

VÍA CORREO ELECTRÓNICO

Sir Franklin Berman KCMG QC
Essex Court Chambers
24 Lincoln's Inn Fields
Londres WC2A 3EG
Reino Unido

David W.Ogden
+1 202 663 6440 (teléfono)
+1 202 663 6363 (fax)
david.ogden@wilmerhale.com

Juez Stephen Schwebel
399 Park Avenue, Suite 3432
Nueva York, N.Y. 10022
Estados Unidos de América

Juez Bruno Simma
Parsbergerstrasse 5a
D-81249 Munich
Alemania

Re: ***MERCK SHARP & DOHME (I.A.) CORP. (EEUU) c. LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR (CASO CPA NO. 2012-10)***

Estimados Señores:

Escribimos en respuesta al oficio de Ecuador con fecha 18 de febrero de 2016.

Tal como explicamos en nuestro oficio del 5 de febrero, el 20 de enero de 2016, la Corte Constitucional de Ecuador revocó la sentencia de noviembre emitida por la Corte Nacional de Justicia (“CNJ”) y devolvió el caso a la CNJ para una nueva (la tercera) decisión "final". Sin embargo, la Corte Constitucional fue más lejos: realizó impropias conclusiones sobre los hechos respecto del fondo del caso obligando efectivamente a la CNJ en esta tercera reiteración a emitir una sentencia a favor de la demandante Prophar en una cantidad al menos igual a los \$150 millones de dólares de la sentencia de la Corte de Apelaciones emitida en 2011. La decisión de la Corte Constitucional ya ha sido devuelta a la CNJ y por consiguiente, la enorme sentencia final puede emitirse en cualquier momento. La emisión de dicha sentencia estará seguida por supuesto por una pronta ejecución, conllevando inmediatamente a la destrucción del negocio farmacéutico de larga data de MSDIA en Ecuador. Por lo tanto, a falta de intervención por parte de este Tribunal, los negocios de MSDIA en Ecuador se enfrentan a una destrucción inminente como resultado de las reiteradas violaciones de sus obligaciones del Tratado.

En su oficio del 18 de febrero, Ecuador y su experto, el Dr. Guerrero del Pozo, argumentan que la decisión de la Corte Constitucional no obliga a los jueces de la CNJ a decidir si procede o no. El sencillo lenguaje de la decisión de la Corte Constitucional demuestra que esas afirmaciones son erróneas. Los términos clave de la decisión de la Corte Constitucional expresamente ordenan a la CNJ respaldar las conclusiones fácticas que requieren una enorme - y manifiestamente injusta – compensación en favor de Prophar.

En correspondencia con el oficio del Sr. Doe con fecha 21 de febrero, limitaremos nuestra discusión aquí a demostrar la urgencia de la aplicación de MSDIA y a explicar los términos y consecuencias de la sentencia de la Corte Constitucional: "el rango y el alcance de las facultades ahora abiertas en el proceso entre Prophar y MSDIA". MSDIA solo aborda de pasada las muchas otras cuestiones planteadas en el oficio de Ecuador del 18 de febrero. Estas cuestiones, incluyendo el daño irreparable, los demás elementos que deben considerarse en una solicitud de medidas provisionales, han sido ampliamente informadas por las partes en el contexto de la petición de medidas provisionales de 2012 realizada por MSDIA, información que sigue siendo muy relevante hoy en día.¹ Con base en dichos escritos y en el intercambio de oficios e informes periciales sobre la presente solicitud en 2016, respetuosamente remitimos que MSDIA ha cumplido con creces su responsabilidad sobre las medidas provisionales.

Por lo tanto, instamos al Tribunal a que conceda la petición realizada por MSDIA y proteja sus negocios de la destrucción y que considere el fondo de las demandas de MSDIA.

I. La Petición de MSDIA es urgente

Ecuador no - de hecho no puede - debate la clara realidad de que la CNJ ahora tiene el poder de decidir sobre el caso en cualquier momento, y que la ejecución casi seguramente vendrá rápidamente después de la emisión de la decisión de la CNJ. El hecho de que la CNJ ahora tiene el poder de actuar en cualquier momento por su cuenta demuestra la urgencia de la situación. A MSDIA no se le puede dejar simplemente que espere a que la CNJ tenga tiempo suficiente para que este Tribunal resuelva sobre el fondo final. Ni - si la CNJ esperaría en algún caso, - se perjudicaría a Ecuador en materia práctica mediante la entrada en vigor de Medidas Provisionales; dichas medidas no restringirían, en ese caso, a Ecuador de alguna manera. Tales medidas sólo tendrán impacto en caso de que la CNJ actúe antes, en cuyo caso (la ausencia de medidas provisionales) MSDIA sufrirá un daño irreparable.

