

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE AD HOC
BAJO LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI
CASO PCA NO. 2012-10**

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

Demandante

contra

LA REPÚBLICA DE ECUADOR

Demandado

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DEL DEMANDANTE

8 de agosto de 2014

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	LOS ARGUMENTOS JURISDICCIONALES DE ECUADOR CARECEN DE FUNDAMENTO	8
A.	Los argumentos de agotamiento de recursos esgrimidos por Ecuador no son jurisdiccionales	10
1.	El agotamiento de los recursos de reparación locales no es un requisito jurisdiccional en virtud del TBI, sino que es más bien un elemento de los fundamentos de una reclamación por denegación de justicia.....	10
2.	El agotamiento de los recursos de reparación locales es independiente de la existencia de una "disputa de inversión"	12
3.	La reclamación de MSDIA por denegación de justicia no constituye un abuso del proceso	15
4.	El Agotamiento de los recursos de reparación locales es irrelevante para la admisibilidad o "madurez" de una demanda por denegación de justicia...18	
B.	Esta disputa se refiere a una "inversión" en el sentido del TBI Ecuador - EE.UU.21	
1.	La sucursal de MSDIA en Ecuador es en sí misma una inversión protegida23	
2.	Los activos utilizados en las operaciones comerciales en marcha de la sucursal ecuatoriana de MSDIA son inversiones protegidas	34
3.	La planta Valle de los Chillos de MSDIA es una inversión, cuya venta está amparada por el Tratado	38
C.	El consentimiento de MSDIA al arbitraje de la CNUDMI creó un acuerdo de arbitraje válido según el cual este tribunal tiene jurisdicción	43
1.	Ecuador consintió en arbitrar las disputas con inversionistas de EE.UU. .45	
2.	El artículo VI(3) no exige una elección exclusiva e irrevocable del foro de arbitraje	47
3.	Aun si el Tratado exigiera un consentimiento exclusivo e irrevocable (que está denegado), el consentimiento de MSDIA al arbitraje CNUDMI todavía sería válido	66
III.	MSDIA HA SUFRIDO UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA.....	73
A.	Ecuador tergiversa la norma aplicable por concluir una denegación de justicia ...75	
1.	Las demandas por denegación de justicia no requieren demostrar procedimientos fundamentalmente injustos ni una decisión escandalosamente errónea.....	76
2.	La demanda de MSDIA por denegación de justicia no está sujeta a un estándar de prueba "claro y convincente"	78

3.	La evidencia circunstancial de corrupción, incluyendo evidencia de corrupción sistemática en Ecuador, es relevante en la demanda de MSDIA por denegación de justicia.....	80
B.	La sentencia de la CNJ que hace responsable a MSDIA de competencia desleal constituyó una denegación de justicia.....	82
1.	MSDIA no fue notificado y no tuvo oportunidad de ser escuchado con relación a la responsabilidad por competencia desleal	83
2.	La decisión de la CNJ no consideró ninguna de las pruebas presentadas por MSDIA y perpetuó otras violaciones procesales graves cometidas por los tribunales inferiores.....	102
3.	MSDIA nunca ha aceptado la decisión de la CNJ por responsabilidad o rechazado cualquier objeción al oponerse a la apelación de NIFA ante la Corte Constitucional	106
4.	La decisión de la CNJ fue una sentencia definitiva del poder judicial de Ecuador	109
5.	La decisión de la Corte Constitucional fue manifiestamente irracional y expone a MSDIA a daños adicionales.	128
C.	La sentencia de 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones es una denegación de justicia.	133
1.	La sentencia del tribunal de apelaciones fue manifiestamente irracional.	135
2.	Los procedimientos del tribunal de primera instancia violaron el derecho al debido proceso de MSDIA.....	145
3.	Ecuador no niega que los jueces del tribunal inferior y el demandante ecuatoriano tengan una historia de comportamiento corrupto	177
D.	Existe evidencia extendida de corrupción sistemática en el sistema judicial de Ecuador	180
E.	No hay vías restantes por las cuales MSDIA pueda buscar una compensación efectiva en las cortes de Ecuador	193
IV.	ECUADOR HA INCUMPLIDO SU OBLIGACIÓN BAJO EL ARTÍCULO II(7) DE OFRECER MEDIOS EFECTIVOS DE HACER VALER ALEGATOS Y DE HACER CUMPLIR DERECHOS.....	195
A.	El significado ordinario del Artículo II(7)	196
1.	Significado puro del texto del Artículo II(7)	197
2.	Objeto y propósito del Artículo II(7)	200
B.	Ecuador ha violado el Artículo II(7).....	206
V.	MSDIA TIENE DERECHO A UNA COMPENSACIÓN DE LOS HONORARIOS Y LOS COSTOS LEGALES QUE HA ASUMIDO EN CONEXIÓN CON SU DEFENSA DEL CASO NIFA CONTRA MSDIA.....	207

VI.	SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN	212
------------	---	------------

I. INTRODUCCIÓN

1. El demandante, Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (“MSDIA”), presenta este memorial de contestación en respuesta al contra-memorial presentado por el demandado, la República de Ecuador, el 27 de febrero de 2014. Este memorial de contestación está acompañado por una declaración de un testigo y ocho informes de expertos.
2. El memorial de MSDIA, presentado el 2 de octubre de 2013, expone pruebas detalladas y autoridad legal que establecen que MSDIA ha sido sometida a denegación de justicia en los tribunales de Ecuador. Durante más de diez años, MSDIA ha defendido una demanda infundada presentada por NIFA, una pequeña empresa ecuatoriana que fabrica y vende productos farmacéuticos genéricos. En ese litigio, NIFA ha declarado que MSDIA había violado la ley antimonopolio ecuatoriana por negarse a vender a NIFA una planta de fabricación que las partes mutuamente valoraron en 1,5 millones de dólares. Apoyándose en este argumento, NIFA ha planteado la demanda, totalmente inverosímil, afirmando que ha sufrido daños y perjuicios por **200 millones** de dólares.
3. En ese prolongado litigio (y en litigios relacionados), en todos los niveles del sistema jurídico ecuatoriano, Ecuador ha violado los derechos fundamentales al debido proceso de MSDIA.
4. Basta con dar un vistazo a las sentencias dictadas contra MSDIA por el tribunal jurisdiccional y el tribunal de apelaciones para ver el evidente sesgo de tales tribunales que, con casi total seguridad, son el resultado de la corrupción. Ambos tribunales impusieron responsabilidad contra MSDIA por supuestas transgresiones a la ley antimonopolio en las absurdamente excesivas cantidades de **200 millones de dólares** (el tribunal jurisdiccional) y **150 millones de dólares** (el tribunal de apelaciones), a pesar de que las partes habían acordado que el valor negociado de la planta estaba en el mejor de los casos en el orden de **1/100ma parte de tales montos** y la evidencia no replicada de que NIFA tuvo **ganancias anuales de tan solo 2.165 dólares**. Adicionalmente, las sentencias eran indefendibles porque **Ecuador simplemente no tenía ley antimonopolio vigente en el momento de los hechos en cuestión.**
5. Ningún tribunal honesto y competente podría haber tomado tales decisiones.
6. El tribunal civil de mayor rango de Ecuador, la Corte Nacional de Justicia (“CNJ”), reconoció que estas sentencias eran insostenibles en lo que respecta a responsabilidades y daños y perjuicios. La CNJ invalidó la manifiestamente irracional sentencia de 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones, encontrando que su imposición de leyes antimonopolio **“no estaba debidamente motivada”**, y que su concesión de daños **“carece (o carecía) de toda proporción.”**
7. Ecuador también parece estar de acuerdo, al optar por no defender en su contra-memorial, las sentencias dictadas por el tribunal jurisdiccional o el tribunal de apelaciones, y citando favorablemente la decisión de la CNJ de reducir la “exorbitante” indemnización por daños del tribunal de apelaciones. De hecho, en ninguna parte de las 257 páginas de su contra-memorial, Ecuador hace esfuerzo alguno para demostrar que las

decisiones del tribunal jurisdiccional y el tribunal de apelaciones puedan haber sido el trabajo de tribunales honestos y competentes para hacer valer el estado de derecho.

8. Ecuador sostiene, en cambio, que tales sentencias carecen de pertinencia porque la decisión de la CNJ ha “reparado” o “corregido” cualesquiera violaciones de los derechos de MSDIA al debido proceso cuando redujo la cantidad de la indemnización impuesta de 150 millones de dólares a 1,57 millones de dólares. Ecuador argumenta que la decisión de la CNJ “representa una aplastante victoria para Merck”, porque “la responsabilidad de Merck se redujo en 99%”. Ecuador sostiene que “este hecho esencial es ineludible y menoscaba completamente cualquier sugerencia de que la decisión constituya una denegación de justicia”.

9. Desde luego, es cierto que la sentencia de la CNJ (si tuviese asidero) impuso una penalización menor que la absurda decisión del tribunal de apelaciones, que anuló, pero esta no es la cuestión jurídicamente pertinente. Una sentencia dictada en violación de las normas internacionales mínimas del debido proceso es una denegación de justicia, incluso si la cantidad de daños impuesta no es de proporciones catastróficas. Además, la sentencia de la CNJ, aunque reconoce lo absurdo de las decisiones de los tribunales inferiores y anula tanto su responsabilidad, como las retenciones por daños, impuso su propia denegación de la justicia, al considerar a MSDIA responsable de cualquier modo y al imponer montos de daños y perjuicios apoyándose en una teoría jurídica acerca de la cual MSDIA no había recibido ningún aviso y contra la cual MSDIA no tuvo oportunidad de defenderse.

10. Por lo tanto, la decisión de la CNJ ni "reparó", ni "corrigió" la denegación de justicia de los tribunales inferiores. Más bien, la CNJ adoptó los contaminados y sesgados análisis de los hechos del tribunal de apelaciones (que provenían de un tribunal obviamente sesgado y en el cual se originaban en transgresiones flagrantes a los derechos de MSDIA al debido proceso, incluyendo el derecho a la igualdad de trato de las partes y el derecho a confrontar evidencia adversa y, apoyándose en tales hallazgos contaminados, dictó su nueva sentencia contra MSDIA.

11. La CNJ impuso responsabilidad apoyándose en una teoría de "competencia desleal", a pesar del hecho de que el demandante en el litigio NIFA contra MSDIA había negado repetida y expresamente que la competencia desleal fuese la base de sus demandas. Como resultado de los repetidos descargos de responsabilidad del demandante, las partes nunca habían litigado sobre la teoría de competencia desleal y, de hecho, habían convenido expresamente en que los tribunales civiles, incluyendo la sala correspondiente de la CNJ, carecía de jurisdicción sobre tales demandas. Dados estos descargos de responsabilidad y, en ausencia de notificación alguna de que la CNJ estuviere esperando la consignación de los fundamentos de la querrela de MSDIA, MSDIA no tuvo, por este motivo, oportunidad alguna de oponer defensa en materia de responsabilidades. La imposición de responsabilidades por parte de la CNJ contra MSDIA sin previo aviso y sin oportunidad de ser escuchada, apoyada en los hallazgos contaminados del tribunal de apelaciones constituyó también una denegación de justicia.

12. Ecuador no tiene ninguna respuesta real. Ecuador no niega que, en el litigio *NIFA contra MSDIA*, el demandante renunció repetidamente al argumento de competencia desleal como base para sus demandas; no obstante, Ecuador sostiene que la culpa era de MSDIA por no informar verbalmente sobre tales problemas. La "estrategia de litigio" de MSDIA, afirma Ecuador, era "responder [...] *solo* a aquellos argumentos [esgrimidos por NIFA]" y "*seguir [...] la estrategia de litigio antimonopolio [de NIFA]*". Tal argumento es insostenible.

13. Las partes que presentan demandas en jurisdicciones desarrolladas, incluyendo a Ecuador, están obligadas a notificar las demandas están presentando, no con el fin de revelar su "estrategia de litigio", sino como un hecho del debido proceso. Antes de considerar a la partes como responsables apoyándose en una teoría jurídica, los tribunales de las jurisdicciones, como un principio de justicia fundamental, se aseguran que las partes sepan de sus peligros, y tengan la oportunidad de explicar por qué no deben ser considerados responsables de tal teoría. En tal sentido, la sugerencia de Ecuador de que MSDIA ha debido litigar sobre demandas que en realidad no fueron expresadas, y a las que de hecho el demandante renunció expresamente, es obviamente errónea.

14. Ecuador también argumenta que MSDIA tenía conocimiento de que la CNJ podría imponer responsabilidades por competencia desleal, porque NIFA había citado en su demanda los estatutos y la disposición constitucional que la CNJ invocó al imponer las responsabilidades por competencia desleal. Pero tales disposiciones son de carácter general y no identifican expresamente a la competencia desleal; de hecho, excluyendo la decisión de la CNJ sobre este caso, nunca antes habían sido interpretadas por tribunal ecuatoriano alguno como disposiciones que abarcasen el tema de la competencia desleal. Por otra parte, el argumento de Ecuador hace caso omiso a las expresas y reiteradas declaraciones de NIFA en el sentido de que *no* estaba formulando una demanda por competencia desleal de conformidad con tales disposiciones de la ley, o alguna otra disposición existente. Por lo tanto, MSDIA no tuvo noticia de que la CNJ podría imponer responsabilidades apoyándose en tal teoría jurídica.

15. Por último, Ecuador sostiene que la sentencia de la CNJ no fue una denegación de justicia porque no se trataba de una decisión definitiva de los tribunales ecuatorianos. Ecuador sostiene que MSDIA podía haber presentado una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional de Ecuador y que, por lo tanto, MSDIA no agotó los recursos locales disponibles de reconsideración.

16. Sin embargo, tal como los propios expertos de Ecuador reconocen, la CNJ es el más alto tribunal civil de Ecuador. Una sentencia de la CNJ, incluyendo la sentencia de la CNJ mencionada en este escrito, no está sujeta a apelación de ningún tipo. También es de ejecución inmediata según las leyes ecuatorianas. En consecuencia, poco después que la CNJ emitiera su sentencia en el litigio *NIFA contra MSDIA*, el caso fue remitido a los tribunales inferiores para procedimientos de ejecución y a MSDIA se le ordenó pagar la sentencia de 1,57 millones de dólares. MSDIA lo hizo el 29 de noviembre de 2012. Cuando pagó la sentencia, MSDIA fue objeto del daño que se originó en la denegación de justicia en la CNJ.

17. El recurso extraordinario sugerido por Ecuador no habría sido un recurso de apelación de la sentencia de la CNJ, no habría suspendido su ejecución, y no podría haber dado lugar a una orden que restituyera a MSDIA el monto que había sido obligada a pagar. Habría sido una acción en contra de los propios jueces de la CNJ, para quienes NIFA no habría representado una de las partes. El recurso extraordinario es, pues, una acción jurídica colateral, distinta del litigio que produjo la sentencia. La Corte Constitucional no podría haber proporcionado una reconsideración efectiva para el daño causado a MSDIA, y a MSDIA no se le exigió interponer una acción extraordinaria para obtener protección antes de buscar una reconsideración en el marco del derecho internacional.

