

**EN EL ASUNTO DEL ARBITRAJE AD-HOC CONFORME
A LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI
CASO NO. 2012-10**

MERCK SHARP & DOHME (I.A.) LLC.

Demandante

contra

LA REPÚBLICA DE ECUADOR

Demandada

**ESCRITO DE LA DEMANDANTE RESPECTO DE LA SENTENCIA
DE LA CNJ DEL 4 DE AGOSTO DE 2016**

26 de septiembre de 2016

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	LA SENTENCIA DE LA CNJ DEL 4 DE AGOSTO Y OTROS ACONTECIMIENTOS FÁCTICOS PERTINENTES DESDE LA AUDIENCIA DE MARZO 2015.....	4
A.	Los Procedimientos de la Corte Constitucional y la Resolución sobre la Segunda Acción Extraordinaria de Protección de NIFA	4
1.	La Corte Constitucional determinó que la CNJ violó los derechos constitucionales de NIFA.....	6
2.	La Corte Constitucional ordenó a los “Jueces Suplentes” que adoptaran las determinaciones fácticas de la Corte de Apelaciones y se excedieran en sus atribuciones haciendo determinaciones fácticas por su propia cuenta	7
3.	La Corte Constitucional ordenó a los “Jueces Suplentes” que resolvieran sobre el caso de acuerdo con las opiniones y el razonamiento de la Corte Constitucional y les amenazó con sanciones si no lo hacían	11
B.	La Sentencia de la CNJ de agosto de 2016 que otorga daños y perjuicios por USD 41.966.571,60.....	12
C.	Acontecimientos en las cortes de Ecuador después de la Sentencia de la CNJ de agosto de 2016.....	15
III.	LA RESOLUCIÓN DE ENERO 2016 DE LA CORTE CONSTITUCIONA Y LA RESOLUCIÓN DE AGOSTO 2016 DE LA CNJ DE ECUADOR IMPUSIERON MÁS DENEGACIONES DE JUSTICIA	16
A.	Las normas jurídicas aplicables en caso de denegación de justicia conforme al Derecho Internacional	16
B.	La resolución de la Corte Constitucional de enero 2016 es una denegación de justicia	17
1.	La Corte Constitucional de Ecuador adoptó irracionalmente y avaló las determinaciones probatorias de la Corte de Apelaciones, incluido el informe “pericial” poco razonable de Cabrera sobre los daños y perjuicios.....	18
2.	La Corte Constitucional de Ecuador ordenó a la CNJ que aceptara las determinaciones probatorias de la Corte de Apelaciones y que se sustentara en estas	19
3.	La Corte Constitucional de Ecuador amenazó a los Jueces de la CNJ con graves sanciones personales por no obedecer sus directivas indebidas ...	22
C.	La Sentencia de la CNJ de agosto 2016 es otra denegación de justicia	24

1.	La Sentencia de agosto 2016 de la CNJ se basó en determinaciones probatorias sumamente viciadas de la Corte de Apelaciones	24
2.	La Sentencia de agosto 2016 de la CNJ confirma la resolución de la Corte de Apelaciones sobre responsabilidad sobre la base de teorías jurídicas que no existen en Ecuador y que NIFA no alegó en ningún momento....	29
3.	El laudo de daños y perjuicios de la CNJ por USD 41,9 millones exaspera la conciencia y es contrario al peso abrumador de las pruebas.....	33
IV.	ECUADOR NO HA BRINDADO MEDIOS EFECTIVOS DE REIVINDICAR RECLAMACIONES Y HACER CUMPLIR DERECHOS.....	36
V.	MSDIA NO TUVO EN ECUADOR NINGÚN RECURSO EFICAZ A SU DISPOSICIÓN PARA IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN DE LA CNJ DEL 4 DE AGOSTO DE 2016.....	38
VI.	MSDIA TIENE DERECHO A UNA REPARACIÓN INTEGRAL	39
A.	MSDIA tiene derecho a una reparación integral.....	40
B.	Un remedio que anule las Sentencias ecuatorianas y prohíba pleitos adicionales no otorgaría a MSDIA una reparación efectiva	42
C.	Por lo tanto, se debe ordenar a Ecuador que cumpla con la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 pagando la suma de esa Sentencia a MSDIA.....	44
D.	Además, MSDIA tiene derecho a compensación por sus otras pérdidas	45
E.	En vista de las circunstancias fácticas diferentes y del paso del tiempo, MSDIA solicita que el Tribunal establezca un trámite para los procedimientos adicionales sobre cuantía.....	47
VII.	PETITORIO DE REPARACIÓN	48

I. INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con la carta del Tribunal a las partes de fecha 24 de agosto de 2016, la Demandante, Merck Sharp & Dohme (I.A.) LLC (“MSDIA”) por el presente aborda la sentencia del 4 de agosto de 2016 de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador (“CNJ”) en el pleito *NIFA c. MSDIA*. Este Escrito está acompañado por un volumen de anexos fácticos y un volumen de jurisprudencia.

2. Durante casi 13 años, MSDIA se ha visto obligada a defenderse en las cortes de Ecuador, incurriendo repetidas veces en sentencias de siete y ahora ocho cifras de dólares estadounidenses debido a que la CNJ de Ecuador carece de cualquier fundamento fáctico o jurídico coherente, y cada sentencia sucesiva se considera concluyente y vinculante, y cada una se origina en la misma demanda que tiene relación con una negociación fallida acerca de una pequeña fábrica valorada por las partes solo en USD 1,5 millón.

3. Las cortes de Ecuador, en todo nivel, desde las de primera instancia hasta la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional especializada de Ecuador han dictado resoluciones poco razonables, infundadas y evidentemente parcializadas a favor de NIFA, sin respetar el expediente fáctico, la más elemental lógica, o el Derecho de Ecuador. Se han dictado sentencias en contra de MSDIA conforme a cuatro teorías jurídicas diferentes, ninguna de las cuales fue reconocida antes conforme al Derecho de Ecuador, tres de ellas no fueron promovidas o fueron denegadas por la demandante en el caso. MSDIA ahora ha sido hallada responsable en sentencias “concluyentes” dictadas por tres paneles diferentes de jueces de la CNJ, en cada caso según teorías jurídicas que nunca fueron argumentadas por la demandante. Las cortes de Ecuador han ordenado a MSDIA que pague daños y perjuicios que no dejan de aumentar por la misma conducta, en sentencias primero exigidas en contra de MSDIA y luego anuladas a petición de la demandante, que culminan con una Sentencia de la CNJ de agosto de 2016 por USD 41,9 millones. Esta última sentencia se basó expresamente en determinaciones fácticas evidentemente injustas y sesgadas de la corte de apelaciones, y en el informe pericial del Sr. Cristián Cabrera, un informe tan claramente irracional que incluso los dos paneles anteriores de la CNJ rechazaron sus conclusiones de plano, y tan absurdo que Ecuador ni siquiera ha intentado defenderlo en este arbitraje.

4. En suma, el pleito *NIFA c. MSDIA* ha sido una extensa serie de injusticias extraordinarias. No puede quedar duda de que el sistema judicial de Ecuador en conjunto no ha podido brindar a MSDIA las protecciones básicas del debido proceso, y no ha otorgado a MSDIA los medios efectivos para reivindicar sus reclamaciones y hacer cumplir sus derechos. La Sentencia reciente de agosto 2016 de la CNJ y la Resolución del 20 de enero de 2016 de la Corte Constitucional que dictó sus términos continúan y agravan los mismos patrones de abuso de MSDIA y de sus derechos legales en manos de las cortes ecuatorianas que han persistido sin cesar desde 2003. Por los motivos que se exponen a continuación, esas resoluciones de 2016, al igual que las dictadas anteriormente, deniegan la justicia a MSDIA y violan las obligaciones de Ecuador conforme al Tratado Bilateral de Inversiones

Ecuador- Estados Unidos (el “Tratado”).

5. Ahora parece que NIFA no ha presentado otra Acción Extraordinaria de Protección en la Corte Constitucional de Ecuador que impugne la Sentencia de la CNJ del 4 de agosto de 2016, y la fecha para hacerlo ya ha vencido. Por lo tanto, es posible que la Sentencia de la CNJ de agosto de 2016 sea la última “sentencia firme” en el extenso pleito de *NIFA c. MSDIA*.¹ Sin embargo, ello no significa que los USD 42 millones sean la cifra tope por los nuevos perjuicios que enfrenta MSDIA.

6. Como el Tribunal ya sabe, el 16 de septiembre de 2016, la corte ecuatoriana de primera instancia con jurisdicción para ejecutar la Sentencia de la CNJ de agosto de 2016 emitió una orden que suspendía los procedimientos de ejecución en cumplimiento de la Segunda Orden de Medidas Provisionales de este Tribunal. A la fecha, esa suspensión sigue en efecto. Sin embargo, si la corte de primera instancia la levantara por una petición de reconsideración o revocación presentada por NIFA o por una corte superior de Ecuador a instancia de NIFA, esta última podría ejecutar inmediatamente la sentencia de la CNJ de USD 42 millones. Esa ejecución destruiría la inversión de MSDIA en Ecuador. MSDIA perdería su empresa en marcha, incluidos sus activos y su expectativa de ganancias futuras, y como sus activos en Ecuador están valorados en mucho menos que USD 42 millones, también afrontaría una posible ejecución en contra de activos fuera de Ecuador.

7. Así pues, es posible que la empresa de MSDIA en Ecuador pudiera destruirse mediante la ejecución de la sentencia, ocasionando la pérdida de todos los activos en el país y la pérdida de ganancias futuras, y MSDIA podría además sufrir los costos del pleito y posibles sentencias que ejecutaran cualquier parte no satisfecha de la sentencia en otros países. Esos daños y perjuicios serían muy sustanciales y emanarían directamente de las denegaciones de justicia en cuestión.

8. El Derecho Internacional establece que MSDIA tiene derecho a una reparación integral de los daños ocasionados por los incumplimientos del Tratado por parte de Ecuador. Esos incumplimientos han impuesto a MSDIA más de USD 7,7 millones por sentencias ya pagados a NIFA, casi USD 7 millones de honorarios de abogado y costos para defender los procedimientos ecuatorianos que produjeron esas denegaciones de justicia y otros daños y perjuicios no cuantificados a su reputación y plusvalía, y ahora una nueva responsabilidad civil por USD 42 millones (las cortes de Ecuador no han determinado todavía si ello incluye o es adicional a los USD 7,7 millones de responsabilidad civil impuestos por las sentencias previas de la CNJ, que también fueron denegaciones de justicia), y el riesgo de perder su

¹ El hecho de que aparentemente NIFA no ha presentado una Acción Extraordinaria de Protección (AEP) para anular la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 no significa que el pleito en Ecuador haya llegado a su fin. Es posible, por ejemplo, que NIFA recurra dicha orden de la corte de primera instancia de suspender la ejecución de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016, y que incluso llegue a presentar una AEP ante la Corte Constitucional en la cual alegue que la orden que admite la suspensión violó sus derechos constitucionales.

empresa en marcha en Ecuador.

9. Por los motivos que se exponen a continuación, la reparación que devolvería más a MSDIA a la posición que habría tenido si no hubiesen ocurrido los incumplimientos de Ecuador, es una orden que ordene a Ecuador pagar de forma inmediata y total las supuestas obligaciones de MSDIA en virtud de la Sentencia de la CNJ de agosto de 2016,, así como también una indemnización por los pagos previos de MSDIA para cumplir con sentencias previas, sus honorarios de abogado y costas para defender el pleito ecuatoriano y otras pérdidas.

10. Esa reparación es necesaria porque, lamentablemente, la posición de Ecuador en este arbitraje no ha dejado duda de que Ecuador no respetará un laudo que ordene la anulación de las sentencias de sus cortes que denegaron la justicia a MSDIA. Por lo tanto, un laudo que declare que esas sentencias son nulas sería una reparación vacía que dejaría a MSDIA expuesta a la ejecución de esas sentencias en Ecuador (y quizás en otras partes). Mientras esas sentencias continúen sin ser anuladas y sin cumplimiento, podrían ejecutarse en contra de los activos de MSDIA en Ecuador y fuera de este.

11. Si, por otra parte, se ordena a Ecuador que cumpla por completo con la sentencia de manera oportuna para evitar cualquier riesgo de confiscación de los activos de MSDIA, y si cumple antes de que una orden judicial ordene la ejecución de la sentencia en contra de los activos ecuatorianos de MSDIA, ello pondría fin a los procedimientos de NIFA c. MSDIA y permitiría que este Tribunal colocara a MSDIA en la misma posición que habría tenido si Ecuador no hubiese violado el Tratado.

12. Por lo tanto, MSDIA respetuosamente solicita que el Tribunal dicte un Laudo Parcial final tan pronto sea razonablemente posible en el cual se declare que el Tribunal tiene jurisdicción y que Ecuador incumplió el Tratado, y que otorgue a MSDIA USD 41.966.571,60. El Tribunal tiene ante sí todas las pruebas y todos los escritos de las partes que son necesarios para fundamentar un Laudo Parcial final en esos términos. Además, un laudo en esos términos, si Ecuador lo cumpliera, evitaría la pérdida de la empresa de MSDIA en Ecuador (y por consiguiente, otra fase del presente arbitraje para resolver sobre la reclamación de MSDIA de daños y perjuicios resultantes de la destrucción de su empresa).

13. Un Laudo Parcial final en esos términos no abordaría todas las reclamaciones de MSDIA; las reclamaciones restantes de MSDIA (incluida su reclamación para recuperar los costos incurridos en defender el pleito *NIFA c. MSDIA* y sus otras pérdidas anteriores) tendrían que diferirse a una fase posterior del arbitraje, en la cual MSDIA pueda presentar pruebas adicionales y actualizadas de la cuantía (incluido respecto a una reclamación por daños y perjuicios a raíz de la destrucción de su empresa en Ecuador, si fuera necesario).

II. LA SENTENCIA DE LA CNJ DEL 4 DE AGOSTO Y OTROS ACONTECIMIENTOS FÁCTICOS PERTINENTES DESDE LA AUDIENCIA DE MARZO 2015

14. MSDIA ha descrito la historia del pleito *NIFA c. MSDIA* en sus memoriales² previos a la audiencia y durante la audiencia en Londres de marzo 2015. Esa historia no se repite en el presente. La exposición que sigue describe los acontecimientos fácticos desde la audiencia de marzo 2015, desde los procedimientos de la Corte Constitucional sobre la segunda “Acción Extraordinaria de Protección” (“AEP”) de NIFA y que ya estaban en curso en esa época; y continúa con la resolución de la Corte Constitucional de enero 2016 que dictó el resultado cuando el caso fue devuelto a la CNJ (y motivó la primera orden de medidas provisionales de este Tribunal); la sentencia de la CNJ de agosto de 2016; y los hechos ocurridos en Ecuador desde que se dictó esa sentencia.

A. *Los Procedimientos de la Corte Constitucional y la Resolución sobre la Segunda Acción Extraordinaria de Protección de NIFA*

15. El 9 de enero de 2015, NIFA presentó su segunda Acción Extraordinaria de Protección en la Corte Constitucional de Ecuador. Como MSDIA notificó al Tribunal, esa acción estaba pendiente en la Corte Constitucional en la época de la audiencia de marzo 2015 sobre el fondo en el presente arbitraje.

16. NIFA argumentó que la sentencia de la CNJ del 10 de noviembre de 2014, que había otorgado USD 7.723.471,81 a NIFA, fue arbitraria y violó los derechos constitucionales de NIFA del debido proceso, la protección jurídica eficaz y la certeza jurídica.³ NIFA solicitó que la Corte Constitucional anulara la sentencia de la CNJ, reinstaurara la sentencia de la corte de apelaciones por USD 150 millones, y devolviera el caso a la CNJ para que dictara otra sentencia definitiva (la tercera). NIFA había pretendido y obtenido justamente esa reparación en su primera AEP, la cual había impugnado la sentencia de la CNJ de septiembre de 2012 que otorgaba a NIFA USD 1.570.000.

17. Menos de dos meses después de la audiencia de Londres, el 28 de abril de 2015, un panel de tres jueces de la Corte Constitucional admitió la AEP de NIFA para que el pleno de la Corte Constitucional la considerara en cuanto al fondo.⁴

² *Ver, en general*, el Memorial de MSDIA, pág. 37-160; Réplica de MSDIA, pág. 475-493; Réplica Complementaria de MSDIA, pág. 7-22.

³ Anexo C-299, Acción Extraordinaria de Protección de NIFA, Corte Constitucional, de fecha 9 de enero de 2015.

⁴ Anexo C-300, Orden de la Corte Constitucional en la que se admite la AEP de NIFA, de fecha 28 de abril de 2015.

18. No obstante, el 6 de julio de 2015, la corte ecuatoriana de primera instancia otorgó la petición de NIFA de ejecutar la sentencia de la CNJ de noviembre 2014.⁵ El 9 de julio de 2015, a fin de evitar la confiscación de sus activos, MSDIA cumplió con esa orden y con la sentencia.⁶

19. El 14 de enero de 2016, a petición de MSDIA y del Procurador General de Ecuador, la Corte Constitucional celebró una audiencia oral sobre la segunda Acción Extraordinaria de Protección de NIFA.⁷ En la audiencia, los abogados de MSDIA y de NIFA y un representante de la Procuraduría General hicieron sus alegatos orales.

20. Seis días después, el 20 de enero de 2016, la Corte Constitucional de Ecuador dictó su resolución: Concedió la Acción Extraordinaria de Protección de NIFA, anuló la resolución de la CNJ de noviembre 2014 (la cual ya había sido pagada por MSDIA), reinstauró la sentencia de la corte de apelaciones por USD 150 millones, y devolvió el caso a la CNJ.⁸ La Corte Constitucional expresamente instruyó que el caso ahora se debía resolver en cuanto al fondo, pero que eso no debían hacerlo los jueces habituales de la CNJ sino “Jueces Suplentes” cuya función en general se limita a decidir qué peticiones de casación serán resueltas por la CNJ sobre el fondo.⁹

21. Era muy poco habitual que la resolución de la Corte Constitucional lograra esos resultados y ello constituyó un intento indebido de obligar a la CNJ a dictar una sentencia nueva y mucho mayor en contra de MSDIA. Entre otras cosas, la Corte Constitucional:

- a. Concluyó de manera implausible que la resolución de la CNJ de noviembre de 2014 que otorgaba a NIFA USD 7,7 millones había violado los derechos de NIFA;
- b. Instruyó indebidamente a la CNJ que aceptara las determinaciones sobre pruebas de la corte de apelaciones que eran sumamente viciadas y evidentemente poco razonables;

⁵ Mediante esa orden se ordenó a MSDIA que pagara a NIFA USD 6.153.461,81, lo cual equivale a la sentencia de USD 7.723.471,81 menos los USD 1.570.000 que MSDIA ya había pagado en cumplimiento de la sentencia de la CNJ del 21 de septiembre de 2012. El 30 de junio de 2015, la corte de primera instancia inicialmente ordenó a MSDIA que pagase el monto completo de USD 7.723.471,81, antes de cambiar de rumbo posteriormente ese mismo día. *Ver* la Carta de MSDIA al Tribunal, de fecha 1 de julio de 2015, en pág. 5.

⁶ *Ver el Anexo C-297*, Escrito de MSDIA, de fecha 9 de julio de 2015, y la carta adjunta de acuse de recibo del pago de la Corte. En su Alegato Complementario sobre Cuantía, de fecha 19 de abril de 2016, MSDIA modificó su pretensión de reparación para dar cuenta de ese pago adicional hecho a NIFA por USD 6.153.461,81

⁷ *Ver Anexo C-301*, Orden de la Corte Constitucional, de fecha 5 de enero de 2016

⁸ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016.