Tal como explica el profesor Oyarte, en una declaración de expertos adjunta, la CNJ puede resolver casos rápidamente,² y ya hay indicios de que podría resolver el litigio entre *PROPHAR c. MSDIA* dentro de un mes o seis semanas, a partir del 29 de enero, cuando la CNJ reciba el expediente del caso.³ En particular, la decisión de la Corte Constitucional de enviar de vuelta el expediente y su decisión a la CNJ el mismo día en el que se entregó la decisión sobre las partes -una medida muy inusual que ignoró el derecho de las partes

¹ Entre otras cosas, Ecuador ahora argumenta, como lo hizo en 2012, que no hay amenaza de daño irreparable porque MSDIA tiene los medios financieros para pagar la sentencia de \$150 millones de dólares. En relación con su petición de 2012 sobre medidas provisionales, MSDIA estableció que la ejecución de una sentencia de \$150 millones de dólares causaría la destrucción de sus negocios en Ecuador, que dicha destrucción constituye un daño irreparable, que el derecho internacional no obliga a un inversionista a elegir entre la destrucción de su inversión y el pago de montos que exceden con mucho el valor de dicha inversión, y que los tribunales sobre tratados de inversión han dictado repetidamente medidas provisionales para proteger a los inversionistas de tener que tomar la decisión de Hobson. *Ver* la Réplica de MSDIA sobre medidas provisionales, 5 de agosto de 2012, p. 29-49.

² Tercer informe pericial de Oyarte, 23 de febrero de 2016, párrafo 29.

³ *Id.*; Oficio de MSDIA al Tribunal, 17 de febrero de 2016, y orden de la Corte Constitucional adjunta.

a presentar mociones ordinarias después de la sentencia- sugiere que los esfuerzos para acelerar el proceso (tal vez para avanzar más rápidamente que en este proceso de arbitraje) pueden llevarse a cabo. Como explica el profesor Oyarte, la práctica típica de la Corte Constitucional no es devolver el expediente a la corte de origen hasta que expiren los tres días de plazo en el que las partes deben presentar peticiones de aclaración o ampliación y la resolución de la Corte de tales mociones.⁴ De acuerdo con la experiencia del profesor Oyarte, la acción precipitada de la Corte Constitucional aquí no tiene precedentes e indica que el caso puede avanzar rápidamente.⁵

Además, como se explica más adelante, la decisión de la Corte Constitucional, según sus propios términos, intenta dejar a la CNJ muy poco para decidir, aumentando aún más la probabilidad de una decisión rápida. Con ningún impedimento legal para la emisión de la sentencia, el riesgo de que se emita pronto es claramente sustancial.

No hay una contestación para argumentar, tal como lo hace Ecuador, que en las dos ocasiones anteriores en las que la CNJ ha emitido decisiones “finales” en el caso PROPHAR c. MSDIA, lo hiciera algunos meses después de recibir el caso.⁶ Ecuador no puede negar que la CNJ tiene el poder de regular y que no hay manera de predecir el momento de una decisión de parte de la CNJ con algún grado de certeza. Y las anteriores garantías de largos retrasos por parte de la CNJ -que hizo, como lo hace aquí, para asegurar al Tribunal de que no hay necesidad urgente de medidas provisionales- han resultado seriamente erróneas. El 4 de septiembre de 2012, en la audiencia de medidas provisionales de este Tribunal en La Haya, Ecuador alegó que no había urgencia porque la decisión pendiente de la primera decisión de parte de la CNJ no se emitiría hasta "diciembre de 2012, fecha que sería [la] más pronta posible",⁷ y que la CNJ "probablemente tomaría... 270 días hábiles [a partir del 30 de mayo de 2013] para decidir," previendo así una decisión de la CNJ a más tardar en junio de 2013.⁸ A pesar de las garantías de Ecuador a este Tribunal, la CNJ emitió su decisión en menos de tres semanas después, el 21 de septiembre de 2012.⁹

Existe claramente un riesgo sustancial de que la CNJ actúe pronto a pesar de las garantías de Ecuador. No puede haber ninguna justificación para dejar en riesgo los negocios de MSDIA en base a la especulación de Ecuador. Y, como ya se ha dicho anteriormente, en el improbable caso de que la CNJ espere el tiempo suficiente para que este Tribunal resuelva el fondo, Ecuador no se verá perjudicado de ninguna manera.

⁴ Tercer informe pericial de Oyarte, 23 de febrero de 2016, párrafo 27.

⁵ *Id.* en los párrafos 28-29.

⁶ Oficio de Ecuador al Tribunal, 18 de febrero de 2016, p. 3-4.