18. Es preocupante que, a pesar de que la sentencia de la CNJ fue una decisión final del tribunal civil más alto de Ecuador, y aunque Ecuador obligó a MSDIA a pagar la sentencia de la CNJ en su totalidad, los tribunales de Ecuador continuaron cercenando de los derechos de MSDIA y sometiéndola a denegaciones adicionales y acumulativas de justicia. A raíz de la decisión de la CNJ, el demandante en esa acción, NIFA, presentó su propia acción extraordinaria de protección, argumentando que la reducción de sus montos por daños ordenada por la CNJ, de 150 millones de dólares a 1,57 millones, violaba los derechos constitucionales de NIFA.

19. Después que Ecuador había presentado su contra-memorial en el presente arbitraje, la Corte Constitucional concedió la Acción Extraordinaria de NIFA, anuló la decisión de la CNJ, restableció la sentencia del tribunal de apelaciones por 150 millones de dólares, y ordenó a la CNJ reconsiderar las peticiones de casación de las partes. Como se explica a continuación, los fundamentos de la Corte Constitucional para intervenir y determinar que se violaron los derechos de NIFA son extraordinariamente débiles.

20. De esta manera, los tribunales de Ecuador han borrado la decisión de la CNJ, la misma que Ecuador ha pregonado como una "corrección" y "reparación" de las denegaciones de justicia de los tribunales inferiores. La denegación de justicia cometida por el tribunal de apelaciones ha sido restaurada. Sin embargo, increíblemente, los daños que la CNJ causó a *MSDIA* persisten, debido a que la decisión de la Corte Constitucional no hizo nada para restituir a MSDIA el dinero que los tribunales ecuatorianos habían obligado a MSDIA a pagar en cumplimiento de la sentencia de la CNJ, ahora anulada. Tampoco tribunal ecuatoriano alguno ha hecho nada para restituir a MSDIA los honorarios legales que se vio obligada a pagar para tratar de revertir una serie de reiteradas y escandalosas violaciones de sus derechos en los tribunales ecuatorianos. MSDIA todavía tiene, por tanto, derecho a solicitar una recuperación por los daños en este arbitraje.

21. Como se ha señalado, la decisión de la Corte Constitucional no reintegró a MSDIA los fondos pagados para satisfacer una sentencia (ahora anulada) y adicionalmente restableció la sentencia del tribunal de apelaciones de 150 millones de dólares relacionada con el mismo asunto. Después de haber pagado 1,57 millones de dólares para satisfacer la sentencia resultante de una transacción fallida de bienes raíces por 1,5 millones de dólares, MSDIA una vez más se enfrenta a una sentencia de 150 millones de dólares relacionada con los mismos hechos.

22. Aunque la CNJ previamente determinó que la sentencia del tribunal de apelaciones, restablecida, era irracional y desproporcionada, el caso ahora deberá ser decidido por jueces de la CNJ completamente diferentes, quienes no están vinculados, de manera alguna, para aprobar o desaprobar el razonamiento expuesto en la sentencia previa de la CNJ. El nuevo panel de jueces tomará el caso como si el primer procedimiento de casación nunca hubiese ocurrido.
23. Numerosos tribunales y comentaristas internacionales han reconocido, y Ecuador no lo niega, que una sentencia flagrantemente equivocada puede ser prueba de un proceso fallido. La sentencia del tribunal de apelaciones es tan notoriamente incorrecta que constituye una prueba decisiva de un proceso fallido. Esa decisión impone responsabilidades de monopolio, aun cuando Ecuador no tenía ninguna legislación antimonopolio vigente en el momento de la conducta en cuestión, hecho que tampoco es negado por Ecuador. Por otra parte, el razonamiento del tribunal de apelaciones es la antítesis de las nociones más básicas del derecho antimonopolio, tal como es conocido en todo el mundo.
24. La obligación a pago por daños impuesta por el tribunal de apelaciones también es indefendible. Impone el pago por daños por supuesto "lucro cesante" de 150 millones de dólares cuando las partes valoraron la planta de fabricación del caso en tan solo 1,5 millones de dólares y el demandante tenía utilidades anuales de solo 2.165 dólares. La CNJ describió la indemnización por daños como "carente de toda proporción", y el propio contra-memorial de Ecuador lo describió como "exorbitante". Ambas descripciones son exactas.
25. El único esfuerzo de Ecuador por defender la exorbitante sentencia del tribunal de apelaciones es argumentar que los procedimientos en el tribunal de apelaciones guardaron concordancia con el derecho procesal ecuatoriano. Pero el cumplimiento de los procedimientos nacionales internos no es una defensa a una denegación internacionalmente ilícita del debido proceso.
26. Ecuador también está obviamente equivocado al afirmar que MSDIA no ha identificado "violaciones fundamentales [...]" al debido proceso, y hace solo "acusaciones particulares". Contrariamente a la aseveración concluyente de Ecuador, las alegaciones de MSDIA ciertamente *no* son las "quejas normales de la parte perdedora". Ecuador ignora por completo la propia decisión del tribunal de apelaciones, que es una prueba inequívoca de la parcialidad judicial y probable corrupción judicial que pueda estar detrás de la misma. Ser sometido a una decisión judicial motivada por sesgo o corrupción -o incluso crasa incompetencia, la otra única explicación posible para el resultado aquí expuesto no es una "acusación particular". Se trata de una "escandalosa falla del sistema judicial" y, por lo tanto, se reconoce como una violación del derecho internacional.
27. La forma en que el tribunal de apelaciones llevó los procedimientos, impuso privaciones graves adicionales de los derechos fundamentales de MSDIA al debido proceso, y adicionalmente revela la parcialidad y corrupción del tribunal. Ecuador busca abordar las quejas de MSDIA sobre los procedimientos del tribunal de apelaciones como

si fueran de hecho solo "acusaciones particulares", dividiéndolas en pequeños casos y argumentando que cada pequeño caso es técnicamente compatible con el derecho procesal ecuatoriano. Incluso si eso fuera correcto (que no lo es), el enfoque de Ecuador se caracteriza por detenerse en los detalles y olvidarse en el panorama completo.

28. Revisando todo el curso de los procedimientos, incluyendo las diversas maniobras y los errores de procedimiento y el resultado, queda claro que el tribunal de apelaciones manipuló el expediente de hechos para crear evidencia sobre la cual apoyarse para sostener un resultado predeterminado. Esa es una indiscutible denegación de justicia.

29. En concreto, cuando el primer equipo de reconocidos expertos, nombrado por ese tribunal, apoyó la posición de MSDIA sobre los hechos y el derecho, el tribunal simplemente descartó y reemplazó a dichos expertos con un segundo equipo, cada uno de los cuales, obviamente, carecía de las credenciales o experiencia pertinentes, y cuyo testimonio resultó mal razonado y totalmente favorable a NIFA. Ecuador no niega este patrón ni los hechos específicos del mismo.

30. El tribunal de apelaciones negó a MSDIA toda oportunidad de impugnar los dictámenes emitidos por el segundo equipo de expertos, privando así a MSDIA de un derecho fundamental al debido proceso para hacer frente a las pruebas en su contra. Por otra parte, el rechazo sin explicación, por parte del tribunal, de los bien razonados informes de expertos reconocidos y las intrigas procedimentales para reemplazarlos con los irracionales e ilógicos informes de expertos no calificados niega a MSDIA el derecho fundamental al debido proceso de igualdad de trato de las partes y a una decisión imparcial y no sesgada, basada en una evaluación honesta e independiente de la evidencia.

31. Además, el tribunal de apelaciones se basó en el testimonio del *único testigo* de NIFA, a pesar de que su testimonio fuera tomado por el tribunal jurisdiccional en dos ocasiones distintas sin que estuviera presente el abogado de MSDIA. Esta fue otra violación de los derechos fundamentales de MSDIA al debido proceso, incluyendo el derecho a la igualdad de trato de las partes y el derecho a confrontar evidencia adversa.

32. Adicionalmente, aunque parezca increíble, el tribunal de apelaciones omitió expresamente *todas las pruebas* que MSDIA había ofrecido, sin ninguna justificación ni fundamento jurídico creíble. Ecuador no niega que el hecho de no tener en cuenta las pruebas presentadas por MSDIA y confiar en un expediente de hechos completamente sesgado conformado solamente por evidencia de NIFA constituiría una violación de las garantías fundamentales de MSDIA al debido proceso.

33. La única respuesta de Ecuador fue señalar que esto no era lo que el tribunal de apelaciones quiso decir cuando afirmó que MSDIA "renunció expresamente a la evidencia con el objetivo de disipar los motivos de la sentencia en primera instancia". Ecuador sostiene que al emitir tal aseveración, el tribunal de apelaciones solo daba a entender que MSDIA había renunciado a su solicitud de nombramiento de un experto en daños y perjuicios. Pero el lenguaje del tribunal de apelaciones era claro; "la evidencia que tenía como objetivo disipar los motivos de la sentencia en primera instancia" es

necesariamente *toda* la evidencia que MSDIA presentó en el tribunal de apelaciones, porque la totalidad de la evidencia fue pensada para sustentar la apelación y de esta manera "disipar" los motivos de la decisión del tribunal jurisdiccional. En consonancia con lo claramente expresado por la declaración del tribunal de apelaciones, este último en su sentencia no se refirió a elemento alguno de la evidencia presentada por MSDIA en ese procedimiento.

34. La manipulación, con objetivos concretos, hecha por el tribunal de apelaciones en el expediente de hechos en ese procedimiento es, por sí sola, una privación grave de los derechos fundamentales de garantía procesal de MSDIA. También es una prueba más del sesgo, parcialidad, y probable corrupción que influyeron en el ejercicio de la función judicial del tribunal. Para adoptar la articulación de la norma jurídica propuesta por Ecuador, la sentencia del tribunal de apelaciones fue sin duda el resultado de una "escandalosa falla del sistema judicial." Sobre esa base, o recurriendo a otras formulaciones de la prueba, ese juicio constituye una denegación ilícita de la justicia en cualquier ámbito internacional.

35. Aunque la decisión del tribunal de apelaciones es ahora (una vez más) el objeto de un recurso de casación en la CNJ, da lugar, de cualquier modo, a la responsabilidad internacional de Ecuador por denegación de justicia. Después de más de diez años de defensa en el litigio *NIFA contra MSDIA* en todos los niveles de los tribunales de Ecuador, ha quedado abrumadoramente claro que no quedan medios razonablemente disponibles y eficaces para que MSDIA pueda obtener la reparación que aspira en los tribunales ecuatorianos.

36. El derecho internacional no exige a MSDIA continuar litigando indefinidamente en los mismos tribunales ecuatorianos en los que ya ha sufrido denegación de justicia. MSDIA ha agotado todas las instancias de reparación, razonablemente disponibles y efectivas en el litigio *NIFA contra MSDIA*, y ha establecido, por tanto, todos los elementos de sus demandas por denegación de justicia, incluso con respecto a la sentencia del tribunal de apelaciones que le obligaba a pagar 150 millones de dólares.

37. Además, MSDIA ha establecido que Ecuador incumplió sus obligaciones, establecidas en el Artículo II (7) del Tratado Bilateral de Protección (TBI) establecido entre Ecuador y EE.UU., al no proporcionar "medios eficaces" para que MSDIA hiciera valer sus derechos en el litigio *NIFA contra MSDIA*.

38. Las objeciones jurisdiccionales de Ecuador son totalmente infundadas, aun cuando han sido detalladas de manera extensa.

39. La primera objeción sobre jurisdicción de Ecuador, en relación con la supuesta omisión de MSDIA al no agotar los recursos de reconsideración locales, no es un argumento jurisdiccional en absoluto, sino un elemento de los fundamentos de la reclamación de MSDIA por denegación de justicia.

40. La segunda objeción sobre jurisdicción de Ecuador (la cual indica que MSDIA no tiene inversión protegida alguna en Ecuador y que, por tanto, la presente disputa no

representa un pleito de inversión) carece de sentido. MSDIA opera una sucursal en Ecuador que es en sí misma una inversión y tiene activos en Ecuador que son inversiones previstas en el TBI Ecuador - EE.UU. Por otra parte, esta disputa surge directamente de la venta de una planta de fabricación por parte de MSDIA y que incluso Ecuador admite como una inversión.

41. La tercera objeción sobre jurisdicción de Ecuador es igualmente infundada. MSDIA consintió adecuadamente al arbitraje de la CNUDMI cuando presentó la notificación de arbitraje en este caso; la Notificación de Disputa realizada inicialmente, que le otorga el derecho de someter la disputa al arbitraje ante CIADI o ante cualquier otro foro de arbitraje disponible (que incluye a CNUDMI), no la priva de este Tribunal de jurisdicción.

42. Este Tribunal simplemente tiene jurisdicción para decidir sobre los fundamentos de las demandas de MSDIA. Tal como se expone a continuación, MSDIA establece que fue sometida a denegación de justicia en todos los niveles del sistema judicial civil de Ecuador. Tales denegaciones de justicia ocasionaron daños a MSDIA por el monto de 1,57 millones de dólares que MSDIA pagó para satisfacer la ahora anulada sentencia de la CNJ, los onerosos gastos en litigios que estas denegaciones supusieron a MSDIA en su defensa en el litigio NIFA contra MSDIA en los tribunales de Ecuador en la última década, y la ahora restituida sentencia de 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones.

43. MSDIA tiene derecho a un recurso de reparación por las transgresiones al derecho internacional por parte de Ecuador, las cuales implican el incumplimiento de las obligaciones de Ecuador adquiridas en la firma del TBI Ecuador - EE.UU. MSDIA solicita respetuosamente que este Tribunal finalmente ponga fin a las reiteradas violaciones de Ecuador de las normas internacionales del debido proceso, al conceder a MSDIA las reparaciones a las cuales aspira.

II. LOS ARGUMENTOS JURISDICCIONALES DE ECUADOR CARECEN DE FUNDAMENTO

44. Ecuador afirma tres objeciones a la jurisdicción, ninguna de las cuales tiene fundamento.

45. En primer lugar, Ecuador sostiene que este Tribunal carece de jurisdicción porque supuestamente MSDIA no ha agotado todos los recursos de reparación disponibles en Ecuador en su defensa en el litigio *NIFA contra MSDIA*. Como se explica más abajo en la Sección III(B)(5), MSDIA *ha* agotado todas las instancias de reparación locales razonablemente disponibles y efectivas en el litigio. Pero, en cualquier caso, el que MSDIA haya agotado los recursos de reparación a nivel local es pertinente *solo* para los fundamentos de las demandas de MSDIA, no para su *admisibilidad o para determinar la competencia del Tribunal*. Ecuador no puede transformar su defensa basándose en una objeción a la jurisdicción con el fin de impedir que Tribunal haga valer su competencia para conocer sobre el verdadero trasfondo de este caso.

46. En segundo lugar, Ecuador sostiene que este Tribunal carece de jurisdicción porque MSDIA no ha demostrado que esta disputa se refiere a las obligaciones de Ecuador con respecto a una "inversión" protegida por el TBI Ecuador - EE.UU.