⁹ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 24.

c. Excedió sus atribuciones al hacer determinaciones fácticas por su propia cuenta, incluido determinar que las conclusiones absurdas del informe pericial de Cabrera constituían pruebas válidas y concluyentes de los daños y perjuicios de NIFA que la CNJ se vio obligada a aceptar;

d. Instruyó a los “Jueces Suplentes” que resolvieran sobre el caso de acuerdo no solo con las opiniones de la Corte Constitucional, sino también de acuerdo con su razonamiento; y

e. Amenazó al panel de Jueces Suplentes con sanciones severas si no actuaban así.

22. Esos aspectos de la resolución de la Corte Constitucional se analizan más abajo.

1. La Corte Constitucional determinó que la CNJ violó los derechos constitucionales de NIFA

23. En su sentencia de noviembre 2014, la Corte Constitucional sostuvo que la CNJ había vulnerado los derechos constitucionales de NIFA al evaluar independientemente las pruebas en el expediente para llegar a su sentencia a favor de NIFA. La Corte Constitucional sostuvo que la CNJ no estaba autorizada a hacer eso, y en cambio estaba obligada a aceptar las determinaciones fácticas de la corte de apelaciones. Específicamente, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“[E]sta Corte debe señalar que ... la capacidad de sopesar las pruebas es competencia exclusiva de los jueces de instancia, no de los jueces nacionales [de la CNJ], pues si así lo hicieran, atentarían en contra del principio de independencia interna.

.... Si el recurrente en casación pretende que se reconsideren las pruebas, los jueces nacionales tienen prohibido realizar tal tarea...”¹⁰

24. Esta opinión es contraria al Derecho de Ecuador, a resoluciones previas de la Corte Constitucional, y a la práctica bien establecida de la CNJ. Como han opinado unánimemente los peritos en el presente arbitraje (incluidos los ofrecidos por Ecuador), después de que la CNJ anula una resolución de una corte inferior, tiene la potestad y el deber conforme al Derecho de Ecuador de evaluar independientemente los hechos en el expediente como si fuera tribunal de primera instancia.¹¹ En efecto, aunque la CNJ en su primera sentencia (USD

¹⁰ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 13.

¹¹ Ver el Informe Pericial de Páez, de fecha 1 de octubre de 2013, en el pár. 19-21 (en el cual se explica la función que tiene la Corte al emitir una nueva resolución sobre el fondo); Informe Pericial de Aguirre, de fecha 25 de febrero de 2014, en pár. 6.1 (en el cual el perito de Ecuador explica que la Corte asume “la función de una corte de

1,57 millones) en el presente caso había procedido en ese respecto exactamente de la forma que lo hizo en su segunda sentencia (USD 7,7 millones), la Corte Constitucional en la primera Acción Extraordinaria de Protección de NIFA no halló objeción alguna respecto de que la CNJ determinó hechos de forma independiente, y en cambio basó su rechazo de la sentencia de la CNJ en una cuestión técnica probatoria.¹²

25. La Corte Constitucional además determinó que el análisis de la CNJ para rechazar las opiniones de responsabilidad civil e indemnización de la corte de apelaciones "no empl[eó] premisas judiciales, fácticas y de valoración", y que este "análisis incompleto" volvía "ilógica" la sentencia de la CNJ.¹³ Con respecto al laudo de daños y perjuicios de la CNJ por USD 7,7 millones, la Corte Constitucional determinó que la CNJ no había dado un "fundamento suficiente" para su laudo de daños y perjuicios, por lo tanto, vulneraba "el derecho" de NIFA "a la certeza judicial".¹⁴

(Repetimos, la Corte Constitucional en su reconsideración de la primera sentencia de la CNJ en este caso no halló un error similar en el total rechazo de la CNJ de las mismas opiniones de la corte de apelaciones.¹⁵)

2. La Corte Constitucional ordenó a los "Jueces Suplentes" que adoptaran las determinaciones fácticas de la Corte de Apelaciones y se excedieran en sus atribuciones haciendo determinaciones fácticas por su propia cuenta

26. Habiendo determinado que la resolución de la CNJ de noviembre 2014 había considerado y sopesado indebidamente las pruebas en el expediente, la Corte Constitucional

primera instancia y resuelve sobre el caso...").

¹² Ver Anexo C-285, Resolución de la Corte Constitucional, 12 marzo 2012, en págs. 19-21.

¹³ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en págs. 21-22. La CNJ determinó que la opinión de la corte de apelaciones sobre responsabilidad, la cual se basó en una teoría sobre la defensa de la competencia, adolecía de "fundamentación defectuosa". Anexo C-293, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 10 de noviembre de 2014, en pág. 25. La CNJ observó acertadamente que cuando NIFA presentó su demanda no existía ninguna ley sobre la defensa de la competencia vigente en Ecuador, *id.* en pág. 40, y determinó que la corte de apelaciones, en su sentencia, utilizó "frases poco claras e imprecisas, y confund[ió] conceptos y la aplicación de normas con respecto de cuestiones como la libre competencia", *id.* en pág. 25. Sin embargo, en vez de desestimar la acción judicial presentada por NIFA basándose en que la reclamación de NIFA se sustentaba exclusivamente en una teoría sobre la defensa de la competencia, la CNJ siguió imponiendo la responsabilidad en virtud de una teoría de responsabilidad precontractual. Según lo explicado por MSDIA, la demandante jamás promovió esa teoría, y esta última no está reconocida conforme al Derecho de Ecuador. Ver Réplica Complementaria de MSDIA, en pár. 38-57.

¹⁴ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 15. MSDIA demostró en su Réplica Complementaria de enero de 2015 que no existía ninguna causal legítima para sostener que MSDIA era responsable por un monto de USD 7,7 millones. Pero los errores esenciales y la irrazonabilidad fundamental del laudo de la CNJ sobre daños y perjuicios beneficiaron a NIFA, no la perjudicaron, y dieron pie a un laudo sobre daños y perjuicios que carecía de todo fundamento en la realidad.

¹⁵ Ver el Anexo C-285, Resolución de la Corte Constitucional, 12 de marzo de 2012, en pág. 15-18; ver también Réplica de MSDIA en pár. 483-493 (en la que analizan las causales limitadas en que se basó la primera Resolución de la Corte Constitucional).

expresamente ordenó al panel de jueces suplentes a quienes había sido devuelto el caso para que se dictara una nueva resolución que no hicieran lo mismo. La Corte Constitucional declaró que el panel de jueces suplentes no tenía autoridad para revisar las determinaciones fácticas hechas por la corte de apelaciones, y que la nueva sentencia de la CNJ debe “basarse en el fondo de los hechos establecidos en la resolución [de la corte de apelaciones]”.¹⁶ Lógicamente, dos paneles totalmente diferentes de la CNJ en su revisión anterior del caso habían rechazado precisamente esas determinaciones de la corte de apelaciones como irracionales. La Corte Constitucional estaba decidida a evitar que eso ocurriera nuevamente.

27. A pesar de su determinación de que solo la corte de apelaciones tenía autoridad para considerar y analizar pruebas, la propia Corte Constitucional consideró el expediente probatorio sobre daños y perjuicios y avaló las conclusiones del informe pericial del Sr. Christian Cabrera, cuyo informe absurdo a primera vista había concluido que NIFA (la cual en 2002 obtuvo una ganancia de USD 2.164 a partir de un total de ventas por USD 2,4 millones¹⁷) había sufrido daños por USD 204 millones¹⁸ porque no había podido adquirir una fábrica deteriorada por USD 1,5 millones, y que había más daños y perjuicios para el “pueblo ecuatoriano” como consecuencia de esa pequeña transacción fallida por un monto de más de USD 642 millones.¹⁹

28. En la corte de apelaciones, MSDIA hizo objeciones oportunas y repetidas a la designación indebida del Sr. Cabrera,²⁰ su falta de credenciales para desempeñarse como perito en daños y perjuicios,²¹ y la falta total de fundamentos de su metodología y conclusiones.²² Como MSDIA ha demostrado en alegatos anteriores, entre otras cosas:

a. La designación del Sr. Cabrera como perito fue indebida conforme al Derecho de Ecuador, y después de que MSDIA expuso su objeción, la corte de apelaciones dictó una serie de órdenes que cambiaban la justificación de su designación, pretendiendo indebidamente blindar al informe de Cabrera para que MSDIA no lo impugnara.²³

b. En su informe, el Sr. Cabrera no pudo identificar ningún acto ilegal cometido

¹⁶ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 10.

¹⁷ Anexo C-20, Informe de Rolf Stern, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 28 de mayo de 2009, en pág. 4.

¹⁸ Anexo C-42, Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 21 de junio de 2011, en pág. 22.

¹⁹ Anexo C-42, Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 21 de junio de 2011, en págs. 22-23, 30.

²⁰ *Ver, por ejemplo*, Anexo C-38, Petición de MSDIA presentada ante la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, 28 de abril de 2011, en pár. 11-17 (la objeción a la designación del Sr. Cabrera como perito de “error esencial” fue extemporánea); Anexo C-40, Petición de MSDIA presentada ante la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, 13 de mayo de 2011 (objeciones adicionales a la designación del Sr. Cabrera).

²¹ Anexo C-267, Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, 15 julio 2011 en pár. 7-16.

²² Anexo C-267, Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, 15 julio 2011 en pár. 1-6, 17-27.

²³ *Ver* Réplica de MSDIA, en pár. 573-591.

por MSDIA que hubiese perjudicado a NIFA, con lo cual resultó imposible discernir el fundamento causal de sus cálculos.²⁴

c. El Sr. Cabrera incluyó en sus cálculos de las “ventas perdidas” de NIFA, ventas que, según la propia fuente en la que supuestamente se basó dicho perito, NIFA **había efectivamente realizado** entre 2003 y 2008.²⁵ Dicho de otro modo, el Sr. Cabrera sostuvo que MSDIA debía pagar a NIFA el valor de los ingresos que NIFA en efecto ya había recibido.

d. El Sr. Cabrera pretendió calcular presuntos daños y perjuicios causados a NIFA durante un periodo arbitrariamente definido de 15 años que finalizaba en 2018, sin dar ninguna explicación o causal fáctica de cómo el hecho de no disponer de un solo bien inmueble podía posiblemente causar perjuicios durante un periodo tan largo.²⁶ Esto lógicamente era sumamente indefendible dado que NIFA se enteró de que no podía adquirir la fábrica menos de un año después de que empezó a pensar en comprarla, y de que había dicho que la imposibilidad de comprar la fábrica había demorado sus planes de expansión solo un año.²⁷

e. El Sr. Cabrera se negó, sin explicación alguna, a dar cuenta de las diversas alternativas a disposición de NIFA en el periodo inmediatamente posterior a la negociación fallida con MSDIA, con las cuales NIFA podía haber expandido—y de hecho expandió—su capacidad de producción.²⁸

f. El Sr. Cabrera carecía por completo de cualificaciones para opinar sobre daños y perjuicios, y el Consejo de la Judicatura de Ecuador posteriormente concluyó que este nunca debió haber sido acreditado como perito, y determinó que dicho perito “no ha corroborado con ninguna documentación, conocimientos o experiencia su

²⁴ Declaración Testimonial de Ponce Martínez, en pár. 43.

²⁵ Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio de 2011, en 15-16.

²⁶ Réplica de MSDIA en pár. 560(c); Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio de 2011, en 11 (en la que se observa que “[El Sr. Cabrera] no enumera las razones técnicas por las cuales cree que quince años es un periodo de tiempo razonable para preparar un pronóstico de ventas, cuando la práctica habitual es preparar una proyección de cinco años”); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en pár. 43.

²⁷ Anexo C-10, Demanda de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, 16 de diciembre de 2003, en págs. 2-6 (que explica las negociaciones se realizaron, como mucho, entre febrero de 2002 y enero de 2003); *id.* en pár. 8 (“El fraude realizado intencionalmente por Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation hizo que mi cliente sufriera un año de demora en la expansión de su planta industrial o en la construcción o adquisición de una planta nueva”).

²⁸ *Ver el* Memorial de MSDIA, en pár. 78; Anexo C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásquez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 23 de diciembre de 2009. Entre los otros errores que contiene su informe, el Sr. Cabrera calculó que el margen de ganancias de NIFA durante ese periodo sería de casi el 50%, lo cual supera con mucho el margen de ganancia máximo del 20% para los productos farmacéuticos genéricos que estaba permitido en virtud de las leyes de Ecuador. Réplica de MSDIA en pár. 560(c); Primera Declaración Testimonial de Ponce Martínez en pár. 43; Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, presentado ante la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, 15 de julio de 2011 en pár. 24.

competencia experta en cálculo de daños y perjuicios, daños emergentes, lucro cesante o tributación”,²⁹ y opinó que “[n]o queda claro por qué sostuvo que es perito”.³⁰

29. Sin abordar ninguna de las objeciones de MSDIA, y sin ninguna explicación, la corte de apelaciones otorgó en laudo daños y perjuicios por USD 150 millones a favor de NIFA, determinando que el informe de Cabrera estaba “debidamente fundamentado”.³¹

30. MSDIA presentó sus objeciones a la designación del Sr. Cabrera, a sus credenciales y análisis en sus alegatos ante cada uno de los tres paneles de jueces de la CNJ que han dictado sentencias en el caso.³² Como se señaló más arriba, en cada una de sus primeras dos decisiones, la CNJ rechazó específicamente las conclusiones del Sr. Cabrera, determinando en septiembre de 2012 que los cálculos del Sr. Cabrera “eran totalmente desproporcionados”,³³ y concluyendo en noviembre de 2014 que el informe de Cabrera “era poco razonable e ilógico”.³⁴

31. La Corte Constitucional desechó de plano las objeciones de MSDIA a las pruebas del Sr. Cabrera y las conclusiones de los dos paneles previos de la CNJ. En cambio, la Corte Constitucional hizo su propia valoración del informe de Cabrera:

“El informe [de Cabrera] hace una determinación sobre las pérdidas sufridas por la demandante basándose en información real y en información que proyecta el crecimiento de ventas durante quince años, es decir, hasta el año 2018.

Sin dar una explicación clara y suficiente en la sentencia recurrida, los jueces [de la CNJ] [en su resolución anterior] no aplican la ley que exige que la indemnización sea adecuada según los daños causados, es decir, que reintegre por completo a la víctima. Causa sorpresa lo arbitrario que es el razonamiento de los jueces nacionales, dado que en su determinación del monto de indemnización que se ordena que pague [la demandada], estos solo

²⁹ Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 26 de enero de 2012, en pág. 2.

³⁰ Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 26 de enero de 2012, en pág. 2.

³¹ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en págs. 14-15.

³² *Ver Anexo C-198*, Petición de Casación de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 13 de octubre de 2011, en pár. 23, 75, 154; Anexo C-292, Petición de MSDIA a la CNJ, de fecha 29 de abril de 2014, *NIFA c. MSDIA*, en pár. 65-67; Anexo C-303, Petición de MSDIA a la CNJ, de fecha 24 de marzo de 2016, *NIFA c. MSDIA*, en pár. 23-29.

³³ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en § 16.2.

³⁴ Anexo C-293, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 10 de noviembre de 2014, en pág. 80. Como demostró MSDIA durante la audiencia de marzo de 2015 en Londres, el Consejo de la Judicatura de Ecuador designó al Sr. Cabrera como perito bajo circunstancias sumamente cuestionables y las credenciales dejaban tanto que desear que el Consejo de la Judicatura posteriormente determinó que jamás debió haber sido designado como perito en primer lugar. *Ver* Transcripción Completa del Primer Día de la Audiencia sobre el Fondo, en 86:9-87:13.

consideran el año 2003 y descartan los daños sufridos por la demandada [sic] en los años siguientes a 2003”.³⁵

32. Así, la Corte Constitucional aceptó la opinión del Sr. Cabrera de que NIFA había sufrido perjuicios y que tales perjuicios continuaron después del año 2003.³⁶ Por lo tanto, la Corte Constitucional sostuvo que la decisión de la CNJ de limitar los perjuicios de NIFA a las pérdidas supuestamente incurridas en 2003 "carece de suficiente sustento fáctico",³⁷ y que “no existe ningún elemento en los procedimientos que impugnaría el hecho de que [NIFA] sufrió efectos a lo largo del tiempo a raíz del cuasidelito cometido por [MSDIA]”.³⁸

33. Con tal conclusión, la Corte Constitucional hizo caso omiso de las pruebas contundentes en el expediente que demostraban, en directa oposición al informe del Sr. Cabrera, que NIFA como mucho había sufrido perjuicios mínimos.³⁹

3. La Corte Constitucional ordenó a los “Jueces Suplentes” que resolvieran sobre el caso de acuerdo con las opiniones y el razonamiento de la Corte Constitucional y les amenazó con sanciones si no lo hacían

34. La Corte Constitucional ordenó al panel de jueces suplentes al cual estaba devolviendo el caso que dictara una nueva resolución “de acuerdo con... [una] aplicación exhaustiva de esta decisión Constitucional, es decir, considerando la decisión o resolución, así como también los argumentos centrales que formaron la base de la resolución y constituyen el razonamiento; bajo advertencia de que de no hacerlo así, se harán cumplir las disposiciones del Artículo 86, numeral 4 de la Constitución de la República”.⁴⁰

³⁵ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 16.

³⁶ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 15. La Corte Constitucional declara varias veces que sus determinaciones sobre que NIFA sufrió daños y perjuicios mayores que los otorgados por la CNJ. Por lo tanto, la Corte Constitucional afirma que la sentencia de la CNJ “exclusivamente evalúa los daños y perjuicios sufridos por la compañía [NIFA] durante 2003, y no toma en cuenta la valoración de los daños y perjuicios que la compañía habría sufrido en años posteriores”. *Íd.* en 16. La Corte Constitucional resuelve entonces que la CNJ pasó por alto “elementos que están presentes en el expediente del caso que debieron haberse tomado en cuenta” y que esos “elementos demuestran que los efectos perjudiciales del acto ilícito continuaron durante los años posteriores”. *Íd.*

³⁷ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 15.

³⁸ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, 20 de enero de 2016, en pág. 15.

³⁹ Anexo C-267, Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio de 2011 en pár. 19-26; Anexo C-294, Petición de MSDIA a la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 13 de noviembre de 2014 (que describe las pruebas de los daños y perjuicios). Es digno de notar que la Corte Constitucional ni siquiera tomó en cuenta el informe pericial presentado por el Dr. Ignacio de León, en el cual se concluye que NIFA *no* había sufrido daños y perjuicios como resultado de la transacción fallida. *Ver Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero de 2010, en págs. 47-49, 98.

⁴⁰ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 24.

35. El Artículo 86(4) establece que un funcionario público que no cumple con el fallo de una corte ecuatoriana puede ser removido del cargo y enfrentar responsabilidad penal y civil.⁴¹ La Corte Constitucional enfatizó que esas graves consecuencias personales ocurrirían si los jueces suplentes no acataban no solo la opinión de la Corte Constitucional, sino además con los "argumentos centrales que formaron la base de la resolución [de la Corte Constitucional] y constituyen el razonamiento".⁴² Como se analiza a continuación, esa amenaza fue sumamente inusitada.⁴³

B. La Sentencia de la CNJ de agosto de 2016 que otorga daños y perjuicios por USD 41.966.571,60

36. Como había ordenado la Corte Constitucional, cuando se devolvió el caso a la CNJ, este fue considerado no por los jueces normales de la CNJ sino en cambio por "jueces suplentes". El 4 de agosto de 2016, los jueces suplentes dictaron una tercera resolución "definitiva" en el pleito *NIFA c. MSDIA*. En esta sentencia, otorgaron daños y perjuicios a favor de NIFA por la suma de USD 41.966.571,60.