⁷ Transcripción de la Audiencia sobre Medidas Provisionales, 4 de septiembre de 2012, en 176: 12-15.

⁸ *Id.* en 177: 1-5. Según el experto en el que Ecuador confió para realizar este cálculo, el plazo de 270 días laborables para una decisión se inició cuando los jueces de la CNJ tomaron formalmente la jurisdicción del caso, que fue el 30 de mayo de 2012. *Ver* Segundo Dictamen de Luis Alberto Moscoso Serrano, 17 de agosto de 2012, párrafo 12 y Anexo A. Sin contar los días festivos, 270 días hábiles después del 30 de mayo de 2012 cae en junio de 2013.

⁹ *Ver*, Prueba documental C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, 21 de septiembre de 2012.

II. **La Decisión de la Corte Constitucional a primera vista priva a la CNJ del poder de *No* emitir una compensación enorme e injustificable en favor del Prophar**

Las partes y los expertos en este arbitraje coinciden, en palabras del experto ecuatoriano, el Dr. Guerrero del Pozo, en que según la ley ecuatoriana a la Corte Constitucional "no se le permite dada la naturaleza de [una] acción de protección extraordinaria" indicar "cómo los jueces de la [CNJ] deben decidir en el caso".¹⁰ Así, por ejemplo, refiriéndose a la inusual conclusión del Informe Cabrera de que Prophar había sufrido daños por \$204 millones de dólares y que el "pueblo ecuatoriano" sufrió daños por \$642 millones de dólares - todo como resultado improbable de la incapacidad de Prophar de comprar la pequeña y arruinada planta de manufactura de MSDIA por \$1,5 millones de dólares - los abogados de Ecuador declararon en la audiencia sobre el fondo llevada a cabo en marzo de 2015 en Londres que la Corte Constitucional no "ordena [] a la CNJ ignorar o no ignorar el informe del señor Cabrera de ninguna manera sin exceder su autoridad bajo la Constitución de Ecuador."¹¹

Partiendo de esta premisa, Ecuador y el Dr. Guerrero del Pozo sostienen que "claramente no hay nada en la decisión de la Corte Constitucional que inhibe el poder de la CNJ de rechazar las conclusiones y cálculos de daños de la decisión de la Corte de Apelaciones."¹² Esas aseveraciones son obviamente incorrectas. En directa contravención de la ley ecuatoriana, la Corte Constitucional el presente dictamen ha obligado efectivamente a la CNJ a otorgar una gran compensación en favor de Prophar Prohibiéndole considerar las pruebas de manera independiente y exigiéndole que acepte el Informe de Cabrera.

En primer lugar, la Corte Constitucional sostiene inequívocamente que la CNJ no puede evaluar de forma independiente las pruebas para decidir el caso, y que más bien debe aceptar las conclusiones fácticas sesgadas por parte de la Corte de las apelaciones:

"[Esta] Corte debe señalar que... la capacidad de evaluar las pruebas es una competencia exclusiva de los jueces de instancia, no de los jueces nacionales, porque, si así fuera, atentarían contra el principio de independencia interna. ... Si la apelante de casación solicita la revisión de las pruebas, se prohíbe a los jueces nacionales emprender dicha tarea..."¹³

En segundo lugar, en un extenso debate, la Corte Constitucional ordena a la CNJ que acepte el Informe de Cabrera como base para los daños y declara que no hay evidencia en el expediente que le contradiga. Esta afirma que:

¹⁰ Informe Pericial de Guerrero del Pozo, 18 de febrero de 2015, párrafo 94.

¹¹ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 2, 17 de marzo de 2015, en 191: 7 -II.

¹² Oficio de Ecuador al Tribunal, 18 de febrero de 2016, p. 7. El Ecuador ha defendido previamente la sentencia la CNJ de noviembre de 2014 como una decisión "plenamente razonada" que "no puede ser impugnada como irracional" y que "desecha cualquier cuestión de error o mala aplicación de la ley debajo." Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 2, 17 de marzo de 2015, en 20:10-13. Sorpresivamente, Ecuador ahora defiende la conclusión de la Corte Constitucional del 20 de enero de que la decisión de la CNJ era "ilógica" e "incompleta". Oficio de Ecuador al Tribunal, 18 de febrero de 2016, en pp.4-5.

¹³ Decisión de la Corte Constitucional, 20 de enero de 2016, p.13.