47. Esto es claramente erróneo. Esta disputa se refiere a una inversión que MSDIA hizo hace más de cuarenta años, cuando estableció una sucursal en Ecuador. Esa sucursal opera de conformidad con una autorización de funcionamiento expedida por la Superintendencia de Compañías y tiene más de 100 empleados, activos significativos y cerca de \$30 millones en ventas anuales en Ecuador. La sucursal en sí es una inversión en el sentido del TBI Ecuador -, y los activos utilizados en el ejercicio económico realizado por la sucursal también constituyen inversiones protegidas.

48. Por otra parte, y de forma independiente, el objeto del litigio que subyace a la denegación de justicia infringida a MSDIA a dirimirse en este arbitraje, fue la venta de la planta de fabricación Valle de Chillos de MSDIA, tal procedimiento es admitido por Ecuador como una inversión. Por lo tanto, las demandas de MSDIA en este arbitraje se refieren a la venta por parte de MSDIA de una inversión y están dentro del área de competencias de este Tribunal. En cualquier caso, se trata de una disputa de inversión en el sentido del Tratado.

49. En tercer lugar, Ecuador sostiene que este Tribunal no es competente porque MSDIA inició el arbitraje bajo el Reglamento de la CNUDMI en lugar del CIADI. Ecuador sostiene que MSDIA exclusiva e irrevocablemente eligió dar su consentimiento al arbitraje del CIADI en su aviso de disputa de 2009. Tal aseveración es incorrecta por muchas razones.

50. Ningún texto en el Tratado exige a MSDIA hacer una elección exclusiva e irrevocable en materia de foros arbitrales, y en el aviso de disputa de MSDIA de 2009 no se hizo tal elección. Además, si el Tratado hubiera exigido a un inversionista hacer una elección exclusiva e irrevocable del foro arbitral, la elección de arbitraje ante el CIADI por parte de MSDIA no habría sido válida, ya que ésta se reservó expresamente el derecho a hacer una elección diferente a posteriori. Por ende, MSDIA tenía la libertad para dar su consentimiento al arbitraje de la CNUDMI, como efectivamente hizo al iniciar este arbitraje.

51. Desde luego, Ecuador ahora se ha retirado de la Convención del CIADI y, por lo tanto, su argumento de que MSDIA no pueda solicitar que esta disputa sea resuelta a través de la CNUDMI es un intento para lograr que el arbitraje prive a MSDIA de cualquier foro arbitral en el que pueda hacer valer su derecho a reclamar. Este argumento es cínico y acomodaticio y usurpa los propósitos y efectos previstos en el Tratado, por lo cual debe ser rechazado frontalmente.

52. En resumen, este Tribunal tiene competencia para llegar al fondo de las demandas de MSDIA, y los esfuerzos de Ecuador para evitar una decisión sobre el fondo del asunto son inútiles.

A. *Los argumentos de agotamiento de recursos esgrimidos por Ecuador no son jurisdiccionales*

53. Ecuador sostiene que este Tribunal carece de competencia sobre las demandas de MSDIA porque MSDIA no ha agotado todos los posibles recursos de reparación a nivel local en Ecuador¹. Como se explica en la Sección III(B)(5), a continuación, MSDIA *ha* agotado todos los recursos de reparación locales razonablemente disponibles y efectivos en su defensa en el litigio *NIFA contra MSDIA*². En cualquier caso, la aseveración del Ecuador que MSDIA no haya agotado los recursos de reparación locales es pertinente *solo* a los *fundamentos* de las demandas de MSDIA, no a su admisibilidad o a la competencia del Tribunal.

1. El agotamiento de los recursos de reparación locales no es un requisito jurisdiccional en virtud del TBI, sino que es más bien un elemento de los fundamentos de una reclamación por denegación de justicia

54. Aun cuando en el derecho internacional se estila exigir a los demandantes agotar los recursos de reparación locales como una condición para la admisibilidad o la competencia de una reclamación basada en el derecho internacional, el TBI entre EE.UU. y Ecuador (como la mayoría de los TBI) exime válidamente de este requisito³. En consecuencia, los inversionistas estadounidenses pueden presentar demandas contra Ecuador en el marco del Tratado sin primero agotar los recursos de reparación locales, y este hecho no priva a un tribunal competente de conocer sobre demandas presentadas en el marco del Tratado.

55. Esto es igualmente cierto para demandas por denegación de justicia presentadas en virtud del Tratado⁴. Según lo establecido en el Memorial de MSDIA, el requisito de agotar los recursos de reparación locales es un *elemento importante* en una demanda por denegación de justicia⁵. De esta manera, el que no se hayan agotado los recursos de

¹ Contra - Memorial de Ecuador, en sus párrafos 263-269.

² *Ver más abajo* par. 419-471

³ *Ver* el documento probatorio-CLM-44, Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation contra República de Ecuador, CNUDMI, Laudo Provisional, de fecha 1 de diciembre de 2008, par. 232. En concreto, el artículo VI del TBI entre EE.UU. y Ecuador dispone que una disputa de inversión puede "presentarse... para arbitraje mediante arbitraje vinculante" al menos seis meses después que surgió la disputa, a condición de que el inversionista extranjero *no haya* consignado previamente la disputa para su resolución en los tribunales del Estado o los tribunales administrativos. *Ver* documento probatorio C-1, Tratado entre los EE.UU. de América y la República de Ecuador sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Art. VI (2) - (3). Como explica el profesor Amerasinghe, las cláusulas de "bifurcación de vía" como estas conceden al "inversionista... la *opción* de recurrir ante instancias de reparación locales," de manera que "el arbitraje instituido por el inversionista y el estado anfitrión de conformidad con la disposición *no estaría supeditado al agotamiento previo de los recursos de reparación locales*". Documento probatorio CLM-295, C. Amerasinghe, LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW (2004), en 271 (el subrayado es nuestro). *Ver* también el documento probatorio CLM-338, U. Kriebaum, "Local Remedies and the Standards for the Protection of Foreign Investment," en INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY: ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTOPH SCHREUER (2009), en 460 ["If a State wants to keep the exhaustion requirement, it must explicitly insist on it in its instrument of consent." (Si un estado desea mantener el requisito de agotamiento, debe insistir explícitamente en el mismo dentro del instrumento de consentimiento)].

⁴ Documento probatorio CLM-99, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 102-112.

⁵ Memorial MSDIA, en 376.

reparación locales podría ser una defensa a los fundamentos de una demanda por denegación de justicia, pero no impide que un tribunal jurisdiccionalmente competente considere los fundamentos de la demanda. Como el profesor Paulsson explica:

"Por lo que respecta a la denegación de justicia, la irrevocabilidad es un *elemento sustantivo* de la demanda que se distingue de la autoridad del tribunal internacional para decidir sobre la demanda. Es corolario del principio que supone que la responsabilidad internacional de un estado es juzgada por el producto final (o al menos, un producto *suficientemente* final) de su administración de justicia. Los asuntos de agotamiento de los recursos de reparación locales han sido, por tanto, adecuadamente considerados al decidir sobre los fundamentos de las demandas por denegación de justicia".⁶

56. En particular, el propio de experto Ecuador, el profesor Amerasinghe, coincide:

"La prueba de... agotamiento es un elemento del delito de denegación de justicia propiamente dicho. ***(Esto es diferente a la aplicación de la regla de los recursos de reparación locales, que se aplica a todas las demandas internacionales, a menos que se haya renunciado a la misma, como se ha hecho por operación de los términos de los TBI modernos)***".⁷

57. En otros arbitrajes inversionista - Estado que involucren demandas por denegación de justicia, los tribunales han llegado a la conclusión de que, una vez agotados los recursos de reparación locales, esos casos no debe abordarse como una cuestión de jurisdicción, sino que deben considerarse como un elemento meritorio.⁸ Por

⁶ Documento probatorio CLM-99, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 111.

⁷ Informe Amerasinghe, en el párrafo 8 (énfasis agregado). Consulte también el Documento probatorio CLM-99, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 7 (en el que se explica que, en el contexto de las reclamaciones por denegación de justicia, el requisito de agotar los recursos de reparación locales es "no es cuestión de admisibilidad o procedimiento, sino un elemento material inherente al delito [denegación de justicia.]). El profesor Caflisch asimismo observa que la "[p]rueba de tal agotamiento es, por tanto, un elemento del delito de denegación de justicia." Informe Caflisch, en el párrafo 8; Documento probatorio CLM-374, United Kingdom Materials on International Law, 69 B.Y.I.L. (1998), en 558-559 ("El recurso a "reparaciones locales" [de denegación de justicia] no es en absoluto, en este contexto, de la misma naturaleza que el recurrir a recursos de reparación locales como condición procesal").

⁸ Ver, por ejemplo, el Documento probatorio CLM-15, *Saipem S.p.A. contra la República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre jurisdicción y recomendación sobre medidas provisionales, de fecha 21 de marzo de 2007, en par. 153 ("Las interrogantes sobre la aplicabilidad del requisito del agotamiento de los recursos de reparación locales por analogía a una expropiación por los actos de un tribunal, y la consecuente eficacia los recursos de reparación disponibles son cuestiones que deben abordarse con los fundamentos de la disputa."); Documento probatorio CLM-59, *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen contra Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/98/3, decisión sobre la Audiencia de Objeción del Demandado fundamentada en la competencia y jurisdicción, de fecha 9 de enero de 2001, en par. 74 (donde se argumenta si el agotamiento de los recursos de reparación locales por parte del demandante que denuncia denegación de justicia, debe ser Tratado "sobre la base de los fundamentos"); Documento probatorio RLA-120, *Sr. Franck Charles Arif contra la República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, de fecha 8 de abril de 2013, en el par. 346 ("Incluso para las demandas por denegación de justicia, el agotamiento de los recursos de reparación locales es una cuestión que **debe abordarse con los fundamentos de la disputa**. Se trata de una norma esencial, y no la imposición de un nivel de exigencia procedimental") (énfasis agregado); Documento probatorio RLM-32, *Jan de Nul contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre de 2008), en par. 255 ("Para que no haya dudas, el Tribunal

ejemplo, en el caso *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation contra la República de Ecuador* ("*Chevron I*"), Ecuador objetó la jurisdicción del tribunal sobre la reclamación de denegación de justicia del demandante en el marco del TBI entre Estados Unidos y Ecuador fundamentándose en que los demandantes no habían agotado los recursos de reparación locales.

58. El *tribunal de Chevron I* rechazó la objeción jurisdiccional de Ecuador, y al respecto explica:

"Este requisito de agotamiento puede ser visto como un elemento necesario para incurrir tanto en la denegación de justicia en el derecho internacional consuetudinario como en la transgresión a una obligación sustantiva en el marco de un TBI, tal como es el "trato justo y equitativo". No obstante, en ambos casos, la pregunta se refiere **a la sustancia de los alegatos formulados ante el Tribunal**. A pesar de formular su objeción en el lenguaje de la madurez y la admisibilidad, lo que el demandado plantea es un problema que afecta a la responsabilidad. **Por lo tanto, el agotamiento de los recursos de reparación locales en este contexto es una cuestión de fundamentos, y no de jurisdicción**".⁹

59. Del mismo modo, en este caso, la solicitud de agotamiento de los recursos de reparación locales es pertinente a los fundamentos de la demanda por negación de justicia a MSDIA. No le corresponde al tribunal el pronunciarse acerca de los fundamentos de la solicitud de agotamiento en esa demanda.

2. El agotamiento de los recursos de reparación locales es independiente de la existencia de una "disputa de inversión"

60. Ecuador también argumenta que, en virtud del Artículo VI del Tratado y como resultado de la supuesta falta MSDIA al no agotar los recursos de reparación locales, no existe una "disputa de inversión".¹⁰ Según Ecuador, las "demandas de incumplimiento [del Tratado] carentes de toda cualidad esencial que las caracterice manifiestamente como una violación del Tratado... no pasan el examen jurisdiccional."¹¹ En esencia, Ecuador sostiene que si un elemento necesario para establecer los **fundamentos** de la demanda de Ecuador por denegación de justicia no se ha cumplido, no hay una "disputa de inversión" y el Tribunal carece de jurisdicción sobre la reclamación.¹² Tal como MSDIA ha explicado en sus comunicaciones anteriores, el argumento de Ecuador es frívolo.¹³

observa antes de proseguir que, el elemento debatido en este caso [agotamiento] **se refiere a los fundamentos de la demanda por denegación de justicia.**") (El subrayado es nuestro); Documento probatorio RLM-5, *Alps Finance and Trade AG contra la República de Eslovaquia*, CNUDMI, Laudo (5 de marzo de 2011), en par. 68 ("De hecho, en los arbitrajes de inversión, la práctica común muestra que la atribución y el agotamiento de los recursos de reparación locales **se rigen según los fundamentos de la decisión.**") (El subrayado es nuestro).

⁹ Documento probatorio CLM-44, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation contra República de Ecuador*, CNUDMI, Laudo Provisional, de fecha 1 de diciembre de 2008, en par. 233.

¹⁰ Ver Contra-Memorial de Ecuador, en el par. 264.

¹¹ Dúplica de Ecuador en oposición a la solicitud de MSDIA de medidas provisionales, en el par. 81.

¹² Contra-Memorial de Ecuador, en par. 264 ("La responsabilidad del Estado por denegación de justicia solo surge después de intentar infructuosamente la reparación a nivel local. En otras palabras, el derecho internacional no se ha

61. El artículo VI del Tratado define "disputa de inversión" de la siguiente manera:

"A los efectos de este artículo, una disputa de inversión es una disputa... relacionada con... una supuesta transgresión de cualquiera de los derechos conferidos o establecidos por el presente Tratado con respecto a una inversión." ¹⁴

62. Para cumplir con la definición de "disputa de inversión" que aparece en el Tratado, el demandante no tiene que *ostentar* todos los elementos de una transgresión formulada al Tratado, sino que solo debe *argumentar* que se ha infringido un derecho consagrado en el Tratado. El uso del término "*supuesto/a*" en el artículo VI es una respuesta plena a la aseveración de Ecuador de que no existe una "disputa de inversión" a menos que un demandante pueda *demostrar* la existencia de un "hecho ilícito internacional". El término "supuesto/a" presume que una disputa de inversión puede existir incluso si un demandante en última instancia no puede demostrar que el Estado demandado es responsable por el incumplimiento de un derecho conferido o establecido por el Tratado. ¹⁵

63. Tal como lo han explicado los tribunales internacionales de manera uniforme, una disputa de inversión existe cuando hay *cualquier* desacuerdo entre las partes, bien sea en cuanto a la existencia de derechos invocados por el demandante, ¹⁶ o en cuanto a una

violado al momento de los daños iniciales ocasionados al ente extranjero, sino solo después que los recursos de reparación locales se han agotado. En consecuencia, el hecho ilícito internacional no existe todavía, o al menos no ha sido consumado sino hasta el momento en que la persona haya agotado los recursos de reparación locales. De ello se infiere que el incumplimiento de Merck con el requisito de agotamiento de los recursos de reparación locales supone la ausencia de una "disputa de inversión" en el sentido del artículo VI del TBI, y por ende la transgresión de los requisitos jurisdiccionales establecidos en el artículo VI."). El experto profesor ecuatoriano Caflisch, aparentemente conviene en que una "disputa de inversión" no puede existir en ausencia del agotamiento de los recursos de reparación locales, aunque no cita a ninguna autoridad para respaldar dicha proposición. Caflisch Report, en pie de página N° 1 ("La capacidad del demandante para demostrar que ha cumplido con su deber de agotar los recursos de reparación locales en Ecuador también afecta a la cuestión de si existe una" disputa de inversión" en el sentido del artículo VI del Tratado.").