37. La Sentencia de la CNJ de agosto de 2016 otorgó parcialmente dos causales de casación promovidas por MSDIA: (i) que la corte de apelaciones en un sentido limitado no había aplicado debidamente el Derecho aplicable,⁴⁴ y (ii) que, por consiguiente, el cálculo de daños y perjuicios de la corte de apelaciones carecía de fundamentos jurídicos o de pruebas.⁴⁵ El único fundamento de estas conclusiones fue un error judicial: La corte de apelaciones había pasado por alto aplicar el Derecho de Ecuador que fija el margen máximo de ganancias para los fármacos genéricos en 20 % del precio final.⁴⁶ En todos los demás aspectos, la CNJ rechazó la petición de casación de MSDIA. Basándose en esos dos otorgamientos parciales de casación, la CNJ "desechó la sentencia [de la corte de apelaciones]".⁴⁷

38. Los jueces suplentes de la CNJ luego procedieron a "dictar una sentencia sobre el fondo de los hechos establecidos en la sentencia [de la corte de apelaciones]".⁴⁸ De acuerdo con el mandato de la Corte Constitucional de que "la capacidad de sopesar pruebas es de competencia exclusiva de los jueces de instancia, no de los jueces nacionales",⁴⁹ la CNJ no

⁴¹ Anexo CLM-184, Artículo 86(4), Constitución del Ecuador de 2008. Este artículo dispone, en parte, que: "Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar."

⁴² Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 24, para. 3.3.

⁴³ *Ver más abajo* en pár. 72-77.

⁴⁴ *Ver Anexo C-304*, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en págs. 16-17 (Sección 6.2.1) (que desecha la resolución de la corte de apelaciones solo en cuanto a "la forma o la manera en que se realizó el perjuicio y la manera o método utilizado para calcularlo").

⁴⁵ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 21 (Sección 6.5.2).

⁴⁶ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 21 (Sección 6.5.2).

⁴⁷ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 22.

⁴⁸ *Ver Anexo C-304*, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 22.

⁴⁹ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 13.

evaluó de forma independiente las pruebas en el expediente, sino que aceptó como verdaderas las determinaciones probatorias de la corte de apelaciones.

39. La CNJ específicamente declaró que se estaba “absteniendo de sopesar las pruebas o de determinar cualquiera de los hechos de la primera instancia y de la apelación”,⁵⁰ y posteriormente reiteró que “la controversia entre las partes no puede llevar a esta corte a sopesar pruebas”.⁵¹ De acuerdo con tales aseveraciones, la sentencia de la CNJ no se aparta en absoluto de las determinaciones probatorias de la corte de apelaciones.⁵²

40. En cuanto a la responsabilidad civil, la CNJ expresamente rechazó las causales de casación de MSDIA impugnando que la corte de apelaciones se hubiese basado en una teoría de responsabilidad por leyes de defensa de la competencia, causales que habían sido aceptadas por las dos resoluciones anteriores de la CNJ.⁵³ Como explicó MSDIA en sus alegatos previos ante este Tribunal, la corte de apelaciones sostuvo que MSDIA era responsable civilmente en virtud de una teoría de defensa de la competencia basada en el Artículo 244 de la Constitución de Ecuador de 1998. Como explicó antes MSDIA, el Artículo 244 de la Constitución de 1998 no creó ninguna obligación jurídica, sino que estableció la obligación del Estado de aprobar leyes específicas que regulen la libre competencia.⁵⁴

41. Como se ha señalado, los dos paneles anteriores de la CNJ habían rechazado la opinión sobre responsabilidad planteada por la corte de apelaciones, la primera vez porque NIFA no había demostrado la causal fáctica de la responsabilidad por leyes de defensa de la competencia,⁵⁵ y la segunda vez porque en la fecha de la demanda de NIFA, no existía ninguna ley de defensa de la competencia vigente en Ecuador.⁵⁶ Por el contrario, al

⁵⁰ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 27.

⁵¹ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 34.

⁵² Como se analizó en los alegatos anteriores de MSDIA, la corte de apelaciones hizo sus determinaciones probatorias, las cuales la Corte Constitucional había ordenado que se respetaran, habiendo explícitamente declarado que estaba pasando por alto todas las pruebas que MSDIA había presentado durante todos los procedimientos. *Ver, por ejemplo*, Réplica de MSDIA, en pár. 641-650; Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en págs. 15-16 (en la que determina que MSDIA había “explícitamente renunciado a las pruebas con la finalidad de desvanecer las causales del veredicto en la primera instancia.”).

⁵³ *Ver Anexo C-304*, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 21 (Sección 6.5.1) (que rechaza los argumentos presentados por MSDIA en los párrafos 134 a 183 de la petición de casación de MSDIA, de que “[l]a sentencia... no aplicó ciertas normativas jurídicas, aplicó indebidamente otras normas jurídicas, e interpretó erróneamente otras normas jurídicas, y por tales razones ... debe ser desechada”); Anexo C-198, Petición de Casación de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 13 de octubre de 2011, en pár. 167-183 (que expone el argumento de MSDIA de que fue indebida la aplicación por parte de la corte de apelaciones de la responsabilidad por leyes de la defensa de la competencia). Como se señaló más arriba, la casación de la CNJ a la sentencia de la corte de apelaciones se limitó al cálculo de daños y perjuicios de la corte de apelaciones. *Ver Anexo C-304*, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en págs. 16-17, 21-22.

⁵⁴ *Ver Memorial* de MSDIA, en pár. 40-42; Réplica de MSDIA, en pár. 515-522.

⁵⁵ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en §6.1.1.

⁵⁶ Anexo C-293, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 10 de noviembre de 2014, en pág. 40. Como explicó MSDIA con más detalle, los dos paneles anteriores de la CNJ procedieron luego a sostener que MSDIA era

rechazar los argumentos de casación de MSDIA que impugnaban la opinión de la corte de apelaciones sobre responsabilidad civil, el tercer panel de la CNJ implícitamente aceptó la opinión de la corte de apelaciones sobre responsabilidad civil.

42. Ecuador alega que la CNJ de hecho adoptó una causal diferente para sostener la responsabilidad civil, basándose en una teoría de responsabilidad civil precontractual,⁵⁷ pero Ecuador no ofrece ninguna explicación respecto del rechazo por parte de la CNJ de las causales de casación de MSDIA que impugnaban la determinación de responsabilidad. En todo caso, en la parte de la sentencia en la cual ahora Ecuador pretende sustentarse, la CNJ explicó que los principios de defensa de la competencia siguen guardando relación con su resolución, pues su teoría de responsabilidad precontractual estaba “subraya[da]” por los principios establecidos en el Artículo 244 de la Constitución de Ecuador de 1998.⁵⁸ Además, como se analiza más abajo, la teoría de la responsabilidad precontractual analizada por la CNJ no fue alegada por NIFA en ningún momento en el pleito subyacente y era diferente de la teoría de la responsabilidad precontractual adoptada por el panel anterior de la CNJ en una sentencia anterior.⁵⁹

43. Al evaluar los daños y perjuicios que se debían otorgar, la CNJ siguió el mandato de la Corte Constitucional y se basó exclusivamente en el informe de Cabrera, aceptando que no tenía facultad para evaluarlos.⁶⁰

“El informe pericial [de Cabrera] [] ha sido una prueba fundamental a la cual se añaden todos los demás hechos probados [y] ... ***ya ha sido evaluado, es decir que ya fue sopesado y aceptado por los jueces de las cortes inferiores y no es posible en este momento volverlo a evaluar***”.⁶¹

44. La CNJ, por lo tanto, aceptó los cálculos del Sr. Cabrera sobre el lucro cesante de NIFA. Para calcular su laudo de daños y perjuicios, la CNJ adoptó la opinión del Sr. Cabrera

responsable en virtud de teorías sobre competencia desleal y responsabilidad precontractual, ninguna de las cuales había sido siquiera planteada por la demandante, ni tampoco existían en Ecuador en esa época. Ver Memorial de MSDIA, en pár. 291-294; Réplica de MSDIA, en pár. 322-389; Réplica Complementaria de MSDIA, en pár. 38-57.

⁵⁷ Carta de Ecuador al Tribunal, de fecha 13 de agosto de 2016, en pág. 2 (“Se podrá recordar que la Corte de Apelaciones había hecho responsable a MSDIA ‘***exclusivamente*** por causales de la defensa de la competencia’. Si bien la CNJ también resolvió que MSDIA era responsable, lo hizo por el cometimiento de un cuasidelito no intencional, y no por motivos relativos a la defensa de la competencia.”).

⁵⁸ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en págs. 31-32 (“La referencia al Artículo 244, párrafos 1 y 3 de la Constitución de 1998, no significa que el pleito gire en torno a asuntos de la libre competencia, que ahora están definidos en leyes específicas, sino que sirve para resaltar la actitud unilateral de la demandada, al negarse a completar la venta con el pretexto de la producción de productos farmacéuticos los cuales a la vendedora no le convenía permitir que se vendieran, como un elemento de la conducta que se penaliza en los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil.”).

⁵⁹ Ver más abajo en pár. 105-108.

⁶⁰ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en págs. 35-38.

⁶¹ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 37.

de que NIFA (una compañía que en 2002 tuvo una ganancia de USD 2.164 a partir de USD 2,4 millones de ventas totales⁶²) había "perdido ventas" por USD 413 millones entre 2003 y 2018, y que los costos de esas ventas habrían sido USD 209.582.858. La CNJ luego aplicó el margen máximo legal de ganancias del 20 % a la cifra de costos del Sr. Cabrera, lo cual dio como resultado el cálculo de la CNJ de USD 41.966.571,60 en supuesto "lucro cesante".⁶³ A esa determinación, la CNJ añadió la determinación del Sr. Cabrera de que NIFA había sufrido "daños emergentes" por USD 50.000 en la forma de costos de caja chica, por un total de daños y perjuicios de USD 41.966.571,60

C. *Acontecimientos en las cortes de Ecuador después de la Sentencia de la CNJ de agosto de 2016*

45. Por lo que MSDIA sabe, NIFA no ha presentado una Acción Extraordinaria de Protección para impugnar la tercera sentencia de la CNJ en la Corte Constitucional.

46. Durante la semana del 15 de agosto de 2016, la CNJ inició el proceso de devolver el expediente del caso a las cortes inferiores para el procedimiento de ejecución. El 5 de septiembre de 2016, la corte de primera instancia emitió un decreto mediante el cual notificaba a las partes que el expediente del caso había llegado allí y de que estaba asumiendo la jurisdicción.⁶⁴

47. El 7 de septiembre de 2016, en cumplimiento de la Segunda Orden de este Tribunal sobre Medidas Provisionales, el Procurador General de Ecuador notificó esa Orden a la corte de primera instancia.⁶⁵ Ese mismo día, la corte de primera instancia entregó a las partes del pleito el escrito del Procurador General.⁶⁶

48. Durante la semana del 5 de septiembre de 2016, MSDIA presentó peticiones en las que instaba a la corte de primera instancia a cumplir con la Segunda Orden del Tribunal sobre Medidas Provisionales y a suspender la ejecución de la sentencia de la CNJ.⁶⁷

⁶² Anexo C-20, Informe de Rolf Stern, *NIFA c. MSDIA*, en pág. 4.

⁶³ Como explicó MSDIA en alegatos anteriores, los graves defectos del informe de Cabrera van mucho más allá del hecho de que el Sr. Cabrera no aplicó el Derecho de Ecuador sobre márgenes máximos de ganancias para los productos farmacéuticos. Entre otras cosas, el Sr. Cabrera incluyó en su cálculo de "ventas perdidas" ventas que NIFA en efecto había realizado durante los años 2003 y 2008, y pretendió calcular los presuntos daños y perjuicios causados a NIFA durante un periodo definido arbitrariamente de 15 años sin dar ninguna explicación o fundamento fáctico de cómo el no disponer de un solo bien inmueble podía posiblemente ocasionar perjuicios durante un periodo de tiempo tan prolongado. *Ver, en general*, Memorial de MSDIA, en pár. 107-109; Réplica de MSDIA, en pár. 650(c).

⁶⁴ Anexo C-305, Orden de la Corte de Primera Instancia, de fecha 5 de septiembre de 2016.

⁶⁵ Anexo C-306, Carta del Procurador General a la Corte Provincial de Primera Instancia, de fecha 7 de septiembre de 2016.

⁶⁶ Anexo C-307, Orden de la Corte de Primera Instancia, de fecha 7 de septiembre de 2016.

⁶⁷ *Ver* Carta de MSDIA al Tribunal, de fecha 12 de septiembre de 2016, con anexos.

Mientras tanto, NIFA presentó una moción en la que solicitaba una orden que ordenase a MSDIA cumplir con la sentencia.⁶⁸

49. El 16 de septiembre de 2016, la corte de primera instancia dictó una orden que implementaba la Segunda Orden del Tribunal sobre Medidas Provisionales y suspendía la ejecución de la Sentencia de la CNJ de agosto de 2016, a la espera de que este Tribunal dicte el Laudo Final y que denegaba la petición de NIFA sobre ejecución.⁶⁹

III. LA RESOLUCIÓN DE ENERO 2016 DE LA CORTE CONSTITUCIONA Y LA RESOLUCIÓN DE AGOSTO 2016 DE LA CNJ DE ECUADOR IMPUSIERON MÁS DENEGACIONES DE JUSTICIA

A. Las normas jurídicas aplicables en caso de denegación de justicia conforme al Derecho Internacional

50. MSDIA ha descrito en alegatos escritos anteriores los principios y las normas jurídicas que abordan la denegación de justicia conforme al Derecho Internacional.⁷⁰ Como explicó el Profesor Jan Paulsson en su Primer Informe Pericial, “[l]a premisa básica de la regla de denegación de justicia es que un Estado incurre en responsabilidad internacional si administra sus leyes frente a los extranjeros de una forma fundamentalmente injusta”.⁷¹ Una conducta que es “manifiestamente injusta o violatoria del debido proceso o similarmente ofensiva” constituye una denegación de justicia.⁷² Ecuador acepta que el Tratado incluye obligaciones de no denegar la justicia en virtud de la disposición sobre tratamiento justo y equitativo del Artículo II(3)(a).⁷³

51. Entre las circunstancias que dan lugar a la responsabilidad civil por denegación de justicia están, por ejemplo, “demora[s] poco razonables, sentencias dictadas políticamente, corrupción, intimidación, incumplimientos fundamentales del debido proceso y decisiones tan atroces que son inexplicables salvo como expresiones de arbitrariedad o de extrema incompetencia”.⁷⁴ Asimismo, una denegación de justicia puede ser evidente a partir de la “[e]xtrema incompetencia” de una corte para llegar a una resolución que “ningún juez

⁶⁸ Ver Carta de MSDIA al Tribunal, de fecha 12 de septiembre de 2016, con anexos.

⁶⁹ Anexo C-308, Orden de la Corte de Primera Instancia, de fecha 16 de septiembre de 2016.

⁷⁰ Ver, en general, Memorial de MSDIA, en pár. 242-309; Réplica de MSDIA, en pár. 295-314.

⁷¹ Informe Pericial de Paulsson, de fecha 8 de agosto de 2014, en pár. 20.

⁷² Anexo CLM-182, D. Wallace Jr., “Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: Loewen v. U.S. and Chattin v. Mexico” (Tratamiento justo y equitativo y denegación de justicia: caso Loewen c. EE.UU. y Chattin c. México), en INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW (Weiler, ed.) (2005), en pág. 680.

⁷³ Ver Contramemorial de Ecuador, en pár. 390-395.

⁷⁴ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW [Denegación de Justicia en el Derecho Internacional] (2005), en pág. 205 (se omitieron las itálicas).

competente podría haber dictado".⁷⁵ "Las desviaciones sorprendentes de patrones de razonamiento o de resultados bien establecidos, o el surgimiento repentino de una norma totalmente desarrollada cuando no existía ninguna, deben considerarse con el mayor escepticismo si su efecto es desfavorecer al extranjero".⁷⁶ En tales casos, "la prueba del proceso fallido es que el contenido de la resolución es tan erróneo que no es posible que una corte honrada o competente pudiese haberla dictado".⁷⁷

B. La resolución de la Corte Constitucional de enero 2016 es una denegación de justicia

52. En su resolución del 20 de enero de 2016, la Corte Constitucional excedió abiertamente sus atribuciones al hacer determinaciones sobre el fondo de la controversia subyacente, ordenó a la CNJ que aceptara determinaciones probatorias sesgadas de la corte de apelaciones, incluido el informe pericial absurdo de Cabrera sobre daños y perjuicios, y buscó asegurarse de que los jueces de la CNJ respetarían sus mandatos (privándolos de la independencia y la imparcialidad judicial) mediante amenazas de responsabilidad civil personal. En cada uno de esos respectos, la Corte Constitucional efectivamente ordenó a la CNJ que dictara un laudo grande de daños y perjuicios a favor de NIFA.

53. Cada una de esas acciones representó "[d]esviaciones sorprendentes de "la práctica "bien asentada" de la Corte Constitucional, y la clara intención de estas fue producir un resultado previamente determinado, a saber, un laudo de daños y perjuicios de gran magnitud a favor de NIFA.⁷⁸ La decisión de la Corte Constitucional es "una violación fundamental del debido proceso", y una "decisión[] tan atroz que es inexplicable salvo como [expresión de] arbitrariedad o extrema incompetencia".⁷⁹ En síntesis, la decisión de la Corte Constitucional "es tan errónea que ninguna corte honrada o competente podría haberla dictado".⁸⁰

⁷⁵ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en pág. 200 (se omitieron las citas internas).

⁷⁶ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en págs. 199-200. Ver también Anexo CLM-137, *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso No. UN 3467 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA por sus siglas en inglés), Laudo Final, de fecha 1 de julio de 2004, en pár. 184-187.

⁷⁷ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 98. Ver también Anexo CLM-141, *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso SCC No. V079/2005, Laudo Final, de fecha 12 de septiembre de 2010, en pár. 279 ("El resultado sustantivo de un caso puede ser importante como indicativo de la ausencia del debido proceso y, por lo tanto, puede considerarse como un elemento para probar una denegación de justicia.").

⁷⁸ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en págs. 199-200. Ver también Anexo CLM-137, *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Final, de fecha 1 de julio de 2004, en pár. 184-187.

⁷⁹ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en pág. 205.

⁸⁰ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en pág. 98.

1. La Corte Constitucional de Ecuador adoptó irracionalmente y avaló las determinaciones probatorias de la Corte de Apelaciones, incluido el informe “pericial” poco razonable de Cabrera sobre los daños y perjuicios

54. **Primero**, la Corte Constitucional de Ecuador adoptó irracionalmente y avaló las determinaciones probatorias sumamente defectuosas de la corte de apelaciones, las que incluyeron el informe indefendible del Sr. Cabrera sobre daños y perjuicios.

55. La Corte sostuvo que, como asunto de Derecho de Ecuador, la revisión independiente de las pruebas por parte de la CNJ en su sentencia de noviembre de 2014 violó los derechos constitucionales de NIFA, porque solo los jueces de las cortes inferiores pueden hacer determinaciones probatorias.⁸¹

56. Como MSDIA ha demostrado en alegatos previos, la corte de apelaciones hizo determinaciones probatorias después de haber manifestado que no examinaría ninguna prueba presentada por MSDIA.⁸² Al prohibir a la CNJ que hiciera su propio examen de las pruebas, la Corte Constitucional ordenó que las pruebas de MSDIA no intervinieran en absoluto en la decisión de la CNJ. Esto es una clara violación de los conceptos más básicos del debido proceso.