*"El informe de [Cabrera] hace una determinación sobre las pérdidas sufridas por la demandante sobre la base de datos reales y datos que proyectan un crecimiento de ventas de más de quince años; es decir, hasta el año 2018. Sin dar una explicación clara y adecuada en la sentencia apelada, los jueces de la [CNJ] [en su resolución anterior] no aplican el estatuto que exige que la indemnización sea adecuada a los daños; es decir, del total de la víctima. Es extraño lo arbitrario que es el razonamiento de los jueces nacionales, dado que en su determinación del monto de la indemnización se le ordena a [la demandada] pagar, pero sólo consideran el año 2003 y no tienen en cuenta los daños sufridos por la demandada [sic] en los años posteriores al 2003."*¹⁴

Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la indemnización por daños y perjuicios de la CNJ era insuficiente para cubrir la totalidad de Prophar y que era "arbitrario" que la CNJ "ignorara los daños sufridos por [Prophar] en los años posteriores a 2003."¹⁵ La Corte Constitucional no menciona que Prophar *puede* haber sufrido daños adicionales después de 2003, y deja esa determinación a la CNJ; dice claramente que Prophar *sufrió* daños adicionales, hallazgos que privan a la CNJ del poder de concluir lo contrario. En apoyo, la Corte Constitucional cita, aprobándolo, el informe Cabrera, el cual constituye la única evidencia de daños y perjuicios que la Corte Constitucional reconoce en su decisión.

La Corte Constitucional reitera una y otra vez su conclusión de que Prophar sufrió daños mayores que los concedidos por la CNJ. Por lo tanto, la Corte Constitucional afirma que la sentencia de la CNJ "evalúa únicamente los daños sufridos por la empresa Prophar S.A., durante el año 2003 y no considera la valoración de los daños que la empresa debe haber sobrellevado en años posteriores."¹⁶ La Corte Constitucional halla entonces que la CNJ ignoró "los elementos presentes en el expediente que debieron haberse tenido en cuenta" y que "estos elementos señalan que los efectos dañinos del acto ilícito continuaron a lo largo de los años subsiguientes."¹⁷

A continuación, la Corte Constitucional sostiene que no hay evidencia de lo contrario, excluyendo cualquier posibilidad de que las absurdas conclusiones en el Informe de Cabrera puedan ser anuladas. Por lo tanto, la Corte Constitucional sostiene que "no hay ningún elemento en el proceso que impugne el hecho de que [Prophar] haya sufrido efectos en el tiempo como resultado del delito cometido por [MSDIA]"¹⁸ y en otras partes afirma que la decisión de la CNJ al respecto de limitar los daños de Prophar al 2003 "carece de apoyo fáctico suficiente".¹⁹

¹⁴ Decisión de la Corte Constitucional, 20 de enero de 2016, p.16.

¹⁵ *Id.* en 15.

¹⁶ *Id.* en 16.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*

En tercer lugar, la Corte Constitucional castiga repetidamente al anterior jurado de la CNJ por no haber adoptado las conclusiones sobre los daños presentadas por la Corte de Apelaciones, que influyeron en la indefendible compensación de \$150 millones de dólares. La Corte de Apelaciones se basó exclusivamente en Cabrera.²⁰ La Corte Constitucional aclara que esas conclusiones de la Corte de Apelaciones deben ser ratificadas, afirmando que la nueva sentencia de la CNJ debe "**basarse en el fundamento de los hechos establecido en la decisión [de la Corte de Apelaciones derogada.]**"²¹

Por lo tanto, la Corte Constitucional sostiene que hay pruebas de que Prophar sufrió daños durante un período de 15 años y no hay ninguna evidencia de lo contrario. Ha ordenado a la CNJ que se aplace a las conclusiones de la Corte de Apelaciones, las cuales se basaron exclusivamente en Cabrera e impuso daños por \$150 millones de dólares.²² Por lo tanto, es evidente que la Corte Constitucional ha ordenado a la CNJ conceder daños con base en el informe Cabrera en al menos la cantidad concedida por la Corte de Apelaciones.²³

Por último, la Corte Constitucional cimenta su directriz para un resultado en favor de Prophar invocando la amenaza de sanción de los jueces de la CNJ por incumplimiento de su decisión. Ecuador sugiere que la referencia de la Corte Constitucional sobre las sanciones por incumplimiento sea una cuestión de poca importancia.²⁴ Éste claramente no es el caso.

En su disposición, la Corte Constitucional ordena a la CNJ que emita sus nuevas decisiones "de acuerdo con... [una] aplicación integral de dicha decisión Constitucional; es decir, considerando la decisión o la resolución, así como los argumentos centrales que constituyeron la base de la decisión y constituyen la razón fundamental, advirtiéndole que las disposiciones del artículo 86, número 4, de la Constitución de la República del Ecuador se aplicarán si ellos no lo hacen."²⁵

²⁰ Prueba documental C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, 23 de septiembre de 2011, en 14.

²¹ Decisión de la Corte Constitucional, 20 de enero de 2016, p.10.