¹³ Ver Réplica de MSDIA a la negativa de Ecuador ante la solicitud de medidas provisionales, en par. 44-54. Ver también el Memorial de MSDIA, en par. 226-228.

¹⁴ Documento probatorio C-1, del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones, art. VI (énfasis agregado).

¹⁵ En la consignación de sus medidas provisionales, Ecuador no afirmó (como lo hace que ahora) que MSDIA necesitara *ostentar* todos los elementos de su demanda por incumplimiento del Tratado. En cambio, Ecuador afirmó que a MSDIA se le exigía *argumentar* tales elementos para que pudiese existir una "disputa de inversión". Ver Negativa de Ecuador a la solicitud de MSDIA de medidas provisionales, en el par. 55; Dúplica de Ecuador en oposición a la solicitud de MSDIA de medidas provisionales, en los párrafos 81-82. No obstante, MSDIA *sí ha* argumentado todos los elementos de su demanda por denegación de justicia, incluyendo su agotamiento de los recursos de reparación locales en Ecuador. Ver Memorial de MSDIA, en sus párrafos 375-378. Asimismo, tal como MSDIA explicó anteriormente, el artículo VI no exige a un demandante argumente todos los elementos fácticos de su demanda para que exista una "disputa de inversión", sino que solo exige que el demandante alegue que se ha producido una violación. Réplica de MSDIA en apoyo de su solicitud de medidas provisionales, en los párrafos 46-54. Ver también el Documento probatorio CLM-228, *Achmea B.V. contra la República de Eslovaquia*, Caso PCA N° 2013-12 (Reglamento de la CNUDMI), Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad, de fecha 20 de mayo de 2014, en par. 180 (donde se explica que el demandante no tiene que argumentar los elementos del hecho internacionalmente ilícito para que pueda existir una disputa).

¹⁶ Documento probatorio RLM-12, *Burlington Resources Inc. contra la República de Ecuador y PetroEcuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 2 de junio de 2010, en sus párrafos 289, 320,

supuesta violación de tales derechos. ¹⁷ Aquí, MSDIA ha alegado una infracción de los derechos conferidos por el Tratado, ¹⁸ y Ecuador ha impugnado tales supuestas infracciones. ¹⁹ En consecuencia, existe entre las partes una disputa de inversión.

325 (donde se explica que una "disputa de inversión" existe cuando hay "(i) un desacuerdo entre las partes sobre sus derechos y obligaciones, una oposición de intereses y puntos de vista, y (ii) una expresión de este desacuerdo, de manera que ambas partes están conscientes del desacuerdo."); Documento probatorio CLM-80, *Texaco Overseas Petroleum Company y California Asiatic Oil Company contra la República Árabe Libia*, Laudo preliminar del 27 de noviembre de 1975, 53, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 389, en 416 (1979) (que hace referencia a una "divergencia actual de intereses y oposición de tesis jurídicas"). De esta manera, tal como la CDI ha explicado, una "**disputa [puede] surgir antes del agotamiento de los recursos de reparación locales**", aun en aquellos casos donde el requisito sea un elemento de fundamentos (i.e. una demanda por denegación de justicia), partiendo del hecho que "bien pueden surgir disputas legales antes de la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito, e incluso sin que ocurra ninguna de tales acciones". Documento probatorio RLA-27, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor de su 29^{no} Período de Sesiones., Doc. A/32/10, 1977 [II/2] Y.B. Int'l L. Comm. 31, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1977 Agregar. I (Parte 2), en 42 (énfasis agregado).

¹⁷ Documento probatorio CLM-67, *National Grid P.L.C. contra la República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 20 de junio de 2006, en par. 160 ("Los argumentos esgrimidos por las partes y los hechos alegados por ellas muestran que existe una disputa que gira en torno a la determinación de transgresiones a la protección de los inversores, en el marco del Tratado...") (El subrayado es nuestro). Ver también Documento probatorio CLM-85, *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*, Opinión Consultiva del 30 de marzo de 1950 (primera fase), 1950 ICJ Rep. 65, a 74 (Ha surgido así una situación en la que las dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento de ciertas obligaciones en el marco del Tratado. Ante tal situación, el Tribunal debe concluir que han surgido disputas internacionales."); Documento probatorio CLM-62, *Maffezini contra España*, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 25 de enero de 2000, 40 ILM 1129, en sus párrafos 93-98 (donde se concluye la existencia de una disputa que ha dado lugar a la jurisdicción en virtud del TBI pertinente sobre la base de una disputa entre las partes en un punto de hecho o de derecho); Documento probatorio CLM-81, *Tokios Tokelos contra Ucrania*, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 29 de abril de 2004, en sus párrafos 106-107 (donde se concluye que existió una disputa en la que el demandante reclamó y notificó al gobierno sobre "la incautación de sus documentos, acción judicial carente de fundamento, y acusaciones públicamente expresadas por las autoridades gubernamentales"); Documento probatorio CLM-60, *Lucchetti contra Perú*, Laudo, de fecha 7 de febrero de 2005, en sus párrafos 48-49 (donde se explica que existe una disputa en la que "cada parte sostenía opiniones encontradas en cuanto a sus respectivos derechos y obligaciones"); Documento probatorio CLM-53, *Impregilo contra Pakistán*, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 22 de abril de 2005, en sus párrafos 302-303 (el mismo); Documento probatorio CLM-107, *AES contra Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 26 de abril de 2005, en par. 43-44 (donde se explica que, en el marco del Tratado, existe una disputa cuando el demandante "plantea algunas cuestiones jurídicas en relación con una situación concreta" y "la determinación de la respuesta que daría el Tribunal a estas cuestiones tendrían algunas consecuencias prácticas y concretas"); Documento probatorio CLM-9, *El Paso Energy Int'l. Comp. contra Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 27 de abril de 2006, en par. 61-64 ("La supuesta existencia de los derechos invocados, el que estos estén protegidos por el derecho internacional, o que efectivamente hayan sido violados, son cuestiones que serán determinadas posterior a la evaluación de los fundamentos del caso. Lo que importa [al determinar la existencia de una disputa] es si las demandas, tal como están formuladas, encajan en las categorías de demandas sobre las cuales CIADI tiene jurisdicción, de acuerdo con los términos del TBI y el Convenio de Washington."); Documento probatorio CLM-78, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. contra Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 16 de mayo de 2006, en par. 29 (en donde se explica que "existe un desacuerdo entre los Demandantes y el Demandado sobre la ley, los hechos y puntos de vista jurídicos" y que el "núcleo de la disputa se centra en una cuestión básica: ¿Es cierto que el demandado violó los derechos concedidos a los Demandantes y a su inversión mediante sus acciones, en el marco del derecho internacional?").

¹⁸ Aviso de Arbitraje de MSDIA, con fecha 29 de noviembre de 2011, en sus párrafos 12, 159.

¹⁹ Oposición de Ecuador a la solicitud de MSDIA de medidas provisionales, del 24 de julio de 2012, en sus párrafos 6-36.

64. Dada la amplitud de la definición de "disputa de inversión," no es de extrañar que Ecuador no haya podido citar *un solo caso* en el que un tribunal que medie entre un inversionista y un estado se haya declarado incompetente debido a que el demandante no haya demostrado la existencia de una disputa de inversión. Tal como el profesor Schreuer ha explicado:

"Los argumentos que tratan de negar la existencia de una disputa casi nunca han tenido éxito. Por lo tanto, una objeción a la jurisdicción basada en la negación de la existencia de una disputa entre las partes no es una estrategia prometedoras. Cuando las partes intercambian expresiones opuestas sobre sus posiciones, es muy poco lo que se necesita para determinar que existe una disputa. En particular, *la negación de la existencia de una disputa por una de las partes será en vano*".²⁰

3. La reclamación de MSDIA por denegación de justicia no constituye un abuso del proceso

65. Ecuador también argumenta que la aseveración de MSDIA de una demanda por denegación de justicia, formulada supuestamente antes de haber agotado los recursos de reparación locales, es un "abuso de proceso" que puede ser sancionado por el Tribunal "descartando la jurisdicción sobre las demandas [de MSDIA]." ²¹ Este argumento es completamente erróneo.

66. En primer lugar, como se explica a continuación, MSDIA ha cumplido plenamente con el requisito de agotamiento con respecto, tanto a la sentencia de 1,57 millones de dólares impuesta por la CNJ, como a la sentencia del tribunal de apelaciones por 150 millones de dólares. ²²

67. Segundo, en todo caso, tal como explica el profesor Paulsson, MSDIA no tiene la "*obligación*" de agotar los recursos de reparación locales (tal como Ecuador lo exige).²³ En su lugar, el requisito de agotamiento de los recursos de reparación locales "no es más que un elemento de la demanda [por denegación de justicia], que no es diferente de cualquier otro elemento". Incluso si fuera cierto que MSDIA no ha agotado los recursos de reparación locales (que, como se mencionó anteriormente, no lo es), a lo sumo, la consecuencia sería que MSDIA no podría establecer los elementos necesarios de su demanda. No se puede decir que MSDIA haya incumplido u omitido obligación alguna, o que haya actuado de manera abusiva al formular demandas de denegación de justicia que no han sido respondidas. ²⁴

68. En tercer lugar, los alegatos de Ecuador ni siquiera están cerca de cumplir con las elevadas exigencias necesarias para probar un abuso de proceso por parte de MSDIA. Sir

²⁰ Documento probatorio CLM-103, C. Schreuer, *¿Qué es una disputa legal?* en INTERNATIONAL LAW BETWEEN UNIVERSALISM AND FRAGMENTATION: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner (2008), en 959, 978 (énfasis agregado).

²¹ Contra-Memorial de Ecuador, en sus párrafos 267-268.

²² Ver *abajo* en la Sección III (B).

²³ Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 267.

²⁴ Segundo Informe pericial Paulsson, en pie de página N° 3.

Hersh Lauterpacht ha declarado que los tribunales internacionales deben aplicar las doctrinas de abuso de derechos o de proceso con "*sopesada moderación*" a la luz del carácter excepcional de la satisfacción solicitada.²⁵ Según lo explicado por el profesor Brownlie, los tribunales internacionales han brindado "*respaldo limitado*" a la doctrina de abuso del proceso, y reconocen su aplicabilidad solo en casos en que un "derecho fue ejercido *solo con el fin de causar...daño, sin ninguna ventaja para la persona amparada por el derecho del caso*".²⁶

69. Tal como lo explicó el tribunal de *Chevron I* en el contexto de una demanda inversionista - Estado, un demandado que alegue un abuso del proceso debe cumplir con una carga de prueba extremadamente alta:

"Un demandante no está obligado a demostrar que su reclamación esté entablada de una manera no abusiva; *es el demandado quien debe plantear y probar un abuso del proceso como una defensa.*

"[Se] debe señalar, además, que en todos los sistemas jurídicos, las doctrinas de abuso de derechos, por exclusión y exención *están sujetas a elevadas exigencias.* Todo derecho conlleva acostumbradamente y de forma automática a una demanda formulada a quien desea ejercerlo. *Sólo en circunstancias muy excepcionales, el titular de un derecho está impedido, a pesar de todo, de plantear y hacer valer la reclamación pertinente al derecho del caso. El alto grado de exigencia también es consecuencia de la gravedad de una acusación de mala fe en una medida tal, que equivalga a abuso de proceso.*"²⁷

70. A la luz de este elevado grado de exigencia, los tribunales internacionales han rechazado sistemáticamente demandas por abuso de proceso que carezcan de una clara evidencia donde se sugiera que la parte acusada de incurrir en abuso del proceso, haya ejercido sus derechos de manera abusiva o de mala fe.²⁸ Tal como lo explicó el tribunal

²⁵ Documento probatorio CLM-339, H. Lauterpacht, THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW BY THE INTERNATIONAL COURT 164 (1958).

²⁶ Documento probatorio CLM-301, I. Brownlie, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (2008), at 444.

²⁷ Documento probatorio CLM-44, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. contra la República de Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo provisional, de fecha 1 de diciembre de 2008, en sus párrafos 138, 143 (énfasis agregado). Documento probatorio RLA-121, *Rompetrol contra Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/03 Laudo, de 6 de mayo de 2013 (Berman, Lalonde, Donovan), en par. 115 ("Una objeción en fase preliminar que ha sido argumentada de esta manera es, evidentemente, una propuesta de *carácter muy ambicioso*; la cual implicaría que un tribunal del CIADI, después de haber determinado de manera concluyente (o al menos *prima facie*) que las partes en una disputa de inversión se hayan consultado y convenido en lo referente a la jurisdicción que conocerá el litigio, deba decidir, de cualquier modo, no considerar la solicitud para que éste conozca sobre la disputa.") (énfasis agregado).

²⁸ *Ver, por ejemplo*, el Documento probatorio CLM-257, *Pac Rim Cayman LLC contra la República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión relativa a las objeciones sobre jurisdicción del demandado, del 1 de junio de 2012, en par. 2.110 (donde se rechaza el alegato de abuso de proceso basándose en el cambio de nacionalidad del demandante que, supuestamente, fue consumado en un intento para obtener amparo en el marco del TBI del caso); Documento probatorio CLM-1, *Bayindir contra Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 14 de noviembre de 2005, en sus párrafos 169-172 (donde se explica que la tardía invocación de demandas en virtud de un Tratado y el abandono de las demandas contractuales por parte del demandante era "lamentable", pero llegó a constituir abuso del proceso); Documento probatorio RLA-106, *Abaclat y otros contra la*

en el litigio Lauder contra la República Checa, el que un demandante no alegue o pruebe un elemento sustantivo de su demanda *no* constituye un abuso del proceso.²⁹ En cambio, los tribunales han puesto el acento en que un demandado debe probar que un demandante haya participa en "*manipulaciones inaceptables*" y en conducta de "*mala fe*".³⁰

71. Ecuador ni siquiera ha comenzado a realizar esa demostración, sino que confía en conjeturas acerca de los supuestos motivos de MSDIA para interponer este arbitraje.³¹ Es indiscutible que MSDIA en todo momento ha ejercido sus demandas en el presente arbitraje de manera razonable y de buena fe.