57. Además, la Corte Constitucional criticó la sentencia previa de la CNJ, específicamente, por no adoptar las conclusiones del informe pericial sobre daños y perjuicios presentado por el Sr. Cabrera.⁸³

58. La consideración del informe de Cabrera por parte de la Corte Constitucional fue mucho más allá de simplemente comentar sobre la conclusión de la corte de apelaciones sobre dicho informe. En cambio, la Corte Constitucional avaló las conclusiones del informe de Cabrera, y sostuvo que había sido “arbitrario” que la CNJ desechara la conclusión del Sr. Cabrera de que NIFA había sufrido perjuicios en los años posteriores a 2003. La decisión de la Corte Constitucional necesariamente se sustentó en su conclusión de que NIFA efectivamente había sufrido perjuicios y que tales perjuicios persistieron durante muchos años, como había concluido el Sr. Cabrera.

59. La Corte Constitucional también avaló el rechazo de la corte de apelaciones de cualquier otra prueba en el expediente que contradijera el informe de Cabrera. La Corte sostuvo que “no existe ningún elemento en los procedimientos que impugnaría el hecho de que [NIFA] ha sufrido los efectos a lo largo del tiempo debido al cuasidelito cometido por

⁸¹ Ver más arriba en pár. 23-25.

⁸² Ver, por ejemplo, Réplica de MSDIA, en pár. 641-650.

⁸³ Ver más arriba en pár. 26-32.

[MSDIA],”⁸⁴ y que la decisión del segundo panel de la CNJ de limitar los daños y perjuicios de NIFA a 2003 "carece de sustento fáctico".⁸⁵ Con esa conclusión, la Corte Constitucional avaló el rechazo de la corte de apelaciones de un considerable volumen de pruebas en el expediente que contradicen directamente el informe del Sr. Cabrera.⁸⁶

60. La insistencia de la Corte Constitucional de que el informe de Cabrera era una prueba válida y confiable de los perjuicios fue totalmente irracional e injusta. Al sustentarse en un expediente probatorio que estaba sumamente contaminada por sesgo, una aparente corrupción, y violaciones claras y repetidas de los derechos de MSDIA al debido proceso, la Corte Constitucional no solo no corrigió las violaciones de los derechos de MSDIA por parte de la corte de apelaciones, sino que vulneró todavía más esos derechos al aceptar las determinaciones probatorias de la corte de apelaciones y ordenar que estas fueran la guía de la nueva sentencia en contra de MSDIA, imponiendo unos daños y perjuicios monetarios todavía más altos. Esos fallos constituyeron una nueva denegación de justicia.

2. La Corte Constitucional de Ecuador ordenó a la CNJ que aceptara las determinaciones probatorias de la Corte de Apelaciones y que se sustentara en estas

61. La Corte Constitucional no solo aceptó en su propia resolución las determinaciones probatorias de la corte de apelaciones, sino que también ordenó a los jueces “suplentes” de la CNJ que hicieran lo mismo en su nueva sentencia.

62. Como se señaló antes, en su resolución (y a pesar de su propia revisión de las pruebas), la Corte Constitucional expresamente resolvió que los jueces de la CNJ estaban impedidos de efectuar una evaluación independiente de las pruebas.⁸⁷

⁸⁴ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 15.

⁸⁵ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 15.

⁸⁶ Por ejemplo, según se señala más abajo, el Dr. Ignacio de León, el primer perito designado por la corte de apelaciones para que evaluara los daños y perjuicios, concluyó que de hecho NIFA no sufrió daños y perjuicios en absoluto. Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero de 2010, en págs. 47-49, 98. Tres peritos distintos presentados por MSDIA concluyeron de manera similar que en realidad NIFA no había sufrido daños y perjuicios. Ver Anexo C-44, Informe de Carlos Montafiez Vásquez, presentado ante la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 15 de julio de 2011 en pág. 2; Anexo C-20, Informe de Rolf Stern, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en 1; Anexo C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en 3. Existían muchos otros predios de fábricas que estaban disponibles y eran idóneos para los planes de expansión de NIFA. Ver, por ejemplo, Memorial de MSDIA en pár. 78, 101; Transcripción Completa del Primer Día de la Audiencia sobre el Fondo, en 75:5-18; y la propia IFA había afirmado que las negociaciones demoraron sus planes de expansión solo un año. Anexo C-10, Demanda de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 16 de diciembre de 2003, en pág. 8.

⁸⁷ Ver más arriba en pár. 23-25.

63. La orden de la Corte Constitucional al nuevo panel de jueces de la CNJ fue clara: Tenían “prohibido” efectuar cualquier evaluación de las pruebas obrantes en el expediente, incluido su dar importancia al informe sobre daños y perjuicios presentado por el Sr. Cabrera.⁸⁸

64. La opinión de la Corte Constitucional de que “la capacidad de sopesar pruebas es de exclusiva competencia de los jueces de instancia, no de los jueces nacionales”⁸⁹ es contraria a los principios establecidos del Derecho de Ecuador y fue una "desviación sorpresiva" de la práctica de la Corte Constitucional. La marcada desviación de la legislación y de la práctica normal es manifiesta en el expediente del presente arbitraje; Ecuador y sus peritos judiciales han expresado repetidamente la opinión opuesta.

65. Así, Ecuador ha admitido en este arbitraje que después de que la CNJ anula una resolución de una corte inferior, tiene la potestad de realizar una evaluación independiente de las pruebas como si fuera una corte de instancia.⁹⁰ En efecto, Ecuador ha promovido precisamente esa proposición para sustentar su argumento por el contrario inútil de que al llevar a cabo una evaluación independiente de las pruebas, tanto la sentencia de septiembre 2012 como la de noviembre de 2014 de la CNJ habían rectificado cualquier error cometido por la corte de apelaciones.⁹¹

66. La opinión de la Corte Constitucional de que la CNJ no puede revisar las determinaciones probatorias de la corte de apelaciones también es contraria a su propia resolución que concedió la primera AEP de NIFA en el pleito *NIFA c. MSDIA*. Allí, la Corte Constitucional citó con aprobación una resolución de la Corte Suprema de Justicia (la corte predecesora de la CNJ) que expresaba que una corte de casación puede evaluar independientemente las pruebas después de anular una resolución:

“Existen muchos casos en los que se resolvió que la corte de casación, actuando como corte de primera instancia, está autorizada para revisar el procedimiento en su totalidad y, si basándose en dicho análisis, concluye que los hechos expuestos en la resolución revocada no son concordantes con la realidad procesal (...) procederá a establecer primero los hechos para luego subsumirlos bajo la correspondiente norma, y así dictar un fallo que sea

⁸⁸ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 13 (“Si la recurrente en casación pretende hacer revisar las pruebas, **los jueces nacionales tienen prohibido realizar tal tarea...**”) (énfasis añadido).

⁸⁹ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 13.

⁹⁰ *Ver, por ejemplo*, Dúplica de Ecuador en pár. 494, 496.

⁹¹ *Ver, por ejemplo*, Dúplica de Ecuador en pár. 569 (en donde se argumenta que “incluso si la sentencia de la Corte de Apelaciones hubiese infringido el Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil” respecto de la revisión de las pruebas, “este defecto ya fue rectificado por la decisión de noviembre de 2014 de la CNJ. De hecho, en esta decisión se enumeraron ... todas las pruebas que consideró y la manera en que se evaluaron.”).

concordante con la verdad procesal”.⁹²

67. Ecuador y sus peritos han confirmado este principio repetidas veces. En su Dúplica, Ecuador observó que la Corte Constitucional “específicamente determinó que la CNJ [en su sentencia de septiembre 2012] actuó como corte de primera instancia después de su casación de la sentencia de la Corte de Apelación”.⁹³ Asimismo, el perito en derecho de casación de Ecuador, Profesor Aguirre, explicó que “una vez que se admite la casación... la CNJ procedió a convertirse en 'Corte de Primera Instancia' y a resolver basándose en las causales de la demanda [de NIFA] y en las defensas [de MSDIA], así como también en las pruebas presentadas, de la misma manera que si fuera manejado por una corte de primera instancia”.⁹⁴

68. Además, la orden de la Corte Constitucional a los jueces de la CNJ de que tenían “prohibido” realizar una revisión de las pruebas excedió con mucho las atribuciones de la Corte Constitucional. Ecuador y sus peritos han sostenido repetidamente que la Corte Constitucional no está autorizada a dictar resultados a la CNJ y que no puede por su cuenta hacer determinaciones sobre el fondo.

69. Por ejemplo, el perito en Derecho Constitucional de Ecuador, Dr. Guerrero del Pozo, testificó en la audiencia de marzo 2015 que la Corte Constitucional “no tiene permiso dada la naturaleza de [una] acción extraordinaria de protección” de indicar “cómo deben resolver los jueces de la Corte Nacional de Justicia en el caso”.⁹⁵ Con respecto al informe de Cabrera específicamente, el abogado de Ecuador afirmó que la Corte Constitucional en su primera resolución “no podía haber ordenado a la CNJ que pasara por alto o no el informe del Sr. Cabrera sin excederse en sus atribuciones conforme a la Constitución de Ecuador”.⁹⁶

70. El perito en Derecho Constitucional de MSDIA, Dr. Rafael Oyarte, coincidió con esta apreciación. Explicó que “[d]e acuerdo con su función limitada, la Corte Constitucional no puede bajo ninguna circunstancia ordenar o instruir a la CNJ sobre cómo debe resolver un caso. Como la propia Corte Constitucional ha afirmado, ello significaría no solo ejercer una autoridad jurisdiccional que no tiene, sino que violaría el principio de independencia judicial”.⁹⁷ De acuerdo con el Dr. Oyarte, “[l]a Corte Constitucional no analiza los hechos de

⁹² Anexo C-285, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 12 de marzo de 2012, en págs. 15-18; *ver también* Réplica de MSDIA en pár. 483-493.

⁹³ Dúplica de Ecuador en pár. 474 (que señala que la Corte Constitucional “determinó específicamente que la CNJ actuó como corte de primera instancia después de su casación de la sentencia de la Corte de Apelaciones”); *ver también id.* en pár. 494 (que explica que “una vez que la CNJ hubo determinado que se debía anular la resolución de la Corte de Apelaciones del 23 de diciembre de 2011, [estuvo autorizada] a hacerlo de la misma manera que una corte de primera instancia... esa segunda fase está regida por el Artículo 16 de la Ley de Casación, e implica que la CNJ realice un análisis independiente de las pruebas presentadas durante las actuaciones de la corte inferior.”).

⁹⁴ Opinión Pericial de Aguirre, de fecha 16 de febrero de 2015, en pár. 4.9. Ver también Informe Pericial de Páez, de fecha 1 de octubre de 2013, en pár. 19-20.

⁹⁵ Informe Pericial de Guerrero del Pozo, de fecha 18 de febrero de 2015, en pár. 94.

⁹⁶ Transcripción Completa del Segundo Día de la Audiencia sobre el Fondo, en 191:7-11.

⁹⁷ Informe Pericial de Oyarte, de fecha 7 de agosto de 2014, en pár. 11.

un caso, no evalúa las pruebas y no interpreta la ley, ni tampoco aplica la ley a los hechos del caso".⁹⁸

71. Así pues, las partes del presente han estado de acuerdo en muy pocas cosas, pero sí coincidieron en lo siguiente: La CNJ puede evaluar pruebas y la Corte Constitucional no puede dictar resultados. Con todo, la Corte Constitucional de Ecuador, en el presente, contradujo ambos principios básicos. La sorprendente desviación de la Corte respecto de la ley y la práctica bien establecidas y de las resoluciones previas de la propia Corte en el mismo caso tuvieron la finalidad evidente de asegurar que la CNJ dictara una sentencia de gran magnitud a favor de NIFA, basándose en determinaciones probatorias sesgadas y probablemente corruptas y en la prueba "pericial" en la corte de apelaciones. Como en su fallo previo sobre la AEP en este arbitraje no logró obtener un resultado suficientemente grande, la Corte Constitucional se apartó de toda apariencia de aplicación del principio jurídico para dictar una sentencia enorme. Desde todo punto de vista, eso es una violación manifiesta del debido proceso y una desviación del imperio de la ley.

3. La Corte Constitucional de Ecuador amenazó a los Jueces de la CNJ con graves sanciones personales por no obedecer sus directivas indebidas

72. Lamentablemente, la Corte Constitucional fue incluso más allá a fin de asegurarse de que el panel de "jueces suplentes" de la CNJ acatará sus dictados. Además de ordenarles expresamente que siguieran las determinaciones probatorias de la corte de apelaciones, incluido el informe de Cabrera, la Corte Constitucional quiso garantizar que los jueces de la CNJ cumplieran con sus directivas amenazándoles con la pérdida de su empleo y otras graves consecuencias personales si no obedecían.

73. Específicamente, la Corte amenazó a los jueces suplentes de la CNJ con que serían objeto de sanciones civiles y penales conforme al Artículo 86 de la Constitución, a menos que su decisión fuera una "aplicación exhaustiva de esta decisión Constitucional, es decir, que considerara la decisión o resolución ***al igual que los argumentos centrales que formaban la base de la decisión y constituían las razones...***"⁹⁹ Dicho de otro modo, a menos que la CNJ adoptase las mismas opiniones que la Corte Constitucional respecto de las conclusiones fácticas de la corte de apelaciones y el Informe de Cabrera, los jueces suplentes serían objeto de graves consecuencias legales.

74. El Dr. Oyarte, perito de MSDIA, explicó en su opinión de febrero 2016, presentada con la petición de MSDIA de medidas provisionales, que la invocación en este contexto del Artículo 86(4) por parte de la Corte Constitucional solo podía verse como una amenaza.¹⁰⁰ Como cuestión de Derecho, la Corte Constitucional puede imponer una sanción en virtud

⁹⁸ Informe Pericial de Oyarte, de fecha 7 de agosto de 2014, en pár. 12.

⁹⁹ Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 24.

¹⁰⁰ Informe Pericial de Oyarte, de fecha 23 de febrero de 2016, en pár. 26.

del Artículo 86(4) solo *después* de haber determinado que un funcionario público violó una decisión de la Corte Constitucional, y por lo general hace tal determinación en el contexto de resolver sobre una acción de incumplimiento. En este caso, no había habido ninguna acción de incumplimiento; en efecto, los jueces a quienes la Corte Constitucional dirigió su advertencia no dictaron la sentencia de noviembre 2014 de la CNJ y ni siquiera habían asumido la jurisdicción sobre el caso.

75. Como se señala más abajo, los jueces suplentes de la CNJ entendieron claramente tal enunciado como una amenaza. En su sentencia de agosto 2016, los jueces de la CNJ observaron que “el Tribunal Constitucional de Justicia más alto en este caso, *amenaza* con sanciones en caso de que no se observe el Artículo 68 [sic], párrafo 4, de la Constitución de la República de Ecuador”.¹⁰¹ Al reconocer esa amenaza, la CNJ efectivamente reconoció que no podía actuar como corte independiente e imparcial; en cambio, los jueces de la CNJ se vieron forzados por sus propios intereses personales de evitar sanciones a dictar su resolución tal como lo ordenaba la Corte Constitucional.¹⁰²

76. Un principio básico del debido proceso es que los jueces encargados de dictar una sentencia definitiva y ejecutoria deben llevar a cabo su función judicial sin ser influenciados por tener un interés personal en el resultado. Así como un juez que recibe pago para dictar una sentencia específica viola los derechos del debido proceso de los litigantes, así también un juez que es amenazado con una sanción penal, o con la pérdida de su empleo o ingresos, o con otra consecuencia personal por no dictar esa misma resolución igualmente viola las garantías fundamentales del debido proceso.¹⁰³

¹⁰¹ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 4.

¹⁰² Anexo C-302, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 20 de enero de 2016, en pág. 24.

¹⁰³ El derecho a una corte imparcial e independiente es un principio fundamental del derecho internacional. *Ver, en general*, Anexo CLM-167, G. Jaenicke, “Judicial Protection of the Individual within the System of International Law” [Protección judicial de la persona natural dentro del sistema del Derecho Internacional] en *Judicial Protection Against the Executive* [Protección judicial en contra del Ejecutivo] (1971), en 303-304 (“[E]nfásis del derecho de los extranjeros a la protección judicial se pone en el aspecto institucional y organizacional de los recursos: *en la independencia y la imparcialidad de los jueces*, en que se les otorgue una audiencia adecuada, en la oportunidad de que presenten pruebas, en las disposiciones en contra de demoras en los procedimientos, etc.”). (énfasis añadido). *Ver también*, Anexo CLM-158, Petición de Revisión de la Sentencia No. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, Opinión Consultiva, de fecha 12 de julio de 1973, Informes de la C.I.J de 1973, 166, en pár. 92 (“[C]iertos elementos del derecho a una audiencia justa están bien reconocidos y ofrecen criterios útiles para identificar errores esenciales de procedimiento que han provocado fallas en la administración de la justicia: por ejemplo: *el derecho a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley*; el derecho a que el caso sea conocido y que se resuelva sobre este en un plazo razonable; el derecho a una oportunidad razonable de presentar el argumento ante un el tribunal y a comentar sobre el argumento de la parte opositora; el derecho a la igualdad durante los procedimientos judiciales frente a la parte opositora; y el derecho a una resolución razonada”) (énfasis añadido). El Juez Tanaka de la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que una resolución pronunciada por una corte que es objeto de una amenaza constituye una denegación de justicia. *Ver Anexo RLA-24, Barcelona Traction, Light & Power Co. (Bélgica c. España)*, 1970 C.I.J.3, 160, P 158 (3 de feb.) (opinión discrepante del Juez Tanaka). (“[Q]ueda por examinar si detrás de los presuntos errores e irregularidades del poder judicial de España no existe alguna circunstancia grave que pudiese justificar la acusación de denegación de justicia. *Algunos ejemplos manifiestos de aquello serían la* ‘corrupción, *amenazas*, demoras injustificadas, abuso manifiesto del procedimiento judicial, una sentencia emitida por el poder Ejecutivo, o una sentencia tan evidentemente injusta que ninguna corte competente y honrada podría haberla dictado.”) (énfasis añadido).

77. Al amenazar a los jueces suplentes de la CNJ con hacerles responsables civil y penalmente en lo personal por no cumplimiento, la Corte Constitucional se estaba asegurando de que se produjera el resultado que había ordenado, es decir daños y perjuicios de gran magnitud a favor de NIFA. Ese intento de obtener un resultado específico a favor de NIFA, sin tomar en cuenta las obligaciones que tenía la CNJ de respetar el debido proceso y el imperio de la ley, es una denegación de justicia adicional por la cual Ecuador es responsable en virtud del Tratado.

C. *La Sentencia de la CNJ de agosto 2016 es otra denegación de justicia*

78. No causa sorpresa entonces que el panel de “jueces suplentes” de la CNJ, después de que la Corte Constitucional les indicó qué resolver y de haber sido amenazados con sanciones por incumplimiento, hizo precisamente lo que le había ordenado la Corte Constitucional: Aceptó sin ninguna crítica las conclusiones fácticas de la corte de apelaciones y emitió un laudo por daños y perjuicios más cuantioso en contra de MSDIA.