²² Prueba documental C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, 23 de septiembre de 2011, en 14.

²³ La discusión sobre los daños por parte de la Corte Constitucional también demuestra que la Corte concluyó que MSDIA era responsable de los daños, caracterizando las acciones de MSDIA como "ilícitas" y constituyendo un "agravio". Decisión de la Corte Constitucional, 20 de enero de 2016, p. 16. Por otra parte, la Corte parece ordenar a la CNJ que confirme la teoría de la responsabilidad de libre competencia de la Corte de Apelaciones, sosteniendo que la decisión de la CNJ no justificó sus razones para rechazar la decisión de la corte de apelaciones responsabilizando a MSDIA según una teoría de libre competencia. *Id.* en pp. 14-15. Esto es claramente falso, ya que el segundo jurado de la CNJ observó correctamente que no había ninguna ley antimonopolios en Ecuador que pudiera aplicarse al caso. Prueba documental C-393, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, 10 de noviembre de 2014, p. 40. La conclusión de la Corte Constitucional de que la ausencia de una legislación sobre antimonopolios en Ecuador no era una base suficiente para rechazar la responsabilidad antimonopolista, lo que impulsa aún más a la CNJ a afirmar la decisión de la Corte de Apelaciones. En cualquier caso, la clara implicación es que la Corte Constitucional no sólo determinó que se produjeron daños sino que MSDIA actuó ilegalmente.

²⁴ Oficio de Ecuador al Tribunal, 18 de febrero de 2016, p. 6.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 20 de enero de 2016, p. 24. El artículo 86, apartado 4, establece en parte lo siguiente: "Si la sentencia o resolución no es cumplida por los servidores públicos, el juez

Como explica el profesor Oyarte, la Corte Constitucional ordenó a la CNJ que siguiera de manera exhaustiva las decisiones y el razonamiento de la Corte Constitucional.²⁶ Esto incluye necesariamente la consideración de que la CNJ no puede evaluar de forma independiente las pruebas documentales y sus constataciones fácticas de que MSDIA es responsable de los daños calculados de acuerdo con el informe pericial de Cabrera.²⁷

Por lo tanto, el impacto práctico de las directrices de la Corte Constitucional es claro y presagia la destrucción inmediata de los negocios de MSDIA en Ecuador. Como explicó MSDIA, contrariamente a lo que concluye la Corte Constitucional, el Informe de Cabrera es irracional y no está respaldado por evidencia o la lógica.²⁸ La CNJ en 2012 describió el cálculo de daños de Cabrera como "carente de toda proporción"²⁹ y en 2014 lo llamó "irracional e ilógico."³⁰ - Y el mismo Cabrera, según lo determinado por el Consejo de la Judicatura del Ecuador, está totalmente inhabilitado de opinar sobre los daños.³¹

La Corte Constitucional prohíbe ahora a la CNJ llegar a conclusiones similares, a pesar de su evidente precisión. Y contrariamente a lo que dicta la Corte Constitucional, el expediente de la Corte de Apelaciones estaba en realidad repleto de pruebas que contradecían las conclusiones de Cabrera, incluyendo la valoración actual de la fábrica por parte de las partes contratantes que asciende a \$1.5 millones de dólares³², la disponibilidad de numerosas otras fábricas adecuadas para acomodar los planes de expansión de Prophar,³³ la propia declaración de Prophar de que las negociaciones retrasaron sus planes de expansión por sólo un año,³⁴ la conclusión de Ignacio De León - el primer experto designado para evaluar los daños por la Corte de Apelaciones - de que

ordenará su despido de su empleo o empleo, sin detrimento de las responsabilidades civiles o penales que pudieran ser aplicables".

²⁶ Tercer informe pericial de Oyarte, 23 de febrero de 2016, en párrafos 14-15.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Ver por ejemplo*, Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, 16 de marzo de 2015, en 89:2-90:5; *Memorial de MSDIA en párrafos 106-109.*

²⁹ Prueba documental C-203, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, 21 de septiembre de 2012, en la sección 16.2.

³⁰ Prueba documental C-293, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, 10 de noviembre de 2014, en p. 79.

³¹ *Ver por ejemplo*, Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, 16 de marzo de 2015, en 86:1-92:14; *Memorial de MSDIA en párrafos 103-15; 111-117; Réplica de MSDIA en los párrafos 573-612.*

³² *Memorial de MSDIA en el párrafo 33.*

³³ *Ver por ejemplo*, *Memorial de MSDIA en párrafos 78, 101; Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, 16 de marzo de 2015, en 75:5-18.*

³⁴ Prueba documental C-10, Queja de NIFA, caso *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera instancia, 16 de diciembre de 2003 ("[MSDIA] causó que mi cliente sufriera un año de retrasos en la ampliación de su planta industrial o en la construcción o adquisición de una nueva."), *ver también* Prueba documental C-293, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, 10 de noviembre de 2014, en p. 34.