72. En cuarto lugar, la aseveración de Ecuador sugiriendo que el determinar un abuso del proceso "ciertamente" da derecho a un tribunal para "desestimar la jurisdicción sobre las demandas" es una caracterización harto errónea y de precedente internacional. Un abuso del proceso implica la jurisdicción del tribunal solo si "puede ser visto *como una cuestión de consentimiento* y, por lo tanto, de jurisdicción", porque se considera que el abuso de procedimiento cometido por el demandante "*constituye un componente clave [...] del consentimiento del estado anfitrión*" en virtud del TBI pertinente (*por ejemplo*, en casos de inversiones que sirvan de pretexto y cambios en la nacionalidad).³²

República Argentina (Caso CIADI No. ARB/07/5), Decisión sobre jurisdicción y Admisibilidad, 4 de Agosto de 2011, en par. 657 (donde se desestima una demanda por abuso de proceso, apoyado en la presunta utilización indebida de los recursos interpuestos por el representante del demandante, incluso después de determinar que la conducta del representante era "moralmente condenable"); Documento probatorio CLM-259, *Quiborax S.A. contra Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 27 de septiembre de 2012, en sus párrafos 297-298 (que sostiene "que los demandantes no participaron en... abuso de proceso" al incurrir en "la "creación de las condiciones necesarias para establecer la jurisdicción del CIADI"); Documento probatorio CLM-15, *Saipem S.p.A. contra la República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07 de la Decisión sobre jurisdicción y recomendación de medidas provisionales, de fecha 21 de marzo de 2007, en sus párrafos 156-158 (en que se desestima la demanda por abuso de proceso apoyándose en el alegato, esgrimido por el demandante, de uso del arbitraje previsto en el Tratado para eludir la anulación del laudo de la Corte Internacional de Arbitraje en los tribunales de Bangladesh); Documento probatorio CLM-281, Derecho de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia contra Estados Unidos), 1952 I.C.J. 176, 212 (27 de agosto 1952); Documento probatorio CLM-269, Caso de zonas pesqueras anglo-noruegas (Reino Unido contra Noruega), 1951 I.C.J. 116, 142 (18 de diciembre de 1951).

²⁹ Documento probatorio CLM-58, *Lauder contra la República Checa*, Reglamento de la CNUDMI, Laudo Final, de fecha 3 de septiembre de 2001, en par. 179 ("Tampoco hay abuso de proceso por el alegato, esgrimido por el demandante, de falta de revelación de un caso *prima facie* donde el demandado haya infringido el Tratado. Ninguna obligación de este tipo puede derivarse del Tratado o de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Mucho menos podría la ausencia de tal revelación ocasionar que el Tribunal Arbitral carezca de jurisdicción").

³⁰ Ver el Documento probatorio CLM-257, *Pac Rim Cayman LLC contra la República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción del demandado, en par. 2.107 (énfasis agregado).

³¹ Ver Contra-Memorial de Ecuador, párrafos. 267-269.

³² Documento probatorio RLA-106, *Abaclat y otros contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, de fecha 4 de agosto de 2011, en par. 649 (i). Ver también el Documento probatorio CLM-257, *Pac Rim Cayman LLC contra la República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción del demandado, en par. 2.107 (donde se explica que, para que un tribunal se declare incompetente por razón de un abuso del proceso, el demandado debe establecer que el demandante "manipula [ó] el proceso [arbitral]... de mala fe *para obtener acceso indebido al arbitraje internacional*.")(énfasis agregado). Ver, *por ejemplo*, el Documento probatorio RLA-92, *Phoenix Action, Ltd. contra la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 15 de abril de 2009, en par. 120-150 (donde se rechaza el ejercicio de jurisdicción sobre una demanda en la cual se

73. Cuando el alegato de abuso de proceso no tiene relación alguna con el consentimiento del estado demandado a arbitrar en el marco del Tratado pertinente, de cualquier modo, el mismo no podrá ser invocado como base para declinar su jurisdicción. Tal como el tribunal explicó en litigio *CME Czech Republic contra la República Checa* cualquier "posible abuso" del proceso no podría privar sobre el tribunal de la jurisdicción "garantizado" por el TBI".³³ Del mismo modo, en *Azurix Corp. contra la República Argentina*,³⁴ y *Waste Management contra los Estados Unidos Mexicanos*,³⁵ los tribunales rechazaron las demandas de abuso de proceso, donde los alegatos de tal abuso no implicaban el consentimiento de los estados demandados para arbitrar en el marco de los Tratados pertinentes.

74. En resumen, la afirmación de Ecuador al catalogar como abuso del proceso la demanda por denegación de justicia formulada por MSDIA, carece de fundamento. MSDIA ha ejercido de buena fe sus demandas en este arbitraje, con el fin de proteger sus derechos en virtud del TBI Ecuador - Estados Unidos y para preservar su inversión en Ecuador. Ecuador no ofrece ninguna evidencia que muestre lo contrario y ni siquiera se ha acercado a cumplir con la carga necesaria para probar un abuso del proceso.

4. El Agotamiento de los recursos de reparación locales es irrelevante para la admisibilidad o "madurez" de una demanda por denegación de justicia

75. Finalmente, como alternativa a su objeción a la jurisdicción, Ecuador también afirma que la supuesta omisión de MSDIA de agotar los recursos de reparación locales hace que sus demandas sean inadmisibles.³⁶ Ecuador *no* cita laudo o sentencia

conoce de una inversión "hecha con el único fin de involucrarse en la actividad jurídica internacional", dado que no es válido "considerar al TBI como vía para acceder al mecanismo de solución de disputas del CIADI para inversiones no realizadas de buena fe"); Documento probatorio RLA-124, *ST-AD GmbH (Alemania) contra la República de Bulgaria*, CNUDMI, Laudo sobre jurisdicción, de fecha 18 de julio de 2013, en sus párrafos 420-425 (en que se rechaza el ejercicio de jurisdicción sobre una demanda entablada por un demandante que había cambiado su nacionalidad después del surgimiento de la disputa y que se apoyaba en el argumento de que el TBI no podía concebirse como un medio "para proteger... inversiones nacionales disfrazadas de inversiones internacionales o disputas internas reempacadas como disputas internacionales para el único propósito de obtener acceso al arbitraje internacional").

³³ Documento probatorio CLM-237, *CME Czech Republic B.V. contra la República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, de fecha 13 de septiembre de 2001, en par. 412 (énfasis agregado).

³⁴ Documento probatorio CLM-231, *Azurix Corp. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 8 de diciembre de 2003, en par. 23. Argentina también argumentó que el tribunal carecía de jurisdicción debido a que el contrato de concesión subyacente contenía una cláusula de elección de foro que otorgaba competencia exclusiva a los tribunales provinciales de la Argentina. *Id.*

³⁵ Documento probatorio CLM-267, *Waste Management contra México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/98/2, Decisión sobre jurisdicción, de fecha 2 de junio de 2000, en sus párrafos 22-49.

³⁶ Incluso si la supuesta omisión de MSDIA de no agotar los recursos de reparación locales hiciera que sus demandas fuesen inadmisibles (que no es el caso), tal omisión carecería de importancia con respecto a la jurisdicción del Tribunal. Admisibilidad y jurisdicción son conceptos distintos. Documento probatorio CLM-355, J. Paulsson, "Jurisdicción y Admisibilidad," en *GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION: LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER* (G. Aksen, et al., eds.) (2005), en 617. Ver también Documento probatorio CLM-317, G. Fitzmaurice, *THE LAW AND PROCEDURE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE* (1986), en 438-439. Los defectos en la admisibilidad no son una base adecuada para negar la jurisdicción sobre una demanda. Ver el Documento probatorio RLA-113, *ICS Inspection and Control Servs. Ltd. contra la*

internacional alguna, ni siquiera comentarios que respalden esta aseveración, que es obviamente errónea. Ecuador se limita a afirmar en una sola frase de su Contra-Memorial que: "Por las mismas razones [tal como figuran en respaldo de su objeción a la jurisdicción], las demandas de Merck no son maduras y son, por tanto, inadmisibles."³⁷

76. Tal como Sir Gerald Fitzmaurice ha explicado, la impugnación de la admisibilidad de una reclamación se apoya en "algunos motivos *distintos de* [los] fundamentos primordiales" de la demanda.³⁸ Como se explicó anteriormente, el agotamiento de los recursos de reparación locales es un elemento esencial de los fundamentos de una demanda por denegación de justicia, y no es más pertinente a la admisibilidad de lo que es a la jurisdicción. El profesor Paulsson explica que "el agotamiento de los recursos de reparación locales en el contexto de la denegación de justicia... *no es cuestión de procedimiento o admisibilidad*, sino un elemento medular inherente al delito."³⁹

77. El profesor Amerasinghe explica igualmente que el requisito de agotamiento de los recursos de reparación locales *no es pertinente a la[s] "objeción[es] preliminar[es]"*, como la admisibilidad o jurisdicción en el contexto de una demanda por denegación de

República Argentina, Caso PCA N° 2010-9 (Reglamento de la CNUDMI), Laudo sobre jurisdicción, de 10 de febrero de 2012, en sus párrafos 252-262; Documento probatorio RLA-106, *Abaclat y otros contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, de fecha 4 de agosto de 2011, en par. 496 (en que se sostiene que "cualquier incumplimiento de" un requisito para litigar en los tribunales nacionales durante 18 meses antes de la solicitud de un arbitraje "no puede conducir a la falta de jurisdicción del CIADI, y solo -en todo caso- a la falta de admisibilidad de la demanda"). Tal como el tribunal de *Chevron I* explicó: "Una objeción a la admisibilidad de una demanda no impugna, por supuesto, la jurisdicción de un tribunal sobre las partes en disputa y su disputa; por el contrario, supone necesariamente la existencia de tal jurisdicción; y solo objeta al ejercicio del tribunal de tal jurisdicción para decidir los fundamentos de una demanda más allá de una objeción preliminar".

Ver Documento probatorio CLM-108 *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra la República de Ecuador*, Caso PCA N° 2009-23, 1976 Reglamento de la CNUDMI, Tercer laudo provisional sobre jurisdicción y admisibilidad, de fecha 27 de Febrero de 2012, en par. 4.91.

³⁷ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 265.

³⁸ Documento probatorio CLM-317, G. Fitzmaurice, *THE LAW AND PROCEDURE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE* (1986), en 438-439. En consonancia con la opinión del profesor Paulsson, Sir Gerald Fitzmaurice ha reconocido que el requisito de agotamiento de los recursos de reparación locales puede ser una cuestión de admisibilidad *si* sirve como condición procedimental previa a la presentación de una demanda ante un foro internacional. *Id.* en pie de página. 6.

³⁹ Documento probatorio CLM-99, J. Paulsson, *THE LAW AND PROCEDURE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE* (1986), en 7 (énfasis agregado). Ver también el Segundo informe del experto Paulsson, en par. 10 ("A pesar de que Ecuador sostiene que esta investigación [sobre agotamiento] también podría ser vista en términos de la madurez o admisibilidad de la demanda, esto confunde el tratamiento procesal de agotamiento de los recursos de reparación locales en la mayoría de los contextos internacionales con su función sustantiva en el contexto de la denegación de justicia."); Documento probatorio CLM-15, *Saipem S.p.A. contra la República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre jurisdicción y recomendación sobre medidas provisionales, de fecha 21 de marzo de 2007, en par. 151 ("en donde se explica que el "requisito [de agotar los recursos de reparación locales] sí se aplica a demandas basadas en la negación de justicia, *pero esta no es una cuestión de la admisibilidad* de la demanda, sino un requisito sustantivo.") (énfasis agregado); Documento probatorio RLA-55, *The Loewen Group, Inc. y Raymond Loewen contra Estados Unidos de América*, Laudo, de fecha 26 de junio de 2003, en par. 153 (donde se explica que "dado el caso que el alegato de violación del derecho internacional se apoyara en un acto judicial... la búsqueda de los recursos de reparación locales tiene un papel en la creación de la base de la queja de que ha habido una violación del derecho internacional").

justicia. El profesor Amerasinghe deja claro que el requisito más bien "*siempre tiene que ser Tratado como una cuestión relacionada con los fundamentos*":

"Si se considerara como una cuestión de sustancia, entonces, el hecho de no agotar los recursos de reparación locales es pertinente para los fundamentos; porque sin este factor no podría haber causa de acción. ***Por ello, siempre tendría que ser Tratado como un asunto relacionado con los fundamentos.*** El Juez Hudson adoptó este punto de vista en el caso de ferrocarril *Panevezys-Saldutiskis* donde en una opinión disidente, afirmó: "Esta no es una norma de procedimiento,"... "No es simplemente una cuestión de conducta ordenada. Es parte de la ley sustantiva en lo relativo a la responsabilidad internacional, es decir, a la responsabilidad de Estado a Estado. De esta manera basó su opinión respecto a si la cuestión debía tratarse apoyándose en los fundamentos, o como una objeción preliminar, partiendo del carácter sustantivo o procesal de la norma".⁴⁰

78. El argumento de Ecuador de que la reclamación de MSDIA no está "madura" se apoya en la aseveración de Ecuador de que MSDIA no agotase los recursos de reparación locales, es decir, en el alegato de ausencia de un elemento medular de los fundamentos de la demanda. El argumento de Ecuador es, pues, un argumento de fundamentos, no un argumento de inadmisibilidad.⁴¹

79. En *Arif contra Moldavia*, el Estado demandado argumentó que los alegatos del demandante de "maltrato por parte del poder judicial moldavo" no estaban "maduros para el arbitraje", porque el demandante no había "agotado los recursos de reparación locales."⁴² El tribunal, sin embargo, no estuvo de acuerdo, y explicó que una objeción de madurez aseverada sobre el hecho de que un demandante no haya probado un elemento de su reclamación por denegación de justicia debe ser abordado sobre los fundamentos, no sobre la admisibilidad o la jurisdicción:

"Incluso para las demandas por denegación de justicia, el agotamiento de los recursos de reparación locales es una cuestión que debe abordarse con los fundamentos de la disputa. Se trata de una norma sustantiva, y no un aumento en el nivel de exigencia procedimental".⁴³

⁴⁰ Documento probatorio CLM-292, C. Amerasinghe, STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS, en 202-203.

⁴¹ Ver Documento probatorio CLM-355, J. Paulsson, "Jurisdiction and Admissibility," en GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION (2005), en 607 (donde se explica que las impugnaciones de madurez afirmadas sobre el hecho de que un demandante no logre probar uno de los elementos medulares de su demanda son similares a las "solicitudes fallidas", no impugnaciones a la admisibilidad).

⁴² Documento probatorio RLA-120, *Arif contra Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, de fecha 8 de abril de 2013, en par. 129.

⁴³ Documento probatorio RLA-120, *Arif contra Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, de fecha 8 de abril de 2013, en par. 346 (énfasis agregado). El único comentario citado por Ecuador no hace nada para apoyar su posición. Ver Documento probatorio RLA-130, V. Heiskanen, "¿Menage a Trois? Jurisdicción, admisibilidad y competencia en el arbitraje de Tratados de inversión", Revista del CIADI (2013). Ecuador se aprovecha de la declaración del artículo en el sentido de que las demandas por denegación de justicia "[no] pueden ser llevadas ante una corte o tribunal internacional" antes de que se hayan agotado los recursos de reparación locales, pero esta aseveración es claramente errónea, tal como los propios expertos de Ecuador reconocen. Ver más arriba, en par. 56. De hecho, el autor del artículo en otro lugar cita, aprobando la declaración del profesor Paulsson, de que el

B. Esta disputa se refiere a una "inversión" en el sentido del TBI Ecuador - EE.UU.

80. Ecuador también argumenta que este Tribunal carece de jurisdicción porque MSDIA no ha demostrado que esta disputa surja como consecuencia de, o se relacione con, los derechos con respecto a una "inversión", como se definen en el Artículo I(1)(a) del Tratado.⁴⁴ Este esfuerzo de negar la jurisdicción del Tribunal para decidir sobre los fundamentos de las demandas de MSDIA también carece de base.