79. Los dos paneles previos de jueces de la CNJ habían rechazado el informe de Cabrera, pero el tercer panel, conformado por jueces suplentes que actuaron de acuerdo con los mandatos inauditos de la Corte Constitucional, adoptó las determinaciones probatorias de la corte de apelaciones, aceptó las conclusiones del informe de Cabrera (adaptando el resultado del Sr. Cabrera basándose solo en un error judicial), y concedió daños y perjuicios a NIFA por USD 41.966.571,60. Al actuar así, se sustentó sin crítica alguna en las conclusiones fácticas y sobre responsabilidad sumamente defectuosas de la corte de apelaciones, incluidos fallos probatorios y pruebas viciadas por sesgo, corrupción manifiesta, y una indiferencia ostensible por el debido proceso. Así pues, la Sentencia de agosto 2016 de la CNJ aumentó considerablemente las anteriores denegaciones de justicia y las agravó, y por ello, constituye en sí misma una denegación de justicia adicional que impone perjuicios nuevos y de gran magnitud a MSDIA.

1. La Sentencia de agosto 2016 de la CNJ se basó en determinaciones probatorias sumamente viciadas de la Corte de Apelaciones

80. La aceptación sin cuestionamiento alguno por parte de la CNJ de las determinaciones probatorias de la corte de apelaciones—las cuales MSDIA demostró que estaban viciadas por sesgo, aparente corrupción y violación de los conceptos más básicos del debido proceso – es en sí misma una denegación de justicia. Como explica el Profesor Paulsson en su Informe Pericial:

“Si la corte final basa su propia decisión en un expediente fáctico que estuvo viciado por denegación de justicia en los procedimientos de la corte inferior, la decisión de la corte final naturalmente está contaminada por ello y, por lo tanto, necesariamente es

contraria a los estándares mínimos del debido proceso".¹⁰⁴

81. Ecuador alega que la CNJ no adoptó las determinaciones probatorias viciadas de la corte de apelaciones, pero la propia sentencia demuestra lo contrario. Al principio de su resolución, la CNJ afirmó que “se abstenia de sopesar cualquier prueba o de determinar cualquiera de los hechos de la primera instancia y la apelación”.¹⁰⁵ Más adelante en la sentencia, reiteró que “la controversia entre las partes no puede llevar a esta corte a sopesar las pruebas”.¹⁰⁶ Asimismo, con respecto al informe de Cabrera – la única prueba que la corte de apelaciones citó para sustentar su laudo de daños y perjuicios por USD 150 millones—la CNJ afirmó que el informe “era una prueba fundamental” que “ya ha sido examinada, es decir, ha sido sopesada y aceptada, por los jueces de la corte inferior, y no es posible en esta etapa volver a evaluarla”.¹⁰⁷

82. Ecuador ha intentado interpretar esas declaraciones inequívocas fuera de la sentencia de la CNJ. Ecuador alega que a pesar de la propia afirmación de la CNJ de que estaba aceptando las conclusiones de la corte de apelaciones y sustentándose en estas, este Tribunal debería determinar que, por el contrario, la CNJ de hecho evaluó de forma independiente las pruebas en el expediente. Para sustentar este argumento, Ecuador ha señalado partes de la sentencia de la CNJ en las que la CNJ se refiere a varios elementos de prueba en el expediente.¹⁰⁸ Contrariamente al argumento de Ecuador, esas referencias de pura formalidad a las pruebas presentadas por MSDIA no sugieren que la CNJ haya sopesado las pruebas de manera independiente. Ecuador no ha señalado un solo aspecto de la resolución de la CNJ que se aparte de las determinaciones probatorias de la corte de apelaciones.

83. Al aceptar las determinaciones probatorias de la corte de apelaciones, la CNJ adoptó y condonó una de las denegaciones del debido proceso más fundamentales de la corte de apelaciones. Como ya explicó MSDIA en alegatos previos, la corte de apelaciones hizo determinaciones probatorias ***sin ninguna consideración de las pruebas presentadas por MSDIA en los procedimientos de segunda instancia***, y afirmó (sin fundamento alguno) que MSDIA había renunciado a sustentarse en todos los medios de prueba que había presentado en los procedimientos de la corte de apelaciones.¹⁰⁹ La corte de apelaciones, por lo tanto, consideró solo las pruebas presentadas por NIFA.

¹⁰⁴ Informe Pericial de Paulsson, de fecha 2 de octubre de 2013, en pár. 17(b). Según explicó el Profesor Paulsson, que la CNJ dependiera de las determinaciones fácticas de las cortes inferiores constituye una conducta que es “defectuosa” como cuestión de Derecho Internacional. *Ver id.* en pár. 48.

¹⁰⁵ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 27.

¹⁰⁶ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 27.

¹⁰⁷ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 37.

¹⁰⁸ *Ver* la Carta de Ecuador al Tribunal, de fecha 13 de agosto de 2016, en pág. 3.

¹⁰⁹ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en págs. 15-16; *ver, en general*, Memorial de MSDIA en pár. 121-123; Réplica de MSDIA en pár. 641-650.

84. Ecuador ha hecho varios intentos poco convincentes de alegar que la corte de apelaciones no quiso decir lo que dijo cuando consideró que MSDIA había renunciado a sus pruebas. Pero Ecuador no ha señalado ni una sola parte de la sentencia de la corte de apelaciones en que esta última haya mencionado pruebas incorporadas en el expediente por MSDIA.

85. Esto tuvo como consecuencia que la corte de apelaciones llevó a cabo un análisis totalmente distorsionado y parcializado del expediente fáctico, lo cual violó los principios más básicos del debido proceso. No causa sorpresa entonces que Ecuador se haya negado en general a defender la resolución de la corte de apelaciones.

86. Al adoptar las mismas determinaciones fácticas viciadas, la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 confirma que la corte de apelaciones violó fundamentalmente los derechos de MSDIA, y dicha Sentencia es en sí una denegación de justicia. Las referencias de formalidad de la CNJ a las pruebas presentadas por MSDIA en la corte de apelaciones no indican que la propia CNJ haya considerado las pruebas. De acuerdo con la propia admisión de la CNJ de que no estaba reevaluando las pruebas, la CNJ en ningún momento reconoce las pruebas de MSDIA ni les atribuye importancia alguna en su decisión.

87. El ejemplo más patente del perjuicio que esto impuso a MSDIA puede verse en cómo la CNJ trató el informe de Cabrera sobre daños y perjuicios. Como se señaló antes, y en los alegatos previos de MSDIA, el informe de Cabrera llega a conclusiones absurdas que carecen de sustento basadas en información poco confiable, saltos irracionales de suposiciones ilógicas e infundadas.¹¹⁰ Además, el Sr. Cabrera fue designado en circunstancias sumamente sugerentes de incorrección¹¹¹ y sin duda carecía totalmente de cualificaciones para desempeñarse como perito en daños y perjuicios. Después de que ya fue muy tarde para ayudar a MSDIA, el propio Consejo de la Judicatura de Ecuador finalmente revocó las credenciales del Sr. Cabrera como perito, concluyendo que "no corroboró con ninguna documentación, conocimientos o experiencia su competencia experta en cuanto a cálculo de daños y perjuicios, daños emergentes, lucro cesante o tributación",¹¹² e incluso más francamente que "[n]o está claro por qué afirmó que es perito".¹¹³

88. La corte de apelaciones adoptó las conclusiones absurdas del Sr. Cabrera y afirmó sin explicación de ningún tipo que el informe estaba "debidamente fundamentado".¹¹⁴ Ecuador

¹¹⁰ Ver, por ejemplo, Transcripción Completa del Primer Día de la Audiencia sobre el Fondo, en 86:1-92:14; Memorial de MSDIA en pár. 103-15; 111-117; Réplica de MSDIA en pár. 560(c).

¹¹¹ Réplica de MSDIA en pár. 573-591.

¹¹² Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 26 de enero de 2012, en pág. 2.

¹¹³ Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 26 de enero de 2012, en pág. 2.

¹¹⁴ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en págs.

en ningún momento defendió la sentencia de la corte de apelaciones en el presente arbitraje; Ecuador tampoco ha defendido en ninguna oportunidad la integridad del informe del Sr. Cabrera.

89. Y en realidad, incluso los dos primeros paneles de la CNJ (que dictaron sentencias a favor de NIFA que por otros motivos constituyeron denegaciones de justicia) se vieron obligadas a reconocer que las pruebas de perjuicios del Sr. Cabrera "carecían de toda proporción"¹¹⁵ y eran "poco razonables e ilógicas".¹¹⁶ Esos paneles rechazaron el informe del Sr. Cabrera por esos motivos.

90. La única respuesta de Ecuador frente al informe profundamente alarmante de Cabrera y la total falta de cualificaciones de este último ha sido decir que esas cuestiones perdieron trascendencia cuando el informe de Cabrera fue rechazado por las decisiones anteriores de la CNJ.¹¹⁷ Así, por ejemplo, el abogado de Ecuador afirmó en la audiencia de marzo 2015 que "el informe de Cabrera, que había sido el mayor blanco de ataque de las denuncias de Merck, fue totalmente rechazado por la CNJ, en CNJ1".¹¹⁸ Asimismo, el abogado de Ecuador alegó que el fallo anterior de "la CNJ eliminó cualquier presunto vestigio de sesgo o de incorrección reflejado en los daños y perjuicios impuestos originalmente por las cortes inferiores".¹¹⁹

91. Lamentablemente y por el contrario, el panel de jueces suplentes de la CNJ, en el tercer fallo, "definitivo", de la CNJ siguió los dictados de la Corte Constitucional y admitió el informe de Cabrera a primera vista, y se basó en este para conceder los daños y perjuicios, simplemente porque la corte de apelaciones lo había hecho. La CNJ explicó en su sentencia que no podía "reevaluar" el informe de Cabrera porque la corte de apelaciones ya había hecho la evaluación:

"El informe pericial [de Cabrera] [] ha sido una prueba fundamental a la cual se añaden todos los demás hechos probados [y] ... ya ha sido evaluado, es

14-15.

¹¹⁵ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012 en §16.2.

¹¹⁶ Anexo C-293, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 10 de noviembre de 2014, en pág. 79.

¹¹⁷ Durante la audiencia telefónica del 21 de agosto de 2016 sobre medidas provisionales, Ecuador sugirió que el informe Cabrera se basaba en información del mercado farmacéutico que MSDIA había ingresado en el expediente. Esto es falso. En realidad, la información en la que el Sr. Cabrera basó su pronóstico de ventas provino de información no certificada que supuestamente fue suministrada por la compañía IMS e ingresada en el expediente del caso por NIFA. Una de las principales objeciones de MSDIA a la información de IMS presentada por NIFA fue que no coincidía con la información certificada que IMS había suministrado a MSDIA. *Ver* Memorial de MSDIA en pár. 81-84. En efecto, comparada con las propias declaraciones tributarias de NIFA y la información certificada que IMS suministró a MSDIA, la información no certificada de IMS presentada por NIFA exageró indebidamente la participación de mercado de NIFA y, por lo tanto, los cálculos de IMS de las posibles ventas futuras de NIFA.

Íd.

¹¹⁸ Transcripción Completa del Segundo Día de la Audiencia sobre el Fondo, en 219:6-9.

¹¹⁹ Dúplica de Ecuador, pár. 442-443.

decir que ya fue sopesado y aceptado por los jueces de las cortes inferiores y no es posible en este momento volverlo a evaluar”.¹²⁰

92. Como se analizó más arriba, la CNJ, habiendo aceptado las conclusiones fácticas del Sr. Cabrera, simplemente les aplicó la ley ecuatoriana que limita el margen máximo de ganancias de los productos farmacéuticos.¹²¹ Aceptó las cifras absurdas de ventas y costos del Sr. Cabrera, y luego otorgó el 20% de los costos que había postulado. El laudo resultante de daños y perjuicios por USD 41,9 millones a favor de NIFA es por otra parte tan “poco razonable e ilógico”¹²² (dicho con las palabras de los paneles anteriores de la CNJ) como el informe de Cabrera en que se basó. Dicho en pocas palabras, ninguna corte honrada o competente podía haber aceptado el informe de Cabrera como una prueba válida de los daños y perjuicios.

93. En la audiencia telefónica del 21 de agosto de 2016 sobre las medidas provisionales, el abogado de Ecuador sugirió que MSDIA no había planteado sus objeciones al informe de Cabrera en las cortes de Ecuador durante el pleito *NIFA c. MSDIA*. Nada podría estar más lejos de de la verdad. De hecho, MSDIA planteó objeciones enfáticas y continuadas al informe de Cabrera tanto en los procedimientos de la corte de apelaciones como ante todos los paneles de la CNJ.

94. Por ejemplo, inmediatamente después de que el Sr. Cabrera presentó su informe, MSDIA presentó una petición oportuna aduciendo que el Sr. Cabrera había cometido un “error esencial” (fundamento del derecho procesal ecuatoriano para impugnar las pruebas de peritos designados por la corte). MSDIA describió los errores fundamentales del informe de Cabrera, y señaló las contundentes pruebas en el expediente que demostraban que NIFA no había sufrido perjuicio alguno, y que el Sr. Cabrera pasó por alto en su totalidad, y presentó el informe de un perito bien cualificado en daños y perjuicios (el Sr. Carlos Montañez Vásquez), quien concluyó que no existe ninguna causal concebible para los cálculos del Sr. Cabrera.¹²³ La corte de apelaciones rechazó la petición de MSDIA y se negó a considerar el informe del Sr. Montañez.¹²⁴ Habiendo hecho eso, en su sentencia, la corte de apelaciones se sustentó

¹²⁰ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 37.

¹²¹ El cálculo de “costos” de USD 209 millones del Sr. Cabrera es tan infundado como todos los demás cálculos contenidos en el informe de Cabrera, ya que el cálculo de costos del Sr. Cabrera se basa en gran medida en su cálculo de ventas perdidas. El cálculo de costos se guía principalmente por los cálculos del Sr. Cabrera de los costos de materiales asociados con la producción futura pronosticada de NIFA, los cuales el Sr. Cabrera supuso que se dispararían de igual manera que su cálculo absurdo de las futuras ventas perdidas de NIFA. *Ver Anexo C-42*, Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 21 de junio de 2011, en págs. 18-21. Dicho de otro modo, el cálculo específico contenido en el informe del Sr. Cabrera del cual se deriva la sentencia de la CNJ por USD 41,9 millones se basa en la misma metodología indefendible que el resto de su informe.

¹²² Anexo C-293, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 10 de noviembre de 2014, en pág. 79.

¹²³ Anexo C-267, Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio de 2011; Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio de 2011, en págs. 2, 26.

¹²⁴ Anexo C-45, Orden de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 19 de julio de 2011 (que rechaza la

explícitamente en el informe de Cabrera, rechazó la impugnación de MSDIA y determinó que el informe estaba “debidamente fundamentado”.¹²⁵

95. A partir de ese momento, MSDIA planteó sus objeciones al informe de Cabrera en todas las oportunidades. Más recientemente, después de que el caso fue devuelto a la CNJ (por tercera vez) después de la resolución de enero 2016 de la Corte Constitucional, MSDIA presentó un extenso escrito en el cual describía para el nuevo panel de la CNJ – como había hecho para los dos paneles anteriores—las muchas formas en que el informe de Cabrera era fundamentalmente irrazonable y no concordaba con las pruebas en el expediente.¹²⁶ Ni NIFA ni Ecuador han ofrecido ninguna respuesta coherente a esos argumentos. Con todo, en su resolución del 4 de agosto de 2016, la CNJ aceptó el informe de Cabrera sin considerar ninguno de los argumentos de MSDIA.

96. Y por supuesto, Ecuador está bien al tanto de otros intentos de MSDIA de alertar a las cortes de Ecuador sobre la falta de credenciales del Sr. Cabrera para desempeñarse como perito en daños y perjuicios. MSDIA alertó al primer panel de jueces de la CNJ de un memorando oficial emitido por el Consejo de la Judicatura de Ecuador en mayo 2012, relativo a la revocación de la acreditación del Sr. Cabrera como testigo pericial. La CNJ posteriormente se refirió al memorando en su resolución de septiembre 2012, y – notablemente – el hecho de que el primer panel de la CNJ estuvo al tanto de esa verdad fundamental acerca de la falsedad de las pruebas en que se basó la corte de apelaciones se convirtió en la causal exclusiva por la cual la Corte Constitucional anuló la sentencia de septiembre 2012 de la CNJ (por el monto de USD 1,57 millones).¹²⁷

2. La Sentencia de agosto 2016 de la CNJ confirma la resolución de la Corte de Apelaciones sobre responsabilidad sobre la base de teorías jurídicas que no existen en Ecuador y que NIFA no alegó en ningún momento

97. La Sentencia de agosto 2016 de la CNJ también deniega la justicia a MSDIA al confirmar la determinación de la corte de apelaciones sobre responsabilidad civil. Como MSDIA había demostrado en alegatos anteriores, el invento de una nueva teoría de responsabilidad civil que no fue alegada por la demandante en el pleito subyacente es una

petición de MSDIA sobre error esencial con respecto al informe del Sr. Cabrera); Anexo C-46, Orden de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, 1 de agosto de 2011 (que rechaza la petición de MSDIA de reconsideración de su Orden del 19 de julio de 2011, por la causal de que el Sr. Cabrera era un perito en error esencial, y razona que “no existe ninguna fórmula procesal para probar un error esencial con respecto de otro error esencial”). Según explicó el Dr. Ponce Martínez, el razonamiento afirmado por la corte de apelaciones para rechazar la petición de error esencial de MSDIA no puede conciliarse, como cuestión de procedimiento en Ecuador, con la orden de la corte por la cual se designaba al Sr. Cabrera, o con que la corte se sustentó en el informe del Sr. Cabrera para su sentencia. *Ver* Declaración Testimonial de Ponce Martínez de fecha 2 de octubre de 2013, en pár. 44 (que concluye que “Los actos de la Corte... contradicen la ley, y en mi opinión, tuvieron la clara finalidad de beneficiar a NIFA.”).

¹²⁵ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en págs. 14-15.

¹²⁶ Anexo C-303, Petición de MSDIA a la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 24 de marzo de 2016, en pár. 23-29.

¹²⁷ Anexo C-285, Resolución de la Corte Constitucional, de fecha 12 de marzo de 2014, en págs. 15-18.

denegación de justicia.¹²⁸

98. Como se explicó antes, la CNJ aceptó solo un aspecto limitado de la petición de casación de MSDIA, sobre que se omitió aplicar una ley pertinente al cálculo de los daños y perjuicios.¹²⁹ Sobre esa base, decidió “desechar parcialmente esa sentencia”.¹³⁰ La CNJ rechazó cada una de las causales de casación que promovió MSDIA, incluidos los argumentos de casación de MSDIA que impugnaban la opinión de la corte de apelaciones sobre responsabilidad por leyes de defensa de la competencia.¹³¹

99. Como MSDIA ha demostrado en sus alegatos anteriores, la sentencia de la corte de apelaciones impuso la responsabilidad por violación de las leyes de defensa de la competencia, y en esto se basó NIFA para presentar sus reclamaciones en el pleito presente.¹³² La determinación de responsabilidad por parte de la corte de apelaciones fue rechazada por los dos primeros paneles de la CNJ, una vez por insuficientes pruebas de una violación de la ley de defensa de la competencia¹³³ y una vez porque no había ninguna ley de defensa de la competencia en Ecuador en la época de la demanda de NIFA.¹³⁴ El tercer panel de la CNJ, por el contrario, rechazó la petición de casación de MSDIA con respecto al fundamento jurídico de la responsabilidad, con lo cual implícitamente confirmó el fundamento de violación de la ley de defensa de la competencia en el que se había basado la corte de apelaciones.