Prophar en realidad no sufrió ningún daño,³⁵ y las conclusiones bien respaldadas de tres expertos diferentes presentados por MSDIA para el mismo efecto.³⁶ Las anticuadas afirmaciones de la Corte Constitucional a primera vista prohíben a la CNJ esta tercera vez considerar alguna de esta evidencia y ordena la aceptación de la CNJ de las conclusiones obviamente irracionales de una persona no calificada -un ingeniero de entrenamiento- que está pretendiendo ser un experto en daños.

Además, la decisión de la Corte Constitucional de que la CNJ debe aceptar las conclusiones de la Corte de Apelaciones tiene un efecto devastador similar en MSDIA. La Corte de Apelaciones hizo sus constataciones probatorias, a las que la Corte Constitucional ha ordenado ahora una atención absoluta, *sin ninguna consideración de las pruebas presentadas por MSDIA en los procedimientos de segunda instancia*. Esto se debe a que la Corte de Apelaciones sin fundamento afirmó en su sentencia de \$150 millones de dólares emitida en 2011 que MSDIA había renunciado a recurrir a todas las pruebas que había presentado en el proceso de la Corte de Apelaciones, concluyendo que: "Para el expediente, la demandada en esta instancia renunció expresamente a las pruebas destinadas a disipar los motivos del veredicto en primera instancia."³⁷ Por lo tanto, la Corte de Apelaciones sólo consideró las pruebas presentadas por Prophar y no citó en ninguna parte de su sentencia a ninguna evidencia presentada por MSDIA.³⁸ Esto resultó en una distorsión y en un análisis unilateral del expediente de hechos que violó totalmente el debido proceso mínimo, el cual Ecuador permitió al negarse a defender la decisión de la Corte de Apelaciones. La Corte Constitucional ordena ahora a la CNJ que adopte esas mismas conclusiones fácticas absurdas y procesalmente viciadas.

Por lo tanto, la conclusión es muy clara: la Corte Constitucional ha ordenado que la CNJ ignore todas las pruebas contrarias a las conclusiones de Cabrera y de la Corte de Apelaciones, que adopte las conclusiones de Cabrera y que emita una sentencia por al menos el monto que la Corte de Apelaciones concede. Mientras que en sus adjudicaciones anteriores la CNJ ha rechazado reiteradamente el análisis de Cabrera y de la Corte de Apelaciones, denominándolo como irracional y demasiado excesivo (sólo para imponer sus propias decisiones irracionales con una menor cantidad a favor de Prophar), considerando la instrucción explícita de la Corte Constitucional y su amenaza explícita de que el incumplimiento de sus decisiones o de su razonamiento dará lugar al despido y / o enjuiciamiento, no parece existir ninguna razón para esperar una sentencia de parte de la CNJ que ignora estos mandatos.

³⁵ Prueba documental C-24, Informe de Ignacio de León, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, 12 de febrero de 2010, en 47-49; Réplica MSDIA en el párrafo 558 (c).

³⁶ Prueba documental C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, presentado a la Corte de Apelaciones, NIFA c. MSDIA, 15 de julio de 2011, en p.2; Prueba documental C-20, Informe de Rolf Stern, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, 4 de junio de 2009, en 1; Prueba documental C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, 4 de junio de 2009, en 3.

³⁷ Prueba documental C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *PROPHAR c. MSDIA*, con fecha 23 de septiembre de 2011, en 15-16; *ver en general* Memorial de MSDIA, en los párrafos 121-123; Réplica de MSDIA en los párrafos 641-650.

³⁸ Segundo Informe Pericial del Profesor Jaime Ortega, 7 de agosto de 2014, en los párrafos 49-51; Segunda Declaración Testimonial del Dr. Alejandro Ponce Martínez, 5 de agosto de 2014, en el párrafo 82.

³⁸ Memorial de contestación de Ecuador, en los párrafos 495-496.