81. Como se detalla en el Memorial de MSDIA, esta disputa se refiere a la violación por parte de Ecuador de sus obligaciones en virtud del Tratado con respecto a la inversión de MSDIA en Ecuador. En principio MSDIA hizo esta inversión hace más de cuarenta años, cuando estableció presencia local en Ecuador para operar un negocio en marcha en el área farmacéutica dentro del mercado nacional.

82. La filial ecuatoriana de MSDIA se estableció de conformidad con los requisitos de la legislación ecuatoriana sobre compañías, y su ejercicio económico se realiza de conformidad con una autorización de explotación de la Superintendencia de Compañías. Dicha filial posee locales, empleados, cuentas bancarias, inventarios, cuentas por cobrar, autorizaciones de las autoridades, contratos y otras señas de identidad de una compañía en marcha, dentro del territorio de Ecuador. Contribuye significativamente a la economía de Ecuador a través del capital que aporta, los ingresos e impuestos que genera, y los sueldos que paga, así como contribuye a la salud pública en Ecuador a través del suministro de medicamentos que salvan vidas y sus esfuerzos en la erradicación de enfermedades.

83. Ecuador sostiene que MSDIA no tiene una inversión protegida en Ecuador debido a que su ejercicio económico en Ecuador se realiza a través de una sucursal, en lugar de una corporación o compañía.⁴⁵ Esto ignora la amplia definición de "inversión" en el marco del Artículo I(1)(a) del Tratado.

84. Según lo establecido en las secciones siguientes, nada en la definición de "inversión" del Tratado exige que las inversiones adopten una forma social particular, o que, de otro modo, excluya a las inversiones que se estructuran como sucursales del amparo del Tratado.

85. La sucursal de MSDIA tiene las características que acostumbradamente se asocian con las inversiones en el sentido que describe el Tratado, y tiene el mismo carácter que una compañía, incluido expresamente como un ejemplo ilustrativo de una inversión amparada. Si una compañía comercial en marcha estructurada como compañía se incluye expresamente dentro de la amplia definición de "inversión", no hay ninguna razón para excluir a una compañía comercial en marcha que tenga atributos similares, pero está estructurada como una sucursal.

"[a]gotamiento de los recursos de reparación locales en el contexto de una denegación de justicia *no es... una cuestión de procedimiento o de admisibilidad.*" *Id. en 8 pie de página 29 (énfasis agregado).*

⁴⁴ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 53.

⁴⁵ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 163.

86. Además, y de forma independiente, no hace ninguna diferencia el que la sucursal en sí misma sea una inversión amparada; la sucursal de MSDIA utiliza activos en Ecuador abarcados expresamente en la definición de la inversión, incluyendo propiedades tangibles e intangibles, cuentas por cobrar, licencias y permisos, de conformidad con la ley ecuatoriana. Los activos propiedad de MSDIA en Ecuador se utilizan para el ejercicio económico del negocio en marcha en Ecuador, y están expresamente incluidas en la definición de "inversión" en el marco del Tratado.⁴⁶

87. Ecuador no niega que MSDIA posea activos en Ecuador que estén expresamente dentro de la definición de "inversión" en el marco del Tratado. Ecuador sostiene, sin embargo, que dichos activos se utilizan solo en la realización de "transacciones comerciales transfronterizas" y, por lo tanto, no son inversiones protegidas.⁴⁷ El argumento de Ecuador describe erróneamente la naturaleza del negocio de MSDIA en ese país.

88. MSDIA no vende productos en Ecuador a través de una serie de simples "operaciones comerciales transfronterizas", como Ecuador sugiere. Por el contrario, la sucursal de MSDIA opera un negocio establecido *dentro* del territorio de Ecuador, comercializando, vendiendo y distribuyendo productos farmacéuticos a los compradores ecuatorianos. No se trata de simples transacciones comerciales transfronterizas.

89. Además, y de forma independiente, este Tribunal tiene jurisdicción subyacente porque el litigio NIFA contra MSDIA implicó la venta de la planta de fabricación de MSDIA, que Ecuador admite era una inversión. Ecuador sostiene que, aunque la planta de fabricación Valle de Chillos de MSDIA era una inversión, el litigio *NIFA contra MSDIA* que subyace a esta disputa no surgió de la venta por parte de MSDIA de tal inversión y, por tanto, Ecuador no tiene obligaciones en virtud del Tratado con respecto a ese litigio.⁴⁸ Este argumento se apoya en una caracterización errónea del litigio NIFA contra MSDIA litigios y una mala aplicación del Tratado.

90. En el litigio que dio lugar a las demandas de MSDIA en virtud del Tratado, NIFA demandó a MSDIA alegando que esta última violaba las leyes antimonopolio al vender la planta de Valle de Chillos a otro comprador ecuatoriano y no a NIFA. Tal como sostuvo la CNJ, el litigio "tuvo como origen la compra y venta fallidas de una planta industrial." La demanda de NIFA relacionada directamente con los esfuerzos de MSDIA por vender una inversión protegida, y los derechos de MSDIA en relación con el litigio están, por lo tanto, protegidos por el Tratado. Esta es una base separada e independiente para constatar que esta disputa surge de derechos con respecto a una inversión.⁴⁹

⁴⁶ Documento probatorio, RLM-33, K. Vandeveld, ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN DE ESTADOS UNIDOS (2009), en 114-115 (que afirman que la definición de "inversión" "se aplica a todas las inversiones y a nada más y nada menos") (énfasis agregado).

⁴⁷ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 163.

⁴⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 176.

⁴⁹ Documento probatorio C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en 21.

1. La sucursal de MSDIA en Ecuador es en sí misma una inversión protegida

91. Tal como se ha demostrado en el Memorial de MSDIA, el Tratado define "inversión" de manera muy amplia, como "***todo tipo de inversión en el territorio de una parte***", que es propiedad de, o controlada (directa/indirectamente) por nacionales o compañías de la otra parte". Según el propio experto ecuatoriano, el profesor Vandeveldel, la redacción tautológica de la ***definición*** de inversión - "inversión" "significa todo tipo de inversión"- fue intencional y "fue pensada para transmitir la flexibilidad que los redactores del TBI querían incorporar a la definición".⁵⁰

92. En otras palabras, el Tratado no tiene por objeto imponer una definición estricta, tipo fórmula de "inversión". Más bien, indica a los tribunales arbitrales que evalúen si el demandante tiene una "inversión" en el sentido del Tratado aplicando los factores que el tribunal considere adecuados a las circunstancias de cada caso.⁵¹

93. Aun brindando a los tribunales generosa flexibilidad, el Tratado establece una lista no exclusiva de ejemplos de "inversión", que ilustran la amplitud que se desea tenga esa definición. En concreto, el Artículo I(1)(a) del Tratado establece en su parte pertinente:

"Inversión" significa todo tipo de inversión en el territorio de una parte, que es propiedad de, o controlada (directa/indirectamente) por nacionales o compañías de la otra parte, como el patrimonio neto, la deuda, los contratos de servicios e inversiones; e incluye:

- i. bienes tangibles e intangibles, incluso derechos tales como hipotecas, gravámenes y prendas;
- ii. una compañía, acciones, otros intereses en compañías o intereses en sus activos;
- iii. un título de crédito o un derecho sobre alguna operación que tenga valor económico, y que está asociada con una inversión;
- iv. propiedad intelectual que incluya, entre otras cosas, derechos relativos a: obras literarias y artísticas, incluyendo grabaciones de sonido; invenciones en todos los campos de la actividad humana; diseños industriales; trabajos de grabado de semiconductores; secretos comerciales, *know-how*, e información confidencial de compañías; y marcas registradas, marcas de servicio y nombres comerciales; y

⁵⁰ Documento probatorio, RLM-33, K. Vandeveldel, Acuerdos Internacionales de Inversión de Estados Unidos (2009), en 114-115.

⁵¹ Ver el Memorial de MSDIA, en par. 207.

v. cualquier derecho conferido por ley o por contrato y cualquier licencia y permisos de conformidad con la ley".⁵²

94. Tal como se demostró en el Memorial de MSDIA y como se explica con mayor detalle más adelante, la sucursal de MSDIA claramente cumple con la definición de inversión en el Artículo I(1)(a).⁵³

95. En primer lugar, la sucursal de MSDIA en Ecuador tiene el mismo carácter de compañía en la legislación ecuatoriana, que se incluye expresamente dentro de la definición de inversión. Si un negocio en marcha estructurado como compañía es una inversión, una empresa en marcha similar estructurada como una sucursal debe considerarse también como una inversión.

96. En segundo lugar, la filial ecuatoriana de MSDIA tiene las características más a menudo asociadas con las inversiones. En particular, la filial de MSDIA posee los atributos de contribución, duración y riesgo.

97. En tercer lugar, numerosos comentaristas y tribunales en otros arbitrajes de inversión han considerado a las sucursales como inversiones. Por las mismas razones que tales tribunales y comentaristas encuentran a las sucursales como inversiones protegidas, la sucursal de MSDIA en Ecuador es una inversión protegida por el TBI Ecuador - EE.UU.

98. Por último, la propia ley de inversiones de Ecuador reconoce y define a las sucursales como inversiones extranjeras en Ecuador. De hecho, Ecuador ha manifestado formalmente a los inversores extranjeros que si establecen operaciones de sucursales, tales sucursales serían inversiones extranjeras amparadas en el marco de la ley ecuatoriana y en los Tratados bilaterales de inversión de los que Ecuador forma parte.

a) La sucursal de MSDIA en Ecuador tiene el mismo carácter de compañía que se incluye expresamente dentro de la definición de inversión

99. Ecuador sostiene que la sucursal de MSDIA no puede calificarse como inversión porque "al operar una sucursal en el territorio de Ecuador, por sí misma, no puede considerarse como una inversión que califique a Merck para obtener la protección prevista en el TBI".⁵⁴ El argumento de Ecuador ignora la muy amplia definición de "inversión" en virtud del Artículo I(1)(a) del TBI Ecuador - EE.UU.

100. De conformidad con el Artículo I(1)(a), una inversión incluye "todo tipo de inversión", y no se limita a una compañía que esté organizada según una forma de mercantil particular.⁵⁵ La sucursal de MSDIA se clasifica dentro de la definición de "inversión" en el Artículo I(1)(a), porque se constituyó en Ecuador, de conformidad con

⁵² Documento probatorio C-1, TBI Ecuador - EE.UU., art. 1 (a).

⁵³ Memorial de MSDIA, párrafos 203-219.

⁵⁴ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 163.

⁵⁵ *Ver más arriba*, en par. 93.

la ley ecuatoriana, a través de aportaciones de capital, con el fin de establecer una presencia local en marcha en Ecuador.⁵⁶

101. Ecuador sugiere que la sucursal de MSDIA no es una inversión, porque una sucursal no clasifica plenamente en el Artículo I(1)(a)(ii) del Tratado, que establece como ejemplo que "la inversión" incluye "una compañía, acciones, participaciones u otros intereses en compañías o intereses en sus activos".⁵⁷ Según Ecuador, la referencia a "compañía" en el Artículo I(1)(a)(ii) debe entenderse por referencia a la definición de "compañía" en el Artículo I(1)(b) del Tratado.⁵⁸ Ecuador afirma que "esta definición claramente no incluye la constitución de una sucursal en Ecuador," porque una sucursal no puede ser considerada "legalmente constituida" de conformidad con las leyes y reglamentos de Ecuador.⁵⁹

102. El argumento de Ecuador es incorrecto, porque el Artículo I(1)(b) no es pertinente a la cuestión de si MSDIA tiene una "inversión" en virtud del Artículo I(1)(a). El Artículo I(1)(b) define cuándo una entidad legal específica es un *inversionista* ("compañía" de una Parte) que pueda hacer valer sus derechos consagrados en el Tratado, pero no es pertinente para determinar si el negocio de ese inversionista es una *inversión* a la que las Partes en el Tratado deben protecciones sustantivas.⁶⁰ El Artículo I(1)(b) establece que una compañía puede ser considerada como un *inversionista*, siempre que se trate de "cualquier tipo de corporación, compañía, asociación, sociedad u otra organización legalmente constituida conforme a las leyes y reglamentos de una Parte..."⁶¹ MSDIA es una compañía legalmente constituida bajo las leyes de Delaware y, por lo tanto, califica como una compañía de los Estados Unidos en virtud del Artículo I(1)(b).

103. La cuestión de si MSDIA tiene una "inversión" protegida en Ecuador se rige por el Artículo I(1)(a).⁶² El Artículo I(1)(a)(ii) incluye como un ejemplo ilustrativo de

⁵⁶ Ver *abajo* en los párrafos 111-116.

⁵⁷ Ecuador argumentó en su Réplica a las medidas provisionales que el hecho de que la sucursal de MSDIA no fuera una entidad corporativa separada significaba que "no era" una compañía "a los efectos del Artículo I(1)(a)(ii)" del TBI. Negativa de Ecuador a la solicitud de MSDIA de medidas provisionales, de 24 de julio de 2012, en la nota 102. Esta fue, de acuerdo con Ecuador, una de las razones por las que MSDIA "no puede probar la existencia de una inversión protegida por el Tratado." *Id.* en par. 92 (énfasis agregado).

⁵⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par 160.

⁵⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en par 161 ("legalmente constituida" se refiere a la conformación de una persona jurídica con personalidad jurídica independiente y la constitución de una sucursal de una compañía extranjera no equivale a constituir una nueva persona jurídica independiente de la personalidad jurídica de su compañía matriz extranjera"), citando el informe del Prof. Roberto Salgado Valdez, de fecha 24 de febrero de 2014, ("Informe pericial Salgado") pp. 6-7.

⁶⁰ Esto es claro en el hecho de que el Artículo I(1)(b) define la frase "compañía" de una Parte", una frase que se utiliza en el Artículo I(1)(a) solo para hacer referencia a quién puede poseer o controlar una inversión. Ver Documento probatorio CLM-105, K. Vandeveld, ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN DE ESTADOS UNIDOS (2009), en 122.

⁶¹ Documento probatorio C-1, TBI Ecuador - EE.UU., Art. I(1)(b).

⁶² De esta manera, el informe experto del profesor Salgado que aborda la cuestión de si una sucursal es una entidad legalmente constituida en Ecuador no tiene relación con este caso. Ver Informe pericial Salgado. Los tribunales tienden a explicar la importancia de la personalidad jurídica de una sucursal solo en el contexto de determinar si una entidad es un inversionista, no una inversión. Ver, por ejemplo, el Documento probatorio RLM-42, *Murphy Exploration and Prod. Co. Int'l contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre

"inversión" a una "compañía o acciones, participaciones u otros intereses en compañías o en los intereses en sus activos."⁶³ La inclusión de "compañía" como un ejemplo del tipo de inversión que está protegida en virtud del Tratado de hecho *confirma* que el Tratado estaba destinado a proteger a las compañías en marcha en Ecuador, tales como la sucursal de MSDIA.