100. No obstante, inapropiadamente, a pesar de haber rechazado los argumentos de casación de MSDIA, la Sentencia de agosto 2016 de NCJ incluye un análisis sobre responsabilidad,¹³⁵ en el cual la CNJ sugirió que MSDIA era responsable en virtud de una teoría de responsabilidad precontractual, basada en las disposiciones generales de cuasidelito de los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil de Ecuador, “subrayad[a]” por los principios de la ley de defensa de la competencia.¹³⁶ Esta nueva teoría de responsabilidad precontractual—que difiere de la teoría de responsabilidad precontractual adoptada en la

¹²⁸ Réplica de MSDIA en pár. 322-334; *ver también* Réplica Complementaria de MSDIA en pár. 38-45.

¹²⁹ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en págs. 16-17 (Sección 6.2.1), 21 (Sección 6.5.2).

¹³⁰ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en págs. 22.

¹³¹ *Ver, por ejemplo*, el Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en págs. 21 (Sección 6.5.1) (que rechaza los argumentos de MSDIA, presentados en los párrafos 134 a 183 de la petición de casación de MSDIA, de que “[l]a sentencia... no aplicó ciertas normativas jurídicas, aplicó indebidamente otras normas jurídicas, e interpretó erróneamente otras normativas jurídicas, razones por las cuales... debe ser desecheda”); Anexo C-198, Petición de Casación de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 13 de octubre de 2011, en págs. 167-183 (que expone el argumento de MSDIA de que es indebida la aplicación de la responsabilidad por la ley de defensa de la competencia por parte de la corte de apelaciones).

¹³² *Ver* Réplica de MSDIA, en pár. 317, 513-542; Réplica Complementaria de MSDIA en pár. 42.

¹³³ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en §§ 9.1-9.2.2.

¹³⁴ Anexo C-293, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 10 de noviembre de 2014, en págs. 40.

¹³⁵ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en págs. 30-33.

¹³⁶ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en págs. 31-32.

sentencia de noviembre 2014 de la CNJ¹³⁷ y, por ende, constituye la **cuarta** teoría diferente sobre responsabilidad de la que han echado mano las cortes de Ecuador en el caso presente—nunca antes fue alegada o considerada en el pleito *NIFA c. MSDIA*

101. La opinión de la CNJ sobre responsabilidad es una denegación de justicia porque la responsabilidad precontractual no está reconocida conforme al Derecho de Ecuador, y porque la CNJ (por tercera vez) hizo responsable a MSDIA conforme a una teoría jurídica que en ningún momento había sido promovida en el pleito.

102. MSDIA demostró en su Réplica Complementaria y en la audiencia de marzo 2015 sobre el fondo que la responsabilidad precontractual no está reconocida en el Derecho de Ecuador.¹³⁸ Como explicó el Profesor Correa, perito de MSDIA, en su primer informe pericial, el Derecho de Ecuador protege con firmeza la libertad de contratar y permite que las partes pongan fin a negociaciones contractuales en cualquier momento y por cualquier motivo sin contraer responsabilidad, salvo en unas pocas circunstancias muy limitadas que no son aplicables en el presente caso.¹³⁹ El mencionado perito explicó que el Derecho de Ecuador, por lo tanto, no reconoce un concepto general de responsabilidad precontractual.

103. En la audiencia sobre el fondo, el propio perito de Ecuador, Profesor Parraguez, confirmó que en Ecuador no hay ninguna ley que establezca la responsabilidad precontractual y que ningún caso ha impuesto jamás la responsabilidad por esa causal.¹⁴⁰

104. Así pues, no causa sorpresa que la sentencia de agosto 2016 de la CNJ – al igual que la sentencia del 10 de noviembre de 2014 antes de aquella—no identificara ***ni una sola resolución o disposición legal*** que reconozca la responsabilidad precontractual, o que sustente una determinación de que una parte pueda ser hecha responsable por retirarse de las negociaciones precontractuales.

105. Además, la sentencia de agosto 2016 de la CNJ viola el Derecho de Ecuador porque hace responsable a MSDIA en virtud de una teoría que no fue promovida en ningún momento por NIFA. La Sentencia de agosto 2016 de la CNJ reconoció que “[s]egún el principio de congruencia, ***todos los jueces y los tribunales deben resolver exclusivamente sobre la reclamación y la respuesta a esta***, sin salirse de los límites así impuestos, y establecidos antes”.

¹³⁷ A diferencia de la Sentencia del 10 de noviembre de 2014 de la CNJ, la cual fue una denegación de justicia por las razones descritas en la Réplica Complementaria de MSDIA, la sentencia del 4 de agosto de 2016 no se sustenta en los Artículos 721 y 1562 del Código Civil para determinar que MSDIA es responsable por responsabilidad precontractual.

¹³⁸ Réplica Complementaria de MSDIA en pár. 46-48; , en 20:8-11.

¹³⁹ Informe Pericial de Correa, de fecha 8 de agosto de 2014, en pár. 6-8.

¹⁴⁰ , en 36:20-38:11, 67:12-20.

106. La demanda de NIFA no planteó una reclamación conforme a una teoría de la responsabilidad precontractual, y NIFA en ningún momento se sustentó en la responsabilidad precontractual durante los procedimientos. De hecho, como ya explicó MSDIA, NIFA sistemáticamente manifestó que “[d]esde el mismo principio, esta fue una reclamación por **actos contrarios a la competencia**”.¹⁴¹ El propio perito de Ecuador, el Profesor Aguirre, admitió en la audiencia sobre el fondo que NIFA insistía en que su reclamación se fundamentaba solamente en la ley de la defensa de la competencia, y que nunca había reivindicado o se había fundamentado en ninguna otra teoría jurídica, incluida la de responsabilidad precontractual.¹⁴² Asimismo, ni MSDIA ni NIFA solicitaron en sus peticiones de casación que la CNJ resolviera sobre una reclamación por responsabilidad precontractual.

107. La CNJ entendió que NIFA había basado su reclamación en principios de defensa de la competencia en virtud del Artículo 244, numeral 3, de la Constitución de 1998 (el cual, como ha demostrado MSDIA, no brinda una causal para la responsabilidad¹⁴³), y que la corte de apelaciones había hecho responsable a MSDIA fundamentada en esa causal. No obstante, la CNJ pretendió volver a caracterizar la demanda de NIFA, y sostuvo (sin citar ningún precedente jurisprudencial) que la cita de NIFA del Artículo 244, numeral 3, de la Constitución “**no significa que el pleito gire en torno a asuntos de la libre competencia**, que ahora están desarrollados en leyes específicas, sino más bien [] **sirve para subrayar la actitud unilateral de la demandada...**”¹⁴⁴

108. Este intento de fabricar un nuevo argumento para sustentar la imposición de la responsabilidad, que va más allá de la propia demanda de la demandante y excede los límites del Derecho aplicable, es precisamente el tipo de elaboración de decisiones para lograr un resultado que constituye una denegación de justicia. El intento de la CNJ de sustentar una determinación de responsabilidad fue una “[d]esviación sorprendente[] respecto de los patrones asentados de razonamiento o resultados y “debe considerarse con el mayor escepticismo [cuando su] efecto es desfavorecer a un extranjero”.¹⁴⁵

¹⁴¹ Anexo C-201, Transcripción de la Audiencia, *NIFA c. MSDIA*, CNJ, grabado por la demandada, 26 de diciembre, 2011, en p.1 (énfasis añadido). Ver también Anexo C-200, Escrito de NIFA del 17 de noviembre de 2011, *NIFA c. MSDIA*, NCJ, en pár. 12; Anexo C-240, Escrito de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 20 de abril de 2007, en Numeral V; Anexo C-157, Escrito de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 9 de octubre de 2008 en pág. 2; Anexo C-164, Escrito de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 23 de enero de 2009, en pág. 2; Anexo C-238, Escrito de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre de 2006 en Numeral VIII.

¹⁴², en 129:19-24.

¹⁴³ Ver Réplica de MSDIA, en pár. 366-369, 515-516.

¹⁴⁴ Anexo C-304, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 4 de agosto de 2016, en pág. 32.

¹⁴⁵ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en págs. 199- 200. Ver también Anexo CLM-137, *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, LCIA Caso No. UN 3467, Laudo Final, de fecha 1 de julio de 2004, en pár. 184-187.

3. El laudo de daños y perjuicios de la CNJ por USD 41,9 millones exaspera la conciencia y es contrario al peso abrumador de las pruebas

109. Además, es claro que la imposición por parte de la CNJ de casi USD 42 millones en daños y perjuicios en contra de MSDIA por una transacción inmobiliaria fallida por USD 1,5 millones es una “decisión[] tan atroz que resulta inexplicable salvo como expresión[] de arbitrariedad o de extrema incompetencia”.¹⁴⁶ En resumen, “ningún juez competente podría razonablemente haber” otorgado en laudo a NIFA daños y perjuicios por una suma que siquiera estuviera cerca de tal magnitud.¹⁴⁷ Por lo tanto, el laudo de daños y perjuicios de la CNJ es, a primera vista, una denegación de justicia.

110. MSDIA ha demostrado repetidas veces en el presente arbitraje que ninguna corte competente podría haber otorgado a NIFA USD 41,9 millones como lucro cesante resultante de que no pudo adquirir una fábrica pequeña y deteriorada que MSDIA finalmente vendió por menos de USD 1 millón.¹⁴⁸ Como ha demostrado MSDIA, no hay pruebas en el expediente que siquiera remotamente sustenten el laudo de la CNJ de daños y perjuicios por USD 41.966.571,60 (o en realidad el laudo de USD 7,7 millones por daños y perjuicios dictado por la CNJ en su segunda resolución “definitiva”).

111. El perito original en daños y perjuicios designado por la corte en la corte de apelaciones, el economista venezolano sumamente respetado y abogado Dr. Ignacio de León, evaluó las reclamaciones de NIFA y concluyó que NIFA no había sufrido absolutamente ningún perjuicio,¹⁴⁹ y que no había podido sustentar sus alegaciones sobre lucro cesante, el cual en el mejor de los casos era totalmente especulativo.¹⁵⁰

112. Tres peritos diferentes ofrecidos por MSDIA concluyeron de forma similar que NIFA de hecho no había sufrido perjuicio alguno,¹⁵¹ incluido el Sr. Carlos Montañez Vásquez, quien concluyó que *el cálculo del Sr. Cabrera del supuesto lucro cesante de NIFA* o del perjuicio causado al pueblo ecuatoriano *no tenía ningún fundamento verosímil*, y además concluyó que el único fundamento verosímil para los daños y perjuicios era la

¹⁴⁶ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en pág. 205.

¹⁴⁷ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en pág. 200.

¹⁴⁸ Anexo C-11, Informe de Omar Herrera R., *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 25 de octubre de 2004, en pág. 4. MSDIA celebró la escritura de venta de la planta con una filial de Ecuaquímica. MSDIA vendió los equipos por separado a otras partes. *Íd.* en págs. 2-3. *Ver también* el Anexo C-191, Testimonio de Richard Trent, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 16 de abril de 2010, en págs. 1-2 (en respuesta a las preguntas 24, 25, y 27).

¹⁴⁹ Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero de 2010, en 98.

¹⁵⁰ Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero de 2010, en 47-49.

¹⁵¹ Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, presentado ante la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, 15 julio 2011 en pág. 2; Anexo C-20, Informe de Rolf Stern, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en pág. 1; Anexo C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en págs. 3- 4.

afirmación de NIFA sobre presuntos daños emergentes por USD 50.000.¹⁵²

113. Además, las pruebas no refutadas en el expediente demostraron que, contrariamente a la afirmación de NIFA en el pleito de que en la región de Quito no había ningún otro bien inmueble idóneo para una nueva planta, estaban disponibles muchos otros predios con fábricas que eran aptos para acomodar los planes de expansión de NIFA, incluido un terreno que NIFA ya poseía en 2003 cerca de la planta de MSDIA, en el cual podía haber construido y operado una planta de fabricación farmacéutica tres veces más grande que la planta de MSDIA.¹⁵³ Por otra parte, NIFA expandió su propia planta de producción ya existente drásticamente después de que fracasaron las negociaciones con MSDIA.¹⁵⁴ El primer perito en bienes inmuebles de la corte de apelaciones, el Sr. Manuel Silva, confirmó la disponibilidad de esas otras propiedades, lo cual demostró concluyentemente que NIFA no pudo haber sufrido un perjuicio considerable por el fracaso de su intento de adquisición de la planta de MSDIA.¹⁵⁵

114. MSDIA también demostró que de acuerdo con las propias declaraciones tributarias de NIFA en el expediente, el margen de ganancias real de NIFA en 2003 solo fue del 0,7 %, ¹⁵⁶ y su margen de ganancias promedio entre 2000 y 2006 fue cerca del 2,2 %. ¹⁵⁷ En vista de estas pruebas, que NIFA no refuta, el supuesto no explicado e infundado de la CNJ de

¹⁵² Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, presentado ante la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 15 de julio de 2011, en págs. 2, 26.

¹⁵³ Anexo C-169, Testimonio de Norman Xavier Espinel Vargas, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 26 de mayo de 2009, en págs. 2-4. En efecto, según el testimonio del Sr. Espinel, según las leyes de zonificación pertinentes, NIFA ya tenía permiso para construir esa planta. En vez de hacerlo, NIFA vendió el lote en mayo de 2003. *Íd.* en págs. 2-3.

¹⁵⁴ Anexo C-169, Testimonio de Norman Xavier Espinel Vargas, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 26 de mayo de 2009, en págs. 2-4.

¹⁵⁵ Anexo C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásquez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 23 de diciembre de 2009. Entre las determinaciones del Sr. Silva, estaban sus conclusiones de que (a) había una serie de plantas industriales, otras estructuras, y lotes vacíos que ya existían, estaban disponibles, y debidamente zonificados, en los cuales NIFA podía haber construido una nueva planta después de que finalizó las negociaciones con MSDIA en enero de 2003; (b) había por lo menos otra planta farmacéutica disponible en el mercado en 2003 (que era de propiedad de la compañía farmacéutica ecuatoriana Albanova), y otra planta que en ese momento estaba disponible fue adquirida por Pfizer y convertida en una fábrica de productos farmacéuticos; (c) NIFA era propietaria de un lote vacío cerca de la planta de MSDIA, el cual vendió a otra compañía ecuatoriana en mayo de 2003, y en el que se le había permitido, en virtud de las leyes de zonificación aplicables, construir y operar una planta de fabricación de productos farmacéuticos de una dimensión tres veces mayor que la planta de MSDIA; y (d) NIFA tuvo libertad de expandir su planta existente después de las negociaciones, y de hecho así lo hizo. Obtuvo un permiso de regularización en 2005 para una construcción de 1057 metros cuadrados, y obtuvo otro permiso para una ampliación de 300 metros cuadrados en 2008. Conforme a las leyes de zonificación vigentes en 2003, NIFA tuvo libertad para construir hasta 29.000 metros cuadrados en su terreno, lo cual habría tenido como consecuencia una planta mucho más grande que la planta del Valle de los Chillós.

¹⁵⁶ Anexo C-267, Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio de 2011 en pár. 61.

¹⁵⁷ Anexo C-267, Petición de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio de 2011 en pár. 61 (“Según el resumen del economista [y perito de MSDIA] Walter Spurrier, de acuerdo con declaraciones tributarias presentadas ante el SRI, las ganancias netas de NIFA por las ventas realizadas entre los años 2000 a 2006 fueron así: para el año 2000: 2.7%; para 2001: 0.0%; para 2002: 0.1%; para 2003: 0.7%; para 2004: 4.6%; para 2005: 3.6%; y para 2006: 3.9%.”).

que NIFA lograría un margen de ganancias máximo del 20 % permitido por la ley cada año entre 2003 y 2018 fue en sí mismo un viraje inaudito respecto del expediente, sin mencionar los cálculos absurdos del Sr. Cabrera sobre el volumen de ventas al cual se aplicó esa tasa de rentabilidad del 20 %.

115. En efecto, la aceptación ciega por parte de la CNJ de la conclusión del Sr. Cabrera de que NIFA había sufrido perjuicios durante un periodo de 15 años fue desmentido de plano por la *propia demanda* de NIFA, en la cual esta última afirmó que las negociaciones demoraron sus planes de expansión solo un año.¹⁵⁸

116. Y, por supuesto, NIFA no ofreció ninguna prueba que demostrara que sufrió un perjuicio siquiera remotamente cerca de USD 42 millones. Las pruebas más increíblemente optimistas de NIFA para sustentar su reclamación de daños y perjuicios fue el denominado “plan de negocios” de fecha octubre 2002, que NIFA presentó en los procedimientos de primera instancia.¹⁵⁹ NIFA supuestamente preparó el “plan de negocios” con el fin de obtener financiamiento para la compra de la planta de MSDIA. Como tal, supuestamente demostraba el crecimiento que NIFA esperaba lograr durante los años 2003-2012 después de la adquisición.¹⁶⁰

117. Como ha demostrado MSDIA en alegatos anteriores, el “plan de negocios” de NIFA se basó en supuestos poco realistas e inverosímiles (planteados de manera optimista para obtener financiamiento),¹⁶¹ y Ecuador no lo defendió en ningún momento. Entre otras cosas, el plan de negocios daba por sentado que NIFA gozaría de considerables ventas de Rofecoxib, pero dicha venta habría violado los derechos de propiedad intelectual de MSDIA.¹⁶² También anunciaba que NIFA recibiría un margen de ganancias superior al margen de ganancias máximo permitido conforme a la ley de Ecuador, el mismísimo error que reconoció el último panel de la CNJ.¹⁶³ En efecto, un perito que analizó el plan de negocios en nombre de MSDIA en la corte de apelaciones concluyó que después de corregir los supuestos poco realistas del plan, el análisis de NIFA indicaba que habría *perdido* dinero

¹⁵⁸ Anexo C-10, Demanda de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, 16 de diciembre de 2003, en pág. 8 (“[MSDIA] hizo que mi cliente sufriera una demora de un año en la expansión de su planta industrial o de que construyera o adquiriera una nueva.”)

¹⁵⁹ Anexo C-136, Plan Comercial de NIFA, en sección II; Anexo C-137, Plan Comercial de NIFA, en sección IV; Anexo C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en págs. 8-11 (que resume el plan comercial).

¹⁶⁰ Anexo C-136, Plan Comercial de NIFA, en sección II; Anexo C-137, Plan Comercial de NIFA, en sección IV; Anexo C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en págs. 1-3, 8-11.

¹⁶¹ *Ver, por ejemplo*, el Memorial de MSDIA en pár. 51-52; Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en págs. 8-11.

¹⁶² Anexo C-136, Plan Comercial de NIFA, en sección II.

¹⁶³ Anexo C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en págs. 3-4; Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio de 2011, en pág. 24.

en la compra de la pequeña planta de MSDIA.¹⁶⁴

118. Pero incluso aceptando las cifras de ventas del plan de negocios a primera vista, si se aplica el margen de ganancias de NIFA de 2003 a las ventas proyectadas en el plan entre 2003 y 2012, se obtiene una ganancia total durante el periodo de 10 años de menos de USD 1,5 millón. Incluso aplicando el margen de ganancias promedio de NIFA durante el periodo de 2000 a 2006 del 2,2 % a las ventas totales pronosticadas en su plan de negocios, se obtiene una ganancia total de aproximadamente USD 4,3 millones durante el mismo periodo.¹⁶⁵ Tomando en cuenta la propia afirmación de NIFA de que su expansión se demoró solo un año¹⁶⁶, se obtendría un cálculo de daños y perjuicios muy cercano a cero.

119. Si se considera la propia admisión de NIFA de que solo sufrió una demora de un año para expandir su producción, las pruebas abrumadoras en el expediente de que sufrió, como mucho, daños y perjuicios mínimos, y lo claramente absurdo del informe de Cabrera (y su evidente falta de credenciales para elaborar tal informe), ninguna corte honrada y competente podría haber otorgado a NIFA un laudo por USD 41,9 millones basándose en el informe de Cabrera.

