecución de la sentencia de NIFA tanto dentro como fuera del Ecuador;
- c. Ordene al Ecuador que indemnice y exima de responsabilidad a la Demandante contra todos los daños y perjuicios resultantes de la ejecución de la sentencia de NIFA, incluyendo el valor de cualquier activo pagado, confiscado, decomisado o renunciado en conexión con la ejecución de la sentencia de NIFA, y otros daños para el negocio de la Demandante tanto dentro como fuera del Ecuador, incluyendo lucro cesante;
- d. Ordene al Ecuador que pague a la Demandante indemnización por sus costos legales para resistir la ejecución de la sentencia de NIFA dentro y fuera del Ecuador;
- e. Ordene al Ecuador que pague a la Demandante todos los costos asociados con el presente arbitraje, incluyendo honorarios de abogados;
- f. Ordene al Ecuador que pague intereses previos y posteriores al laudo sobre todas las sumas adeudados; y
- g. La otra reparación que sea justa, incluyendo, pero sin limitarse, daños morales a la Demandante a fin de compensar el perjuicio no pecuniario sufrido como resultado de los incumplimientos del Ecuador, lo cual incluye daños a la reputación y la buena voluntad de la Demandante, tanto dentro como fuera del Ecuador.

161. La Demandante se reserva el derecho de modificar y complementar sus reclamaciones y su solicitud de reparación según corresponda durante el curso del arbitraje.

**VIII. PROPUESTAS RESPECTO AL NÚMERO DE ÁRBITROS Y LA AUTORIDAD NOMINADORA Y LA DESIGNACIÓN DE UN ÁRBITRO POR PARTE DE MSDIA**

162. La Demandante propone que la presente controversia sea resuelta por un panel de tres árbitros designados de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

163. La Demandante por la presente designa al Juez Stephen M. Schwebel como árbitro. Los detalles de contacto del Juez Schwebel son los siguientes:

Juez Stephen M. Schwebel

1501 K Street, N.W., Suite 410  
Washington, D.C. 20005  
EE.UU.  
Teléfono: + 1 202 736 8328  
Fax: + 1 202 736 8709

Essex Court Chambers  
24 Lincoln Inn's Fields  
London WC2 A36D  
Reino Unido  
Teléfono: + 44 20 7813 8000  
Fax: +44 20 7813 8080  
Correo electrónico: [judgeschwebel@aol.com](mailto:judgeschwebel@aol.com)

El Juez Schwebel es independiente de la Demandante e imparcial.

164. La Demandante también propone que las partes designen de común acuerdo al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya como autoridad nominadora facultada para actuar conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en caso de que sea necesaria una autoridad nominadora.

Presentado con todo respeto,

(Firma ilegible)

Gary B. Born  
Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP  
49 Park Lane  
London W 1K IPS  
Reino Unido

TRADUCCIÓN

Telf.: +44 20 7872 1000

Fax: +44 20 7839 3537

David W. Ogden

Rachael D. Kent

Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP

1 875 Pennsylvania Avenue, NW

Washington, DC 20006

EE.UU.

Telf.: +1 202 663 6000

Fax: +1 202 663 6363

Fecha: 29 de noviembre de 2011