104. El experto ecuatoriano, profesor Vandavelde, ha reconocido que, bajo la muy amplia redacción del Artículo I(1)(a), las sucursales son reconocidas como inversiones protegidas. Los escritos de profesor Vandavelde sobre los acuerdos de inversión de Estados Unidos explican que "[el] término *"inversión"* significa toda inversión y *ciertamente una sucursal puede clasificarse dentro de esa definición*".⁶⁴

105. Ecuador sostiene que el comentario del profesor Vandavelde no es pertinente para la interpretación del término "inversión" en el TBI Ecuador - EE.UU. de 1992 porque su comentario fue hecho en el contexto de una explicación sobre el Modelo de TBI de Estados Unidos de 1994.⁶⁵ Ese argumento es fútil.

106. De hecho, en esta sección de sus escritos, el profesor Vandavelde estaba discutiendo las consecuencias de la adición de "sucursal" a la definición de "compañía" en el Artículo I(1)(b) del modelo de TBI de 1994. La explicación del profesor Vandavelde deja claro que la adición de la palabra "sucursal" en el Artículo I(1)(b) no tuvo ningún efecto sobre la interpretación de inversión conforme al Artículo I(1)(a), que ya era lo suficientemente amplia como para incluir sucursales. De esta manera, en el TBI Ecuador - EE.UU., la ausencia de la palabra "sucursal" de la definición de "compañía" no indica que una sucursal no sea una inversión en virtud del Artículo I(1)(a).

107. El profesor Vandavelde explica:

"El modelo de 1994 menciona el término 'sucursal' como una entidad que se ajusta a la definición de 'compañía' ". No obstante, la inclusión de la palabra 'sucursal' creó un problema conceptual. En el modelo de 1994, una compañía es una entidad "constituida u organizada conforme a la legislación aplicable". El término "sucursal", sin embargo, a menudo se refiere a una parte de una operación que no tiene existencia corporativa separada. Es decir, una sucursal no está necesariamente constituida como tal según el derecho aplicable. De esta manera, el modelo de 1994 parecía, técnicamente hablando, excluir de la definición de "compañía" a cualquier sucursal que no estuviese constituida por separado.

Tal exclusión tendría consecuencias diferentes, dependiendo de cómo se utilizara el término "compañía". Una compañía puede ser una inversión o un inversionista. *En los casos en que "compañía" se refiere a una inversión, el dilema de si una sucursal se clasifica dentro de la definición de "compañía" no debería tener*

jurisdicción (15 diciembre, de 2010), en par. 119.

⁶³ Ver más arriba, en par. 93.

⁶⁴ Documento probatorio CLM-105, K. Vandavelde, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), en 122.

⁶⁵ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 160.

consecuencia práctica alguna. El término "inversión" significa toda inversión y ciertamente una sucursal puede clasificarse dentro de esa definición independientemente de que esté o no constituida por separado, e independientemente de que sea o no una 'compañía'. No obstante, en los casos en que "compañía" se refiere a un inversionista, el hecho de que la sucursal no esté constituida por separado es potencialmente significativo porque, según el modelo de 1994, si una sucursal no es una compañía o un nacional, entonces no puede ser un inversionista".⁶⁶

108. Ecuador sugiere que una filial ecuatoriana tiene atributos diferentes a los de una compañía ecuatoriana, y que por lo tanto, el Artículo I(1)(a)(ii), no es compatible con una interpretación de inversión que incluya a las sucursales.⁶⁷ No obstante, tal como se explica en el informe pericial del Dr. Fabián Flores Paredes, experto en la ley ecuatoriana de compañías, las sucursales y compañías tienen atributos y derechos similares en la legislación ecuatoriana, y ambas son consideradas como "inversión" según la ley ecuatoriana de inversiones.⁶⁸

109. De hecho, el Dr. Flores explica que "una compañía extranjera que desee participar continuamente en transacciones comerciales dentro de Ecuador debe establecer una sucursal en Ecuador, o constituir una nueva compañía (filial) bajo la ley local". Una vez establecida en Ecuador de acuerdo con ciertos requisitos de domiciliación, explica el Dr. Flores, las sucursales de compañías extranjeras "adquieren los mismos derechos y obligaciones que las compañías ecuatorianas, y la ley no discrimina entre ellas".⁶⁹ Entre otras cosas, tanto las sucursales como las compañías deben aportar y mantener un mínimo obligatorio de capital legal, designar a un agente registrado local, pagar la misma tasa de impuesto sobre la renta de compañías, y regirse por las mismas reglas de presentación de información financiera y auditorías.⁷⁰ Además, la ley ecuatoriana establece la igualdad de protección para las sucursales de compañías extranjeras y las compañías constituidas en el país.⁷¹⁷²

⁶⁶ Documento probatorio CLM-105, K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), en 122. El profesor Vandeveld explicó que este problema se abordó en el Modelo de TBI de 2004: "El modelo de 2004 aborda el problema de que la ausencia de una entidad corporativa separada podría privar a una sucursal del estatus de compañía en el marco del modelo de 1994. Dispone que el término "empresa" incluya a "una sucursal de una empresa." Esto, a su vez, significa que una sucursal que carezca de existencia corporativa separada está, sin embargo, incluida explícitamente en la definición de "inversión" en virtud de su inclusión explícita dentro del término "empresa". Más importante aún, una sucursal que carezca de existencia corporativa separada puede, no obstante, ser un inversionista".

⁶⁷ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 161 (que se basa en el informe pericial Salgado, quien enumera las diferencias entre compañías y sucursales).

⁶⁸ Informe pericial Dr. Fabián Flores Paredes, de fecha 7 de agosto del 2014 ("Informe del Experto Flores"), página 2, 7-10 (donde se señala que "el Dr. Salgado pone el acento en las diferencias de poca importancia en relación con el tratamiento en el marco de la ley local de compañías y sucursales locales... [Las] diferencias que el Dr. Salgado menciona en su informe no afectan el [argumento según el cual] una sucursal de una compañía extranjera... sea considerada una inversión en la legislación ecuatoriana").

⁶⁹ Informe pericial Flores, p. 6.

⁷⁰ Informe pericial Flores, en las págs. 2-7.

⁷¹ Informe pericial Flores, en p. 6.

⁷² Informe pericial Dr. Fabián Flores Paredes, de fecha 7 de agosto del 2014 ("Informe pericial Flores"), página 2.

110. Del mismo modo que no hay nada en la ley ecuatoriana que discrimine a las inversiones realizadas a través de sucursales en comparación con las compañías, no existe nada en la definición de "inversión" en el Tratado que la condicione a poseer una forma societaria particular o que de otra manera la excluya de la protección que brinda el Tratado a las inversiones estructuradas como sucursal.⁷³ La sucursal de MSDIA tiene el mismo carácter que una compañía, que se incluye expresamente en la definición dentro del Tratado como un ejemplo ilustrativo de una inversión amparada por éste. Si un negocio en marcha estructurado como una compañía se incluye expresamente dentro de la amplia definición de inversión, no hay ninguna razón para excluir a un negocio en marcha que tenga atributos similares, pero que está estructurado como una sucursal.

- b) La sucursal de MSDIA tiene las características comúnmente asociadas con una inversión, a saber, Contribución, Duración y Riesgo

111. El Memorial de MSDIA estableció que la sucursal de MSDIA tiene las características que Ecuador ha identificado como más a menudo asociadas a las inversiones, a saber, contribución, duración y riesgo.⁷⁴ Según lo establecido en el Memorial de MSDIA, su sucursal contribuye a la economía de Ecuador a través del capital con que contribuye,⁷⁵ los ingresos que genera, los impuestos y sueldos que paga, además de los aportes a la salud pública en Ecuador a través del suministro de medicamentos que salvan vidas y contribuyen a la erradicación de enfermedades.⁷⁶

⁷³ En el Modelo de TBI de EE.UU. de 1994, Estados Unidos modificó la definición de "compañía" para incluir expresamente a una "sucursal", y para referirse tanto a los "inversionistas" como a las "inversiones". Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 160 (que hace referencia a este hecho y a la explicación de sus expertos en los escritos que han propuesto); Documento probatorio CLM-105, K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), en 122). Además, en el modelo de TBI de 2004, el término "compañía" se sustituyó con el aún más amplio término "empresa" y se definió de modo que incluyera a "una sucursal de una empresa." Ver el Documento probatorio CLM-105, K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), en 122. Del mismo modo, en su TBI con Canadá de 1996, Ecuador incluyó el término "sucursal" en la lista de entidades que pueden constituir una "empresa", un término que se utiliza como ejemplo de una entidad que puede ser tanto una inversión o un inversionista. El Documento probatorio CLM-285, Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Ecuador para la Protección de Inversiones y Promoción Recíproca ("TBI Canadá-Ecuador") de fecha 6 de junio de 1997, Artículo 1 (b). Estos modelos y Tratados posteriores son importantes en la medida en que confirman el claro significado de la amplia definición de inversión en el TBI entre Estados Unidos y Ecuador en el sentido que no pretenden excluir a las sucursales. Ver el Informe pericial Ratner, en par. 45 ("Un modelo de TBI propuesto por algún Estado después de la conclusión de Tratados bilaterales previo puede ser una forma de práctica ulterior, a pesar de que solo sería de una de las partes")(citando el Documento probatorio CLM-362, Anthea Roberts, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States," 104 American Journal of International Law 179, 221-22 (2010)).

⁷⁴ Ver Memorial de MSDIA, en par. 207 (donde se observa que la mayoría de los tribunales han considerado estas características en el contexto de una evaluación totalizante de la inversión del demandante en el estado anfitrión).

⁷⁵ MSDIA ha contribuido con 26 millones de dólares para su filial ecuatoriana durante su existencia. Documento probatorio C-274, Información general de MSDIA registrada en la Superintendencia de Compañías, disponible en <http://www.supercias.gob.ec/portal/> (p. 27, estados financieros correspondientes al año 2013).

⁷⁶ Los tribunales han sostenido que la contribución incluye tanto a las contribuciones financieras como a las contribuciones de know-how, personal o servicios. Ver Memorial de MSDIA, en par. 208. Ecuador acepta esta definición de contribución. Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 165, en la nota 252. El Dr. Flores señala que el experto ecuatoriano, el Dr. Salgado, en su libro, *Compañías y entidades extranjeras en Ecuador*, "explica que la inversión extranjera puede hacerse no solo a través de aportes de capital a una sucursal, sino también contribuciones de "activos intangibles" y que los 'por activos intangibles se debe entender derechos de propiedad intelectual.'

MSDIA ha operado su sucursal de forma continua durante los últimos cuarenta años, con lo cual cumple a plenitud cualquier requisito concebible en lo tocante a duración.⁷⁷ Por otra parte, el ejercicio económico de un negocio en marcha en Ecuador implica un riesgo significativo para MSDIA, que no puede estar segura de un retorno sobre el dinero que ha invertido en la construcción de ese negocio.⁷⁸

112. Ecuador no niega ninguno de los hechos que MSDIA ha presentado con respecto a las contribuciones de su sucursal a la economía y la salud pública en Ecuador, la duración de las operaciones de su sucursal, o los riesgos que MSDIA asume como resultado de poseer una sucursal en Ecuador. No obstante, Ecuador afirma que MSDIA no ha logrado "probar que ha hecho alguna contribución en el territorio de Ecuador," porque supuestamente "no ha proporcionado ninguna prueba documental" que respalde estos hechos.⁷⁹

113. Con su Memorial, MSDIA presentó el testimonio del Sr. John Canan en el que expone detalladamente los atributos de la sucursal de MSDIA en Ecuador. Ecuador no ha impugnado ese testimonio ni ha ofrecido pruebas en contrario. MSDIA también proporcionó los estados financieros auditados de su sucursal ecuatoriana, que incluyen información tributaria dentro de ese país.⁸⁰ Gran parte de evidencia adicional que confirma las aportaciones de la sucursal de MSDIA y su duración - por ejemplo, documentos relativos al registro de la sucursal de conformidad con la ley ecuatoriana, la adquisición y mantenimiento de los permisos de explotación y la recepción de los permisos para vender sus productos - que figuran en el registro público de la Superintendencia de Compañías de Ecuador.

"Informe pericial Flores, p. 8 (citas internas omitidas). MSDIA ha hecho contribuciones financieras a Ecuador al aportar capital para comprar activos en Ecuador, de modo que genera ingresos en Ecuador al vender sus productos farmacéuticos, al pagar impuestos al Gobierno, al emplear trabajadores ecuatorianos, y al pagar salarios a los empleados. Ver Memorial de MSDIA, en sus párrafos 17-24; Tercera declaración del testigo Canan en los párrafos. 4-20; Informe pericial Flores, en p. 12. MSDIA también ha contribuido con *know-how* importante en la forma de capacitación para su fuerza de trabajo y para los médicos y profesionales de la medicina en Ecuador. MSDIA también ha contribuido a la salud pública en Ecuador mediante la distribución, entre el pueblo ecuatoriano, de productos farmacéuticos para salvar y cambiar vidas, patentados y de marca registrada, con los cuales se trata una amplia gama de enfermedades y afecciones debilitantes, incluyendo el VIH, otras enfermedades infecciosas, enfermedades cardiovasculares, y diabetes. También ha participado en una campaña para erradicar la ceguera de los ríos (oncocercosis) en Ecuador. Memorial de MSDIA, párrafos. 17-24; Tercera declaración del testigo Canan en los párrafos. 4-20.

⁷⁷ Si bien los tribunales no han convenido ningún lapso específico a efectos de determinar si una inversión cumple con el requisito de duración, en todo caso, el ejercicio económico de un negocio desde hace cuarenta años resulta más que suficiente. Ver Memorial de MSDIA, en sus párrafos 214-215. MSDIA estableció su sucursal en Ecuador en 1973. Ver Memorial de MSDIA, en par. 20; Tercera declaración del testigo Canan en el par. 6

⁷⁸ El riesgo de inversión generalmente se entiende como la amenaza a la cual se enfrenta el inversionista extranjero de no percibir el retorno de su inversión. Ver Memorial de MSDIA, en sus párrafos 216-217. Ecuador se apoya en esta definición de "riesgo de la inversión". Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 171. MSDIA asumió riesgos comerciales significativos al adquirir activos y al establecer un negocio dentro de Ecuador, sin ningún tipo de garantías de que tendría éxito en el competitivo mercado farmacéutico ecuatoriano. Mediante el establecimiento de un negocio en Ecuador, MSDIA también se ha expuesto a la jurisdicción de los tribunales y entes reguladores de Ecuador

⁷⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 165.

⁸⁰ Documento probatorio C-82, Estados Financieros de Merck, Sharp & Dohme (sucursal de la corporación interamericana-Ecuador, del 31 de diciembre de 2007 y 2006.