120. MSDIA puso esta prueba ante la CNJ,¹⁶⁷ como había hecho para cada uno de los dos paneles anteriores de la CNJ, pero el panel de jueces suplentes de la CNJ hizo caso omiso de esos hechos y en cambio se basó exclusivamente en el desacreditado informe de Cabrera, y no realizó un análisis independiente de la confiabilidad de esa prueba¹⁶⁸, lo cual admitió. El laudo sobre daños y perjuicios dictado por la CNJ con esos antecedentes fácticos es francamente chocante y, a primera vista, es una denegación de justicia.

IV. ECUADOR NO HA BRINDADO MEDIOS EFECTIVOS DE REIVINDICAR RECLAMACIONES Y HACER CUMPLIR DERECHOS

121. La decisión de enero 2016 de la Corte Constitucional y la sentencia de agosto 2016 de la CNJ también confirman adicionalmente que Ecuador violó su obligación separada en

¹⁶⁴ Anexo C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en págs. 3-4.

¹⁶⁵ Anexo C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en pág. 22 (que presenta el pronóstico de ventas totales en el plan comercial).

¹⁶⁶ Anexo C-10, Demanda de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 16 de diciembre de 2003, en pág. 8.

¹⁶⁷ Anexo C-303, Petición de MSDIA a la CNJ, de fecha 24 de marzo de 2016, *NIFA c. MSDIA*, en pár. 23-40.

¹⁶⁸ Cuando el caso fue devuelto a la CNJ para una tercera resolución, MSDIA presentó un extenso escrito sobre el fondo en el cual describía ante el nuevo panel de la CNJ—al igual que había hecho con los dos paneles anteriores—las muchas maneras en que el informe de Cabrera era fundamentalmente absurdo y no se podía conciliar con las pruebas que obraban en el expediente del caso. MSDIA explicó además ante la CNJ que el Sr. Cabrera carecía de las cualificaciones necesarias para desempeñarse como perito en daños y perjuicios. Anexo C-303, Petición de MSDIA a la CNJ, de fecha 24 de marzo de 2016, *NIFA c. MSDIA*, en pár. 23-29.

virtud del Artículo II(7) del Tratado de “brindar medios efectivos de reivindicar reclamaciones y hacer cumplir derechos con respecto a una inversión”.

122. Como ha demostrado MSDIA en alegatos anteriores, los tribunales en *Chevron c. Ecuador* y *White Industries c. India*, cada uno por su parte, sostuvieron que este requisito constituye una obligación del tratado “independiente y específica... y no una mera reformulación del Derecho [Internacional Consuetudinario] sobre denegación de justicia”.¹⁶⁹ Esos tribunales también concluyeron que el requisito de “medios efectivos” está sujeto a un umbral menor para demostrar un incumplimiento que en el caso de denegación de justicia,¹⁷⁰ y que “exige que el Estado receptor no solo establezca un sistema adecuado de leyes e instituciones, sino además que esos sistemas funcionen de manera eficaz en cualquier caso dado”.¹⁷¹

123. En este caso, el sistema jurídico de Ecuador no ha funcionado eficazmente para brindar a MSDIA un medio adecuado de proteger sus derechos en las cortes de Ecuador. El sistema jurídico de Ecuador ha producido una serie de resultados irrazonables e injustos mediante un proceso que no ofreció las protecciones básicas del debido proceso. Ha pronunciado múltiples sentencias ejecutorias en contra de MSDIA que imponen montos cada vez mayores de responsabilidad por exactamente la misma conducta. Ha permitido que NIFA ejecute resoluciones de la corte civil más alta de Ecuador en contra de MSDIA mientras también permitía que NIFA impugnara esas mismas resoluciones al mismo tiempo.¹⁷² Y sus

¹⁶⁹ Anexo CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. c. República del Ecuador (Chevron I)*, Caso CPA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo, de fecha 30 de marzo de 2010, en pár. 242. Anexo CLM-114, *White Industries Australia Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Laudo, de fecha 30 de noviembre de 2011, en pár. 11.3.2(a), 11.3.3 (que cita a *Chevron I*). Ver también el Informe Pericial de Paulsson, de fecha 2 de octubre de 2013, en pár. 33 (“El Artículo II(7) es un ejemplo de una disposición de un tratado que puede crear la responsabilidad de un Estado por actos del poder judicial sin tener que aplicar la prueba de denegación de justicia en virtud del derecho internacional consuetudinario.”).

¹⁷⁰ Anexo CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. c. República de Ecuador (Chevron I)*, Caso CPA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo, de fecha 30 de marzo de 2010, en pár. 244. Anexo CLM-114, *White Industries Australia Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Laudo, de fecha 30 de noviembre de 2011, en pár. 11.3.2(a) (que cita a *Chevron I*). Ver también Informe Pericial de Paulsson, de fecha 2 de octubre de 2013, en pár. 31 (que observa que los tribunales en los casos *Chevron* y *White Industries* “sostuvieron que el Artículo II(7) imponía a los Estados una obligación más amplia que las normas del derecho internacional consuetudinario respecto de la denegación de justicia.”).

¹⁷¹ Anexo CLM-114, *White Industries Australia Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Laudo, de fecha 30 de noviembre de 2011, en pár. 11.3.2(a)-(b).

¹⁷² Ecuador sostiene que los tribunales en los casos *Chevron* y *White Industries* están ambos equivocados porque el Artículo II(7) “simplemente incorpora garantías en contra de la denegación de justicia que ya están ... incorporadas en el Tratado mediante el Artículo II(3)(a)”. Según Ecuador, no puede haber incumplimiento del Artículo II(7) a menos que se demuestre que hubo una denegación de justicia. Por las razones presentadas por MSDIA en alegatos escritos, el argumento de Ecuador es incorrecto ya que no concuerda con la redacción del TBI entre EE.UU. y Ecuador y con las normas aplicables para la interpretación de tratados. Ver Memorial de MSDIA, en pár. 394-408; Réplica de MSDIA, en pár. 737-773. El lenguaje del Artículo II(7) es completamente distinto del lenguaje del Artículo II(3)(a), y se debe dar significado a esas diferencias en virtud de los principios aplicables para la interpretación de los tratados. Informe Pericial de Ratner, de fecha 1 de agosto de 2014, en pár. 21. Además, el principio de *effet utile* prohíbe la interpretación planteada por Ecuador del Artículo II(7) de que el estándar de denegación de justicia del derecho internacional consuetudinario es meramente superfluo, estándar que ya está

cortes han pronunciado resoluciones en contra de MSDIA motivadas no por el imperio de la ley, sino por sesgo y aparente corrupción, con el objetivo de obtener un resultado predeterminado, a saber, un laudo de daños y perjuicios de gran magnitud a favor de una demandante ecuatoriana.

124. Estos trece años de pleitos en un caso relacionado con la posible venta de una fábrica por USD 1,5 millones ha sido un error extraordinario en la administración de justicia. No existe duda de que el sistema judicial de Ecuador ha fracasado en su conjunto (la piedra de toque de la denegación de justicia). A MSDIA se le han negado los medios efectivos de reivindicar sus defensas y proteger sus derechos en las cortes de Ecuador, violando así el Artículo II(7) del Tratado.

V. MSDIA NO TUVO EN ECUADOR NINGÚN RECURSO EFICAZ A SU DISPOSICIÓN PARA IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN DE LA CNJ DEL 4 DE AGOSTO DE 2016

125. Anteriormente, Ecuador alegó que MSDIA no agotó por completo sus recursos en Ecuador con respecto a las dos resoluciones previas de la CNJ, porque no presentó Acciones Extraordinarias de Protección en la Corte Constitucional a fin de pretender que se desecharan esas resoluciones.¹⁷³ Eso es jurídicamente erróneo, como ya explicó MSDIA, porque las resoluciones de la CNJ son resoluciones concluyentes del sistema judicial de Ecuador que son ejecutables inmediatamente.¹⁷⁴ Además, presentar una AEP no puede suspender la ejecución de la resolución de la CNJ, y la Corte Constitucional no puede indemnizar a una parte vencedora por las sumas que ya pagó para cumplir con una sentencia de la CNJ.¹⁷⁵

126. Por lo tanto, presentar una AEP para impugnar la sentencia de la CNJ de agosto 2016 no habría servido para proteger a MSDIA de la ejecución de esa resolución. En cambio, presentar una AEP no habría hecho más que exponer a MSDIA a una mayor responsabilidad, si (como ocurrió en respuesta a las AEP anteriores de NIFA) la Corte Constitucional anulaba la resolución de la CNJ y devolvía el caso a la CNJ para continuar los procedimientos. En vista de esas realidad, presentar una AEP en la Corte Constitucional no habría brindado un recurso efectivo para la denegación de justicia impuesta por la CNJ.

incorporado en el Artículo II(3)(a). *Ver* Réplica de MSDIA, en pár. 744-745 (que cita al Informe Pericial de Ratner, de fecha 1 de agosto de 2014, en pár. 21-22 (en donde se explica que se debe suponer que las diferencias de redacción entre disposiciones de tratados tienen un significado concordante con las normas de interpretación de tratados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)). Por supuesto, MSDIA sostiene que los estándares para demostrar una denegación de justicia también se cumplen claramente en este caso. Pero, según explica el Profesor Paulsson, el Artículo II(7) presenta una fuente distinta e independiente de la cual surgen las obligaciones de Ecuador en virtud del Tratado, según la cual MSDIA tiene derecho a una reparación. Informe Pericial de Paulsson, de fecha 2 de octubre de 2013, en pár. 31-32.

¹⁷³ *Ver, por ejemplo*, Contramemorial de Ecuador en pár. 182-270.

¹⁷⁴ *Ver* Réplica de MSDIA, en pár. 419-425.

¹⁷⁵ *Ver* Réplica de MSDIA, en pár. 431-446.

127. Como MSDIA no tiene otro recurso en Ecuador que pudiera brindarle un recurso efectivo para la denegación de justicia por parte de la CNJ, MSDIA ha agotado sus recursos en Ecuador.¹⁷⁶

VI. MSDIA TIENE DERECHO A UNA REPARACIÓN INTEGRAL

128. En la época de la audiencia oral sobre el fondo, en marzo 2015, existía una gran incertidumbre acerca de cuándo y cómo terminaría el pleito *NIFA c. MSDIA* en Ecuador. En esa época, MSDIA ya había sido objeto de dos sentencias concluyentes de la corte civil más alta de Ecuador, y NIFA había presentado otra Acción Extraordinaria de Protección en la que solicitaba a la Corte Constitucional de Ecuador que desechara la segunda sentencia de la CNJ (como esta había desechado antes la primera) en un intento por obtener sentencias monetarias todavía más altas en contra de MSDIA. Por lo tanto, el petitorio de reparación de MSDIA no solo pretendió una compensación por las sumas que MSDIA ya había pagado a NIFA y los honorarios de abogado que había pagado en los procedimientos ecuatorianos, sino también una medida cautelar permanente para proteger a MSDIA de más perjuicios y una indemnización en contra de cualquier pérdida adicional incurrida como consecuencia de los procedimientos en curso en Ecuador.

129. Después de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016, MSDIA enfrenta una situación fáctica diferente. Parece que NIFA no ha presentado otra Acción Extraordinaria de Protección que impugne la Sentencia de la CNJ de agosto 2016, y la fecha para hacerlo ya ha vencido. Por lo tanto, es posible que la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 sea de hecho la última “sentencia firme” en el prolongado pleito *NIFA c. MSDIA*. Lamentablemente, eso no significa que haya terminado el perjuicio causado a MSDIA por las violaciones del tratado por parte de Ecuador.

130. Hasta el momento, MSDIA ha pagado a NIFA USD 7,7 millones. Ahora enfrenta una nueva sentencia basada en las mismas reclamaciones por casi USD 42 millones. Los activos de MSDIA en Ecuador tienen un valor muy inferior a USD 42 millones y, por lo tanto, MSDIA enfrenta la destrucción de su empresa en Ecuador si se ejecuta la sentencia de USD 42 millones en contra de sus activos. Cuando se confisquen las cuentas bancarias, el inventario, equipos y cuentas por cobrar de MSDIA, esta última no podrá pagar a sus empleados, vender productos ni funcionar. Los fondos o productos enviados al país serían objeto de confiscación.

131. Como ya se señaló, la corte de primera instancia de Ecuador encargada de ejecutar la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 suspendió los procedimientos de ejecución en cumplimiento de la Orden de este Tribunal de otorgar medidas provisionales de protección.

¹⁷⁶ Ver Réplica de MSDIA, en pár. 419-471.

Sin embargo, si esa suspensión es levantada, ya sea por la corte de primera instancia o por otra corte ecuatoriana de conformidad con un recurso de apelación o una impugnación constitucional por parte de NIFA, o si aquella vence sin ser reemplazada por una similar u otra medida cautelar suficiente al pronunciar este Tribunal su Laudo Definitivo, NIFA podría inmediatamente pretender ejecutar la sentencia de la CNJ de USD 42 millones en contra de MSDIA, con lo cual destruiría la inversión de MSDIA en Ecuador. Por consiguiente, MSDIA perdería su empresa en marcha, incluidos los activos existentes y la expectativa de ganancias futuras, y enfrentaría además la posible ejecución en contra de sus activos fuera de Ecuador de la gran parte no pagada de la sentencia por USD 42 millones.

132. En vista de esas dificultades – y de la casi segura renuencia de Ecuador a cumplir con un laudo que anule la sentencia—como se analiza más a fondo a continuación, la reparación que pondría a MSDIA en la posición más cercana a la que habría sido su posición si Ecuador no hubiese violado el Tratado sería que Ecuador cumpliera oportunamente con la Sentencia de la CNJ de agosto 2016. Si bien la anulación puede ser un recurso que en general se cita más para la denegación de justicia, en este caso, Ecuador ha adoptado posturas que indican con fuerza que no respetaría un laudo que ordenara la anulación. Por lo tanto, la anulación sería una reparación vacía que dejaría a MSDIA expuesta a más procedimientos en las mismas cortes ecuatorianas que repetidas veces le denegaron la justicia, expuesta a la confiscación de sus activos y a la destrucción de su empresa, y a intentos de ejecutar las partes no pagadas de la sentencia en las cortes de otros países. Por otra parte, si se ordenara a Ecuador que cumpliera por completo con la sentencia, y si Ecuador lo hiciera de forma oportuna para evitar cualquier riesgo de confiscación de los activos de MSDIA, eso pondría fin a los procedimientos de *NIFA c. MSDIA* y eliminaría riesgos para los activos de MSDIA tanto en Ecuador como fuera de este.

133. En vista de la situación precaria de MSDIA en Ecuador en este momento – cuando una corte inferior ha obedecido la Orden de medidas provisionales del Tribunal y suspendió la ejecución de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016, pero esa suspensión probablemente sea impugnada por NIFA en las mismas cortes que repetidas veces denegaron la justicia a MSDIA – MSDIA respetuosamente solicita un Laudo Parcial final sobre la jurisdicción y la responsabilidad, mediante el cual se otorgue a MSDIA la suma total de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016, tan pronto sea razonablemente posible. MSDIA también solicita que el Tribunal entonces establezca un procedimiento para que se considere a cabalidad la cuantía de otras categorías de reclamación de MSDIA, lo cual requiere una actualización y puede depender, en parte, del resultado del Laudo Parcial Final y de que Ecuador cumpla con este.

A. MSDIA tiene derecho a una reparación integral

134. Una parte perjudicada por una violación de Derecho Internacional tiene derecho a una reparación integral; dicho de otro modo, a una reparación que coloque a esa parte en la situación que habría tenido de no existir esa violación. Esa fue la opinión de la Corte

Permanente de Justicia Internacional en el caso *Fábrica de Chorzów*.¹⁷⁷ Ese principio está bien establecido y Ecuador no ha refutado su aplicabilidad al caso presente.

135. El Proyecto de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados establece que la reparación preferida es la restitución. Específicamente, el Artículo 35 establece lo siguiente:

“El Estado responsable de un hecho ilícito internacionalmente está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- (a) No sea materialmente imposible;
- (b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.”¹⁷⁸

Cuando la restitución no es posible, o cuando no desagravia por completo los perjuicios ocasionados, también es adecuada la indemnización. El Art. 34 del Proyecto de Artículos de la CDI establece que “la reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada”. Cuando la restitución es imposible, el tribunal debe ordenar en cambio la **indemnización total**.¹⁷⁹ Los tribunales en los casos entre inversionistas y Estados, incluidos los tribunales que aplican el TBI Ecuador – EE.UU., han

¹⁷⁷ Anexo CLM-152, *Caso sobre la fábrica en Chorzów (Alemania c. Polonia)*, Sentencia sobre el Fondo, 1928 C.P.J.I. (ser. A) No. 17, en 47 (13 de sept.) (“[L]a reparación debe eliminar, en la mayor medida posible, todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, en toda probabilidad, habría existido si no se hubiese cometido ese acto.”). Ver también el Contramemorial de Ecuador, en pár. 523-524 (en donde se menciona el caso de la *Fábrica en Chorzów*).

¹⁷⁸ Anexo CLM-330, Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos [en adelante el Proyecto de Artículos de la CDI], art. 35 (2001). En cuanto a las limitaciones a la obligación de dar una restitución (imposibilidad material y falta de proporcionalidad), el comentario deja claro que la “restitución no es imposible meramente por razón de dificultades jurídicas o prácticas, aunque el Estado responsable tenga que esforzarse especialmente para superarlas”. *Íd.*, Comentario 8. Además, “[e]n virtud del artículo 32, el Estado autor del hecho ilícito no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de la obligación de reparar íntegramente, el daño causado, por lo que el mero hecho de la existencia de obstáculos políticos o administrativos a la restitución no equivale a una imposibilidad”. *Íd.* Para finalizar, la excepción de proporcionalidad a la restitución “se aplica solo cuando existe una grave desproporción entre la carga que la restitución impondría al Estado responsable y el beneficio que podría obtener, bien el Estado lesionado, bien cualquier víctima de la violación”. *Íd.*, comentario 11.

¹⁷⁹ Ver Anexo RLA-57, *AIG Capital Partners, Inc. y CJSC Tema Real Estate Company c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/01/6, Laudo, 7 de octubre de 2003, pár. 12.1; Anexo CLM-330, Proyecto de Artículos de la CDI, Art. 36 (1) (“El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.”).

confirmado sistemáticamente este principio.¹⁸⁰

B. *Un remedio que anule las Sentencias ecuatorianas y prohíba pleitos adicionales no otorgaría a MSDIA una reparación efectiva*

136. Cuando el ilícito internacional en cuestión es una denegación de justicia que derivó en una sentencia ilegal, la restitución con frecuencia puede lograrse anulando la sentencia (aunque la reparación íntegra puede hacer necesaria además una indemnización monetaria). Esto está expresamente contemplado en el Proyecto de los Artículos de la CDI: El comentario al Artículo 35 establece que "La restitución puede adoptar la forma de una reintegración o devolución material de territorio, personas o bienes, **o la revocación de algún acto jurídico**, o una combinación de esas cosas".¹⁸¹ El comentario continúa:

“La expresión ‘restitución jurídica’ se utiliza a veces en los casos en que la restitución requiere o implica la modificación de una situación jurídica, bien en el marco del ordenamiento jurídico del Estado responsable, bien en el marco de sus relaciones jurídicas con el Estado lesionado. Estos casos comprenden la revocación, la anulación o la enmienda de una disposición constitucional o legislativa promulgada en violación de una norma de derecho internacional, **la anulación o revisión de un acto administrativo o de una resolución judicial ilícitamente adoptados con respecto a la persona o a los bienes de un extranjero** o la exigencia de que se adopten disposiciones (en la medida en que el derecho internacional lo autorice) para dar por terminado un tratado”.¹⁸²

137. Sin embargo, en este caso, existe un riesgo inaceptable de que un laudo que ordene la anulación de las sentencias en el pleito *NIFA c. MSDIA* no brinde la restitución a MSDIA.