El hecho de que la Corte Constitucional ignora la ley ecuatoriana y asume un poder que claramente excede su autoridad, lejos de proporcionar algún alivio de que sus órdenes pueden ser ignoradas y que el debido proceso va a prevalecer, demuestra en su lugar a cualquier observador objetivo -incluyendo a los jueces suplentes de la CNJ a quienes la Corte Constitucional ha encargado el caso- que este caso no se decidirá de conformidad con lo que rige la ley. La arbitrariedad de las sentencias de la Corte Constitucional es evidente a primera vista. La decisión de la Corte Constitucional de que la CNJ no puede cuestionar las conclusiones de la Corte de Apelaciones, por ejemplo, contradice directamente con su propia decisión previa sobre este mismo caso. En dicha decisión, la Corte Constitucional citó con aprobación una decisión de la Corte Suprema de Justicia (la corte antecesora de la CNJ) en la que se declara que una corte de casación puede evaluar de forma independiente las pruebas después de revocar una decisión:

"Hay muchos casos en los que se ha decidido que la corte de casación, actuando como una corte de primera instancia, esté autorizada para revisar el procedimiento integral y, basado en dicho análisis, concluye que los hechos expuestos en la resolución revocada no están en correspondencia con la realidad procesal (...) se procederá primero a establecer los hechos para incorporarlos luego según la regla correspondiente, y así emitir una resolución que sea consistente con la verdad procesal."³⁹

Esa fue su decisión anterior. Su actual sentencia contradice directamente esta disposición. Ecuador y sus expertos han reiterado en repetidas ocasiones la posición de la primera decisión de la Corte Constitucional al respecto.⁴⁰ El experto en casación de MSDIA está de acuerdo.⁴¹ Sin embargo, como se demostró anteriormente, la nueva decisión de la Corte Constitucional, sin explicación, se aparta totalmente de este principio, prohíbe a la corte de casación desempeñar su propio papel de averiguar sobre los hechos (en el proceso ignorando la amplia evidencia contraria en el expediente), y efectivamente dicta el resultado que desea.

El profesor Oyarte explica además que la amenaza de la Corte Constitucional de que el incumplimiento de su resolución -su decisión o su razonamiento- dará lugar a sanciones en virtud del Artículo 86 (4), es al menos muy inusual en este contexto.⁴² Como una

³⁹ Prueba documental C-285, Decisión de la Corte Constitucional, 12 de marzo de 2012, en la p.19 (se añadió énfasis).

⁴⁰ Ver Dúplica de Ecuador en el párrafo 474 (señalando que la Corte Constitucional "determinó específicamente que la CNJ actuó como una Corte de primera instancia después de su casación de la sentencia de la Corte de Apelaciones"), en el párrafo 494 (explicando que "una vez que la CNJ determinó que la decisión de la Corte de Apelaciones del 23 de septiembre de 2011 debe ir a casación [se le permitió a] hacerlo de la misma manera que una Corte de Primera instancia ... esa segunda fase se rige por el Artículo 16 de la Ley de Casación, e incluye el análisis independiente de la CNJ respecto de las pruebas de los procedimientos de las cortes inferiores"); Segundo Dictamen de Aguirre, 16 de febrero de 2015, en el párrafo 4. 9. (explicando que "una vez que se sostiene la casación (como ocurrió en ambas decisiones de la CNJ en el caso de *Prophar c. MSDIA*), la CNJ pasó a convertirse en una "Corte de Primera Instancia" y a tomar una decisión con base en los motivos de la queja de Prophar y la defensa de MERCK, así como en la evidencia presentada, de la misma manera en que sería manejada por cualquier Corte de Primera instancia").

⁴¹ Informe Pericial de Carlos Humberto Páez Fuentes, 1 de octubre de 2013, en los párrafos 19-20.

⁴² Tercer Informe Pericial de Oyarte, 23 de febrero de 2016, en los párrafos 21-26.

cuestión legal, la Corte Constitucional puede imponer una sanción en virtud del artículo 86 (4) sólo *después* de que haya constatado que un funcionario público ha violado una decisión de la Corte Constitucional y, por lo general, se realiza dicha conclusión en el contexto de una decisión de una acción de incumplimiento. En este caso, no ha existido acción por incumplimiento; de hecho, los jueces a los que la Corte Constitucional dirige su advertencia ni siquiera dictaron la sentencia de la CNJ de noviembre de 2014. Como explica el profesor Oyarte, en este contexto la advertencia sólo puede ser vista como una amenaza.⁴³

Además, aunque los magistrados suplentes hayan emitido la decisión anterior, es absurda la sugerencia de que la sentencia de noviembre de 2014 violó de alguna manera la decisión anterior de la Corte Constitucional. Tal como explicó Ecuador, el único motivo sobre el que se fundamentó la decisión anterior de la Corte Constitucional fue "que los jueces de la CNJ habían actuado 'indebidamente' admitiendo y considerando... un Memorándum emitido por el Consejo de la Judicatura de Ecuador... mediante el cual ... el Consejo suspendió la acreditación del Sr. Cristian Cabrera como experto en daños."⁴⁴ Y por supuesto, la CNJ en respuesta cumplió con esta demanda y decidió el caso, en la segunda resolución de la CNJ, sin tener en cuenta ese Memorándum o el hecho de que Cabrera hubiera sido juzgado sin reservas, por el propio Consejo de la Judicatura del Ecuador, para emitir la opinión pericial en cuestión.