138. Ecuador ha manifestado repetida y enfáticamente en sus alegatos para responder a la petición de medidas provisionales de protección de MSDIA que Ecuador tiene prohibido por ley garantizar que se dé efecto a las instrucciones de este Tribunal, si tales instrucciones exigen que las cortes de Ecuador actúen o se abstengan de actuar. Por ejemplo, en una carta al abogado de MSDIA de fecha 19 de septiembre de 2016, Ecuador adoptó la postura de que el propio derecho interno de Ecuador le impedía dar efecto a las órdenes y laudos de este Tribunal. Aunque el extracto que sigue es extenso, es importante para apreciar a cabalidad la

¹⁸⁰ Ver, por ej., Anexo CLM-451, *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador [III]*, Caso CPA No. 2012-16 (anteriormente AA 434), Laudo Final Parcial, 6 de mayo de 2016, pág. 424-425; Anexo RLA-83, *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, pág. 467-468; Anexo CLM-452, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, en pág. 792-797; Anexo CLM-453, *BG Group Plc. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 24 de diciembre de 2007, pág. 426-431.

¹⁸¹ Anexo CLM-330, Proyecto de Artículos de la CDI, art. 35, comentario 5 (énfasis añadido).

¹⁸² Anexo CLM-330, Proyecto de Artículos de la CDI, art. 35, comentario 5 (se omitieron las notas al pie, y se añadió énfasis).

postura de Ecuador en tal sentido, expresada con sus propias palabras:

“El Procurador General, naturalmente, tampoco puede pretender obligar a la corte a suspender la ejecución; ***a diferencia de MSDIA, que es parte en el caso, la República de Ecuador no lo es. Actuar de la forma solicitada sería violatorio del principio de independencia externa de la judicatura de Ecuador que está plasmado en el Artículo 168 de la Constitución de Ecuador.*** Contrariamente a lo que sugiere su carta, como se establece en el Artículo 8(3) del Código Orgánico de la Judicatura, este prohíbe no solo “interferir en las resoluciones de las cortes de Ecuador”, sino también interferir “en el ejercicio de deberes y atribuciones de la Judicatura”, lo cual incluye los deberes y atribuciones respecto de la ejecución de sentencias. Actuar contraviniendo este principio implica la posible imposición de sanciones de responsabilidad administrativa, civil y penal.

Como el asunto se relaciona con los derechos de un tercero, que no es parte del arbitraje, tal acción también sería violatoria del principio constitucional de la protección judicial efectiva, del cual es parte integral el derecho sin interferencia a la ejecución de una sentencia ejecutable, como fue confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha acción activaría la responsabilidad en virtud de la Constitución, la cual prohíbe como inconstitucional “cualquier acto u omisión [...] cuyo objetivo sea reducir, obstruir o anular injustificadamente el ejercicio de los derechos de una persona”.

Ninguno de los argumentos que usted ofrece en su carta indica lo contrario. Primero alega que “una suspensión de la ejecución sería una medida temporaria y, por lo tanto, no interferiría en las resoluciones de las cortes de Ecuador”. ***Sin embargo, la naturaleza de la Orden del Tribunal (temporaria a diferencia de permanente) no cambia en absoluto la imposibilidad jurídica de la tarea que usted pide que realice la Procuraduría General.*** La corte llamada a ejecutar la sentencia de la CNJ puede tomar en cuenta, desde luego, la naturaleza temporaria de la Orden, de la misma forma que la propia Orden puede tomarse en cuenta a raíz de la carta del Procurador General del 7 de septiembre. Pero por los motivos antes explicados, el Procurador General no puede asesorar a la corte, ni obligarla, a abstenerse de ejecutar la Sentencia de la CNJ por las causales de que la Orden del Tribunal es “temporaria”.

Segundo, usted alega que “la obligación de las cortes de Ecuador de cumplir con la Orden se vuelve operativa independientemente de cualquier disposición contraria del Derecho interno de Ecuador”. Si busca basar esa obligación en el hecho de que las cortes de Ecuador son organismos del Estado ecuatoriano y, por consiguiente, están obligadas por las obligaciones que aquel asume en el plano internacional, con todo respeto, su afirmación no entiende el tema. Usted busca efectivizar la orden del Tribunal en el ordenamiento jurídico de Ecuador, y en ese contexto, el asunto depende, en principio, de la aplicabilidad de normas de jerarquía normativa en el ordenamiento

jurídico de Ecuador. Como explicó la Demandada durante la audiencia telefónica del 22 de agosto (y en otras partes), las obligaciones resultantes de la Orden no son jerárquicamente superiores a las disposiciones de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Ecuador.¹⁸³

139. Así, Ecuador ha dejado claro que no acepta que sus cortes estén obligadas a cumplir con las instrucciones pronunciadas por este Tribunal; que considera que el Derecho interno de Ecuador es una justificación para negarse a acatar esas instrucciones; y que en todo caso, el Poder Ejecutivo no tiene ninguna función ni responsabilidad a la hora de guiar los actos del Poder Judicial.

140. En vista de las posturas que Ecuador ha manifestado – las principales de ellas claramente contrarias a los principios básicos de Derecho Internacional—si este Tribunal fuera a pronunciar un Laudo Final que ordenara la anulación de las sentencias en el pleito de *NIFA c. MSDIA* y la finalización de cualquier otro procedimiento en ese pleito, es claro que Ecuador no se consideraría obligado a dar efecto al Laudo del Tribunal. Cuando Ecuador prácticamente ha dicho que no cumplirá con un laudo que le ordene la anulación, dictar un recurso vacío no puede constituir una reparación íntegra del perjuicio causado a MSDI a consecuencia de las denegaciones de justicia de las cortes de Ecuador.

C. Por lo tanto, se debe ordenar a Ecuador que cumpla con la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 pagando la suma de esa Sentencia a MSDIA

141. En vista de las posturas manifestadas por Ecuador, la única forma verosímil de remediar a cabalidad las denegaciones de justicia en las cortes de Ecuador y reintegrar a MSDIA a la situación que habría tenido a no ser por los incumplimientos de Ecuador es ordenar a Ecuador que cumpla la sentencia (además de pagar los otros daños y perjuicios de MSDIA, como los pagos previos de MSDIA a NIFA, y sus honorarios de abogado y similares). Si se paga a NIFA oportunamente la suma total de la sentencia a su favor, MSDIA no enfrentará ninguna otra responsabilidad en el pleito *NIFA c. MSDIA* (dentro o fuera de Ecuador), y el pleito finalmente llegará a su fin. La empresa de MSDIA en Ecuador sobreviviría si el pleito concluye antes de cualquier intento de ejecución en contra de los activos de MSDIA. MSDIA estaría en la misma posición que habría tenido si jamás hubiesen ocurrido las denegaciones de justicia en las cortes de Ecuador.

142. Ecuador puede cumplir con la sentencia de una de dos formas:

a. Primero, Ecuador podría cumplir con la sentencia pagando a MSDIA el monto total de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016, que es USD 41.966.571,60. Si la corte de primera instancia permite una compensación por los montos ya pagados a NIFA,

¹⁸³ Anexo C-309, Carta de Ecuador a MSDIA, de fecha 19 de septiembre de 2016.

esos montos no se adeudarían separadamente a MSDIA, pero si la corte de primera instancia no permite una compensación y ordena que MSDIA pague a NIFA todo el monto de USD 41.966.571,60, para llevar a cabo la reparación integral, Ecuador también tendría que pagar a MSDIA los montos que MSDIA pagó antes para cumplir con las sentencias en el pleito *NIFA c. MSDIA*, por USD 7.723.471,81, así como también sus otros daños y perjuicios monetarios, los cuales se analizan más abajo.

b. Segundo, como alternativa, si Ecuador tiene alguna objeción en pagar a MSDIA el monto de la sentencia, Ecuador puede cumplir con la sentencia pagando a NIFA directamente o pagando el monto adeudado a NIFA en una cuenta de garantía. Conforme a este enfoque, para efectuar la reparación integral, Ecuador también tendría que pagar a MSDIA los montos que MSDIA pagó previamente para cumplir con las sentencias del pleito *NIFA c. MSDIA*, por el monto de USD 7.723.471,81, además de los otros daños y perjuicios monetarios de esta, los cuales se analizan a continuación.

143. Un laudo que ordene que Ecuador pague la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 también es un remedio adecuado por el hecho de que Ecuador no brindó a MSDIA los medios efectivos para reivindicar reclamaciones y hacer cumplir derechos relativos a su inversión. MSDIA tiene derecho a un procedimiento que produzca el oportuno rechazo de reclamaciones infundadas en contra de esta. En tanto y cuanto las cortes de Ecuador sigan teniendo una función, como sería si la reparación es la anulación de las sentencias en el pleito *NIFA c. MSDIA*, MSDIA continuará estando a merced del mismo sistema judicial que no le brindó medios efectivos para proteger sus derechos.

144. Incluso si una corte de primera instancia anulara la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 en respuesta a un laudo pronunciado por este Tribunal (y todas las sentencias anteriores, de forma que la anulación de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 no reinstaurara las sentencias previas), esa decisión de anulación podría ser apelada ante la corte de apelaciones, la CNJ y finalmente a la Corte Constitucional. Permitir que las mismas cortes ecuatorianas que repetidas veces denegaron justicia a MSDIA resuelvan si dar efecto o no a un laudo que ordena la anulación no puede reparar de forma integral el perjuicio sufrido porque Ecuador no brindó a MSDIA medios efectivos de defenderse en las cortes ecuatorianas. El único recurso verosímil que aseguraría que este ciclo llegara a su fin sería ordenar a Ecuador que pague por completo la Sentencia de la CNJ de agosto de 2016. También evitaría cualquier inquietud que Ecuador pueda tener respecto de la independencia de la judicatura y el equilibrio del Derecho nacional e internacional. Un simple pago monetario daría efecto a los requisitos tanto de Derecho interno como Derecho Internacional.

D. Además, MSDIA tiene derecho a compensación por sus otras pérdidas

145. La reparación integral exige que desaparezcan todos los efectos de una violación del

Derecho Internacional. Es necesario eliminar la responsabilidad de MSDIA frente a NIFA y poner fin al pleito *NIFA c. MSDIA*, pero eso no es suficiente para colocar a MSDIA en la misma posición que habría tenido de no haber sido por la violación de Ecuador.

146. El petitorio de reparación de MSDIA recita varias categorías distintas de pérdidas por las cuales MSDIA tiene derecho a compensación.

147. *Primero*, MSDIA tiene derecho a recuperar los honorarios y costos de abogado pagados para defender el pleito *NIFA c. MSDIA* durante más de una década en las cortes de Ecuador, mediante múltiples rondas de procedimientos, cada una de ellas con un resultado que añadía denegaciones de justicia. MSDIA demostró que tiene derecho a recuperar los honorarios y gastos de abogado de los procedimientos ecuatorianos en su Memorial y su Réplica,¹⁸⁴ y no repite esos argumentos en el presente. Desde que MSDIA suministró las cifras de costos actualizados el 19 de abril de 2016 (por un monto de USD 6.895.988,66), ha seguido incurriendo honorarios y costos por abogados en Ecuador.

148. *Segundo*, MSDIA tiene derecho a recuperar los daños y perjuicios resultantes de la ejecución de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016, lo cual incluye el valor de activos pagados, confiscados, renunciados o abandonados en conexión con la ejecución de la sentencia de NIFA y otros daños y perjuicios a la empresa de la Demandante tanto dentro como fuera de Ecuador, incluido el lucro cesante. Aunque la ejecución de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 está actualmente suspendida, es casi seguro que NIFA impugnará la suspensión en las cortes de Ecuador, y existe un riesgo considerable de que NIFA intente ejecutar la sentencia en contra de los activos de MSDIA. Si se ejecuta la sentencia en contra de los activos de MSDIA, se destruirá la empresa de esta última en Ecuador, y MSDIA habrá perdido el valor de esa empresa (es decir, el valor presente de los flujos futuros de efectivo esperados de esa empresa).

149. *Tercero*, MSDIA tiene derecho a recuperar daños y perjuicios morales para compensar a MSDIA por el perjuicio no pecuniario que sufrió a raíz de los incumplimientos de Ecuador, incluido el perjuicio a la reputación y la plusvalía de MSDIA, tanto dentro como fuera de Ecuador. MSDIA todavía no ha intentado poner una suma específica en esta categoría de pérdidas, lo cual sin duda aumentará si se ejecuta la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 en contra de los activos de MSDIA en Ecuador.

150. *Cuarto*, MSDIA tiene derecho a recuperar de Ecuador los intereses previos y posteriores al laudo sobre todas las sumas pagaderas. El monto de los intereses todavía no se cuantificó.

¹⁸⁴ Ver el Memorial de MSDIA, en pár. 412-413; Réplica de MSDIA, en pár. 783-791.

151. *Finalmente*, MSDIA tiene derecho a un laudo que ordene que Ecuador está obligado a asegurar, por los medios que escoja, que no ocurran procedimientos o acciones dirigidas a la ejecución de sentencias en el pleito *NIFA c. MSDIA*, tanto dentro como fuera de Ecuador, hasta que Ecuador haya satisfecho la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 (después de lo cual, lógicamente, no será necesario ningún procedimiento de ejecución).

E. En vista de las circunstancias fácticas diferentes y del paso del tiempo, MSDIA solicita que el Tribunal establezca un trámite para los procedimientos adicionales sobre cuantía

152. Aunque las medidas provisionales de protección del Tribunal lograron mantener el status quo por el momento, MSDIA sigue estando en una situación precaria en Ecuador. Es sumamente probable que NIFA impugne la decisión de la corte de primera instancia de suspender los procedimientos de ejecución y esa decisión podría al final terminar ante la misma Corte Constitucional que repetidas veces dictó resoluciones sumamente favorables para NIFA.

153. MSDIA, por lo tanto, respetuosamente solicita que el Tribunal dicte un Laudo Parcial Final tan pronto como sea razonablemente posible, en el cual se aborde la jurisdicción y la responsabilidad, y se ordene que Ecuador pague la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 por USD 41,9 millones, pero que deje todas las demás cuestiones para otra fase del arbitraje.¹⁸⁵ MSDIA aleta que es adecuado que el Laudo Parcial Final del Tribunal aborde no solo si Ecuador violó el Derecho Internacional, sino que, si determina que Ecuador denegó la justicia a MSDIA, también ordene a Ecuador que rectifique esa violación (en parte) pagando la sentencia, y con ello ponga fin al pleito *NIFA c. MSDIA*.

154. Después del Laudo Parcial Final, el Tribunal puede establecer otros procedimientos para actualizar y establecer la cuantía de otras categorías de reclamación de MSDIA. Diferir esas cuestiones a una etapa posterior de los procedimientos aseguraría que las partes tengan suficiente tiempo para presentar y evaluar las pruebas pertinentes sin demorar el laudo del Tribunal sobre responsabilidad.

155. Además, si se ordenase que Ecuador pague la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 y así lo hiciera Ecuador, el Tribunal y las partes sabrían entonces si la corte de primera instancia permitió la compensación de montos previamente pagados por MSDIA y si existirán procedimientos de ejecución en contra de los activos de MSDIA en Ecuador. Proceder de esta manera aportaría información importante para orientar el laudo del Tribunal sobre cuantía (por ejemplo, estableciendo si la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 por USD 41,9 millones incluye los USD 7,7 millones ya pagados a NIFA por MSDIA), o es adicional a dicho monto. También posiblemente evitaría la necesidad de pruebas respecto del valor de la empresa de

¹⁸⁵ La posibilidad de llevar a cabo procedimientos separados sobre cuantía se planteó previamente durante la conferencia previa a la audiencia y nuevamente durante la audiencia oral. *Ver* la , en 186:13-187:1.

MSDIA en Ecuador como empresa en marcha (lo cual no sería necesario si la empresa no es destruida porque la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 se pagó por completo).

VII. PETITORIO DE REPARACIÓN

156. Como se expuso en escritos previos de MSDIA, y por los motivos descritos más arriba, MSDIA respetuosamente solicita que el Tribunal dicte un Laudo Parcial Final:

- a. Que declare que los actos de las cortes de Ecuador relacionados con el pleito *NIFA c. MSDIA* incumplieron las obligaciones de Ecuador en virtud del TBI EE.UU.-Ecuador;
- b. Ordenen que Ecuador, escogiendo entre las opciones que siguen, cumpla con una de estas en un plazo de 30 días desde que se pronuncie el Laudo:
 - i. Pagar a MSDIA el monto de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 en el pleito *NIFA c. MSDIA*, por USD 41.966.571,60; o
 - ii. Pagar el monto de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 en el pleito *NIFA c. MSDIA* directamente a NIFA o en una cuenta de garantía para que se pague a NIFA.
- c. Ordenar a Ecuador que asegure, por los medios que escoja, que no tengan lugar procedimientos o acciones dirigidas a la ejecución de sentencias en el pleito *NIFA c. MSDIA*, tanto dentro como fuera de Ecuador, antes de que Ecuador cumpla con sus obligaciones según el punto (b) anterior.

157. MSDIA además solicita que el Tribunal establezca separadamente un procedimiento para determinar la cuantía de las otras categorías de reclamaciones de MSDIA, y que dicte un Laudo Final posterior como se indica a continuación:

- a. Que ordene que Ecuador pague a MSDIA los montos que MSDIA pagó para cumplir con las sentencias en el pleito *NIFA c. MSDIA* por USD 7.723.471,81, en la medida que esos montos no haya sido totalmente compensados a MSDIA mediante el pago del monto indicado en el párrafo (b) anterior;
- b. Que ordene que Ecuador pague los daños y perjuicios resultantes de la ejecución de la Sentencia de la CNJ de agosto 2016 en contra de MSDIA, lo cual incluye el valor de activos pagados, confiscados, renunciados o

abandonados en conexión con la ejecución de la sentencia de NIFA y otros daños y perjuicios ocasionados a la empresa de la Demandante tanto dentro como fuera de Ecuador, incluido el lucro cesante.

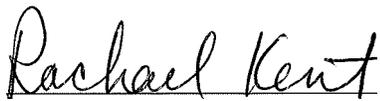
c. Que ordene que Ecuador pague a MSDIA el monto de honorarios de abogados incurridos por MSDIA para defenderse en el pleito *NIFA c. MSDIA*, cuantificado provisionalmente en USD 6.895.988,66;

d. Que ordene que Ecuador pague intereses previos y posteriores al laudo por todas las sumas pagaderas;

e. Que ordene la otra reparación y reparación adicional que sea justa y necesaria, incluido sin limitación, daños y perjuicios morales para compensar a MSDIA por el perjuicio no pecuniario sufridos a raíz de los incumplimientos de Ecuador; y

f. Que ordene que Ecuador pague las costas del arbitraje de MSDIA, incluida su parte de las costas del arbitraje y sus honorarios de abogado y costas.

Presentado respetuosamente,



Gary B. Born

Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP

49 Park Lane

London W1K 1PS

United Kingdom

Tel: +44 20 7872 1000

Fax: +44 20 7839 3537

David W. Ogden

Rachael D. Kent Charles

S. Beene

Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP

1875 Pennsylvania Avenue, NW

Washington, DC 20006

USA

Tel: +1 202 663 6000

Fax: +1 202 663 6363

Fechado: 26 de septiembre de 2016