No obstante, la Corte Constitucional acusa repetidamente y sin fundamento al segundo Jurado de la CNJ de haber incumplido su primera decisión. Entre otras cosas, la Corte Constitucional afirma ahora que la evaluación independiente realizada por la CNJ sobre el expediente probatorio constituyó un incumplimiento de su primera decisión,⁴⁵ a pesar de que, como se explicó anteriormente, la primera decisión de la Corte Constitucional reconoció la autoridad de la CNJ para hacer conclusiones probatorias independientes. Del mismo modo, la Corte Constitucional afirma ahora que la decisión de la CNJ de limitar su indemnización por daños y perjuicios al daño supuestamente sufrido por Prophar en 2003 no cumplió con la primera decisión de la Corte Constitucional, a pesar de que su primera decisión no hizo referencia alguna a este asunto y dejó la revisión del expediente y la determinación de los hechos a la CNJ.⁴⁶

Por lo tanto, la Corte Constitucional simplemente ha fabricado estos y otros casos de incumplimiento, otro inconfundible mensaje de que el poder puro y duro así como las resoluciones arbitrarias, no el imperio de la ley, debe regir este asunto en respuesta. Junto con la amenaza de despido o de enjuiciamiento según el artículo 86 (4) respecto de no seguir la "decisión", los "argumentos centrales" y la "justificación" de la Corte

⁴³ *Id.* en el párrafo 26.

⁴⁴ Memorial de contestación de Ecuador en el párrafo 448. Tal como MSDIA ha establecido en este arbitraje, esa decisión carecía de una base racional y prohibía absurdamente a la CNJ reconocer que el experto en quien la Corte de Apelaciones había confiado para la concesión de \$150 millones de dólares a Prophar –el Sr. Cabrera, cuyo análisis se le ordena adoptar a la CNJ por parte de la Corte Constitucional– no estaba calificado para ser un perito en daños. Transcripción de la Audiencia sobre el fondo, Día 1, 16 de marzo de 2015, en 119: 25-124: 9.

⁴⁵ Decisión de la Corte Constitucional, 20 de enero de 2016, p.13.

⁴⁶ *Id.* en p.16-17.

Constitucional,⁴⁷ el propósito evidente de estas conclusiones falsas de incumplimiento pasado por parte de la CNJ es velar que los magistrados suplentes sigan las directrices de la Corte Constitucional en su totalidad, por mucho que puedan exceder la autoridad de la Corte Constitucional o no estar apoyados por la evidencia o la ley.

III. Conclusión

Por las razones anteriormente expuestas, MSDIA solicita respetuosamente que el Tribunal conceda la petición de MSDIA y emita medidas provisionales de protección ordenando a Ecuador -incluyendo específicamente a sus cortes, a su función ejecutiva y a su Policía Nacional- tomar todas las medidas que estén dentro de su poder para impedir la ejecución de alguna sentencia en contra de MSDIA en el caso de *PROPHAR c. MSDIA*, tanto dentro como fuera de Ecuador.

En consistencia con el oficio de MSDIA del 5 de febrero, MSDIA se reserva el derecho de presentar argumentos sobre la forma en que la decisión de la Corte Constitucional del 20 de enero de 2016 afecta al fondo de su reclamación y reitera su petición de que el Tribunal establezca un calendario para ese propósito en el momento oportuno.

Hemos contactado a los abogados de Ecuador con respecto a las posibles fechas de audiencia para la aplicación de medidas provisionales. Los abogados de Ecuador se han negado a discutir sobre el asunto hasta ver este escrito, ofreciéndose a discutir sobre el tema después de presentar este oficio pero antes de que presenten su respuesta el día jueves. MSDIA ha acordado discutir sobre el asunto con los abogados de Ecuador el miércoles, y recurrirá posteriormente al Tribunal sobre el asunto tan pronto como se celebre dicha conferencia.

Atentamente,

[Firma Legible]

David W. Ogden

Documentos adjuntos

cc. Sr. Martin Doe
Sra. Amal Clooney
Sr. Mark Clodfelter
Sra. Janis Brennan
Sra. Diana Tsutieva
Sr. Ronald Goodman
Sr. Alberto Wray
Sr. Constantinos Salonidis
Dr. Diego Garcia Carrion
Dra. Blanca Gómez de la Torre
Dra. Christel Gaibor
Ab. Diana Teran

⁴⁷ Decisión de la Corte Constitucional, 20 de enero de 2016, p.24.