114. Aunque esta evidencia ya está en posesión de Ecuador, MSDIA solicitó a su experto en derecho de mercantil, el Dr. Flores, revisar los registros públicos disponibles y proporcionar información adicional relacionada con la sucursal ecuatoriana de MSDIA.⁸¹ MSDIA presenta también un certificado de la Superintendencia de Compañías que hace constar la validez del permiso de explotación de la sucursal de MSDIA.⁸²

115. El Dr. Flores explica:

"He revisado documentos relativos a las actividades de la sucursal de MSDIA en Ecuador, tanto aquellos que se encuentran disponibles al público como los que me fueron proporcionados por los abogados de MSDIA. Tal como explico más adelante, estos documentos muestran que MSDIA ha (i) asignado capital a la sucursal y en otros aspectos cumple con los requisitos legales de su domiciliación en 1973, (ii) logrado mantenerse en buena posición desde ese momento, (iii) ejecutado las actividades en cumplimiento de su objeto social, (iv) contratado a cientos de empleados, (v) sido representada por agentes debidamente autorizados, (vi) presentado informes anuales ante la Superintendencia de Compañías, y (vii) cumplido con sus obligaciones de seguridad social y de impuestos exigidas por la ley ecuatoriana. Apoyándose en estos documentos, también es evidente que MSDIA, a través de su sucursal ecuatoriana, ha hecho una inversión sustancial (tal como se define en la legislación ecuatoriana) en Ecuador".⁸³

116. Toda esta evidencia adicional confirma la información que fue previamente proporcionada con el Memorial de MSDIA.

117. Ecuador también argumenta que la sucursal de MSDIA no hace ninguna contribución en el territorio de Ecuador, porque se dedica a "la realización de operaciones de venta en Ecuador".⁸⁴ No hay nada en el texto del TBI Ecuador - EE.UU, ni en ninguna otra norma de derecho internacional que excluya de la protección de los Tratados bilaterales de inversión a las compañías extranjeras que se dedican a operaciones de venta dentro de los países anfitriones.

118. Cuando un inversionista extranjero aporta capital, *know-how*, servicios, u otros activos al Estado anfitrión para construir un negocio, la actividad económica que su compañía lleva a cabo en ese estado queda protegida, independientemente de que se dedique a la extracción de recursos naturales, a la prestación de servicios, o a vender productos a los consumidores u otros negocios. Ecuador no cita un solo caso que apoye su reclamación aduciendo las que operaciones "puramente comerciales... (importación, venta y distribución de productos farmacéuticos)" no puedan cumplir con la definición de inversión.⁸⁵

119. El único caso que Ecuador sí cita, *Romak contra Uzbekistán*, no respalda el alegato de Ecuador. Ecuador sugiere que el tribunal de *Romak* sostuvo que un negocio dedicado a

⁸¹ Ver el Informe pericial Flores, en las págs. 10-12.

⁸² Ver el Documento probatorio C-272, Certificado del Registro Mercantil, fechado en Quito el 29 de mayo de 2014.

⁸³ Informe pericial Flores, en p. 10.

⁸⁴ Contra-Memorial de Ecuador, en sus párrafos 164, 166 ("Merck no puede demostrar que ha hecho una contribución sustancial alguna en el territorio de Ecuador debido a la naturaleza puramente comercial de sus operaciones (importación, venta y distribución de productos farmacéuticos)")

⁸⁵ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 166.

transacciones de ventas no aportó nada más que "un riesgo comercial de contrapartida puro, o expresado de otro modo, el riesgo de hacer negocios en general" y por lo tanto no podía calificar como inversión.⁸⁶

120. No obstante, en el pasaje que Ecuador cita selectivamente, el tribunal de *Romak* se refería al argumento del demandante de que su único contrato de venta transfronteriza con el estado demandado implicaba "riesgo de inversión".⁸⁷ Al rechazar ese argumento, el Tribunal observó que:

"[T]odos los contratos incluyendo los contratos que no constituyen una inversión conllevan el riesgo de incumplimiento. No obstante, *este tipo de riesgo* es puramente comercial, riesgo de contrapartida, o, dicho de otro modo, el riesgo de hacer negocios en general. En consecuencia, no es un elemento útil para el propósito de distinguir entre una inversión y una transacción comercial".⁸⁸

121. Este pasaje propone que, aunque que un único contrato por sí solo puede o no implicar riesgo de inversión, el factor determinante no es si existe riesgo de contrapartida. No sugiere que un negocio comercial que implique la venta y distribución continuas de productos - como el negocio de la sucursal de MSDIA - no incurra en "riesgo de inversión". Eso no tendría ningún sentido.

122. En *el litigio Middle East Cement Shipping contra Egipto*, tanto el tribunal como el estado demandado aceptaron que el negocio del demandante en Egipto "para la importación y almacenamiento de cemento a granel en nave almacén... y para el embalaje y envío del mismo dentro de Egipto para los sectores público y privado" era una inversión en el marco del TBI Egipto - Grecia y el Convenio de CIADI.⁸⁹

123. Ese laudo confirma que un negocio como el de MSDIA, que se dedica a las operaciones continuas y prolongadas de venta comercial en el Estado anfitrión, constituye una inversión. Demuestra que el negocio de un inversionista extranjero está protegido cuando dicho negocio aporta capital, es propietario de activos y se dedica al comercio dentro del estado anfitrión.

- c) Los tribunales en otros arbitrajes de inversión han reconocido que las sucursales son inversiones protegidas

124. El Memorial de MSDIA probó que los tribunales en otros arbitrajes de inversión han reconocido que los negocios en marcha estructurados como sucursales son inversiones protegidas.⁹⁰

⁸⁶ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 171 (*en que se cita* el Documento probatorio RLA-97, *Romak S.A. contra la República de Uzbekistán*, Caso PCA N° AA280, CNUDMI, Laudo (26 noviembre de 2009), en par. 229).

⁸⁷ Documento probatorio RLA-97, *Romak S.A. contra la República de Uzbekistán*, Caso PCA N° AA280, CNUDMI, Laudo (26 noviembre de 2009), en par. 229.

⁸⁸ Documento probatorio RLA-97, *Romak S.A. contra la República de Uzbekistán*, Caso PCA N° AA280, CNUDMI, Laudo (26 noviembre de 2009), en par. 229.

⁸⁹ Ver el Documento probatorio CLM-65, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, IIC 311, Laudo (12 de abril de 2002), en par. 50.

⁹⁰ Memorial de MSDIA, en par. 213. Ver también, la respuesta de MSDIA a la oposición de Ecuador a las medidas

125. Ecuador busca minimizar la importancia de tales litigios, argumentando que los tribunales en esos casos determinaron que los activos y actividades de las sucursales constituían inversiones, mientras que las sucursales propiamente dichas no constituían inversiones.⁹¹ Tal argumento malinterpreta los casos y es, en todo caso, irrelevante porque, como veremos a continuación, la sucursal de MSDIA tiene activos y actividades que son comparables a (y de hecho más significativos que) las sucursales en esos casos.

126. En primer lugar, al aplicar el TBI EE.UU. - Ecuador, el tribunal de *Murphy contra Ecuador I* indicó claramente que las sucursales propiamente dichas (no solo sus activos y actividades) califican dentro de la definición de "inversión".⁹² Observó que, “[e]n algunos casos, los inversionistas extranjeros constituyen compañías *o sucursales* en el país donde invierten (a veces con el fin de cumplir con la legislación del país).”⁹³ El tribunal de *Murphy I* llegó a la conclusión de que no debería haber “ninguna duda de la intención de proteger esas inversiones” en los TBI.⁹⁴

127. En segundo lugar, los tribunales en los otros dos casos que MSDIA identificó en su Memorial no llegaron a la cuestión de si las sucursales propiamente dichas podían calificar como inversiones independientemente de sus activos y actividades. En el litigio *M.C.I. Power contra Ecuador*, el inversionista argumentó que su sucursal (establecida con el propósito de realizar el proyecto de energía Seacoast) y sus activos intangibles restantes en Ecuador calificaron como inversiones.⁹⁵ El tribunal llegó a la conclusión de que “los derechos e intereses que, según alegaron los demandantes, han subsistido como consecuencia del proyecto Seacoast”, eran inversiones, y dio ejemplos específicos de “activos intangibles de cuentas por cobrar [y] la existencia de un permiso de operación” pertenecientes al proyecto.⁹⁶ Habiendo constatado que los activos de la sucursal eran inversiones protegidas, el tribunal no llegó a la cuestión de si la sucursal que realizó ese proyecto también era una inversión.

128. Del mismo modo, en *Middle East Cement contra Egipto*, el tribunal no confrontó el asunto de si la sucursal del demandante era en sí misma una inversión. Las partes convinieron en que el demandante había realizado una inversión en Egipto⁹⁷, y el tribunal no llegó a discutir si la

provisionales, en el parág. 81.

⁹¹ Ver el Contra-Memorial de Ecuador, parágrafos. 157-159.

⁹² Ecuador no impugnó la jurisdicción del tribunal en razón de que el demandante no tuviese una inversión, y el tribunal, por mayoría, declinó jurisdicción por otros motivos – el demandante no había cumplido con un requisito de “enfriamiento” de seis meses. Ver el Documento probatorio RLM-42, *Murphy Exploration and Prod. Co. Int'l contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre jurisdicción (15 diciembre de 2010).

⁹³ Documento probatorio RLM-42, *Murphy Exploration and Prod. Co. Int'l contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre jurisdicción (15 diciembre de 2010), en par. 119.

⁹⁴ Documento probatorio RLM-42, *Murphy Exploration and Prod. Co. Int'l contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre jurisdicción (15 diciembre de 2010), en par. 119.

⁹⁵ Ver el Documento probatorio CLM-66, *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine, Inc. contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, de fecha 31 de julio de 2007, en sus parágrafos 39, 147.

⁹⁶ Ver el Documento probatorio CLM-66, *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine, Inc. contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, de fecha 31 de julio de 2007, en par. 164.

⁹⁷ Ver el Documento probatorio CLM-65, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, IIC 311, Decisión sobre jurisdicción (27 de noviembre de 2000), en par. 95.

inversión del demandante la componían una sucursal (que importaba, almacenaba, embalaba y enviaba cemento) o los activos de dicha sucursal.⁹⁸

- d) La propia Ley de Inversiones de Ecuador reconoce que las sucursales tienen las características de Inversión

129. La insistencia de Ecuador en la premisa de que una sucursal no constituye una inversión en virtud del Artículo I(1)(a) del Tratado se contrapone a las propias leyes de Ecuador sobre inversión extranjera, las cuales reconocen expresamente que una sucursal establecida en Ecuador debe ser considerada como una inversión según las leyes ecuatorianas. “La ley ecuatoriana define específicamente como ‘inversión extranjera’ al aporte de capital que hace una compañía extranjera para obtener la autorización obligatoria para ejercer actividades económicas en Ecuador a través de una sucursal, así como otros aportes o transferencias de capital que la compañía extranjera inyecte a su sucursal ecuatoriana”.⁹⁹

130. El experto de MSDIA Dr. Flores explica:

"Una de las formas en que la ley ecuatoriana promueve, reconoce y garantiza la inversión extranjera es a través del establecimiento de sucursales de compañías extranjeras en Ecuador, sujetas a varios requisitos de domiciliación. *Aunque hay ciertas diferencias específicas entre el tratamiento de las compañías ecuatorianas y las sucursales de compañías extranjeras en el marco de la ley ecuatoriana, como cuestión general, ambos tipos de compañías tienen los mismos derechos y obligaciones, así como los activos de ambas son considerados inversiones.* Además, según la ley ecuatoriana, las sucursales de compañías extranjeras domiciliadas en Ecuador tienen existencia legal en Ecuador, y su personalidad jurídica es reconocida por el Estado de Ecuador y sus instituciones."¹⁰⁰

⁹⁸ En el litigio *Middle East Cement contra Egipto*, se determinó que el demandante tenía una inversión en el marco del TBI entre Grecia y Egipto porque su sucursal todavía aparecía en el registro mercantil y era dueño de una embarcación en Egipto. Ver el Documento probatorio CLM-65, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, IIC 311, Decisión sobre jurisdicción (27 de noviembre de 2000), en par. 109. Parece ser que la sucursal ya no estaba operando y el buque ya no estaba siendo utilizado para actividades comerciales en marcha, pero se consideró que la mera propiedad de los activos en el estado anfitrión constituían una inversión protegida.

⁹⁹ Informe pericial Flores, en p. 7.

¹⁰⁰ Informe pericial Flores, en p. 2. Ver también el informe pericial Salgado, en p. 3 (“Las compañías constituidas en el extranjero pueden ejercer habitualmente sus actividades en Ecuador a través de un procedimiento denominado ‘domiciliación’, que es el término utilizado para definir el establecimiento de una sucursal en territorio ecuatoriano”); p. 5 (“Una vez que la sucursal se ha establecido, se entiende que la compañía constituida en el extranjero tiene un domicilio en la República de Ecuador y, en consecuencia, está *sujeta a las leyes de la República en lo que respecta a los actos jurídicos y negocios que se realizarán o producirán un efecto en el territorio nacional*”); p. 7 ([E]l acto de domiciliación o la apertura de una sucursal de una compañía extranjera... reconoce la existencia de la compañía extranjera... y *su intención de actuar a través de una oficina con un representante general en la República de Ecuador*”)(sic).

131. De hecho, en otros contextos, Ecuador ha comunicado expresamente a inversionistas extranjeros que, si establecen sucursales en Ecuador, tales sucursales serán protegidas como inversiones extranjeras por los Tratados de inversión de los que Ecuador es signatario.¹⁰¹

132. Por ejemplo, en una presentación titulada “Aspectos jurídicos relativos a la inversión en Ecuador,” el gobierno ecuatoriano explicó a los inversionistas españoles que, con el fin de realizar “actividades permanentes en Ecuador” que serían “*regulados por Tratados de los que Ecuador es una parte*”, estos inversionistas podrían lograr ‘domiciliación’ en el país abriendo una sucursal”.¹⁰²

133. Con ello, Ecuador confirmó que las sucursales de compañías españolas en Ecuador estarían protegidas por los Tratados de Ecuador, incluyendo el TBI España - Ecuador (que, al igual que el TBI EE.UU - Ecuador, no incluye expresamente a una “sucursal” en su lista no exhaustiva de ejemplos de inversiones).¹⁰³ Las declaraciones públicas de Ecuador guardan concordancia con el sencillo lenguaje del TBI EE.UU - Ecuador, que incluye una definición muy amplia de “inversión” y en modo alguno excluye las operaciones de las sucursales de esa definición.

2. Los activos utilizados en las operaciones comerciales en marcha de la sucursal ecuatoriana de MSDIA son inversiones protegidas

a) MSDIA posee activos en Ecuador que son inversiones protegidas

134. Incluso si la sucursal ecuatoriana de MSDIA no fuera en sí misma una inversión protegida por el Artículo I(1)(a) del Tratado, MSDIA posee activos en Ecuador que se utilizan en las operaciones en marcha de su sucursal, que se clasifican expresamente dentro de la definición de “inversión”.

135. En particular, MSDIA posee, dentro de Ecuador, entre otras cosas:

a. *bienes tangibles*, incluyendo inventarios, efectivo y activos utilizados para su ejercicio económico, tales como vehículos, computadoras y equipos de oficina;¹⁰⁴

¹⁰¹ Ver, CLM-239 *Eastern Sugar BV contra la República Checa*, Caso SSC N° 088/2004, Laudo parcial (27 marzo de 2007), en par. 244 (en que se otorga valor probatorio a las declaraciones públicas del gobierno demandado).

¹⁰² Documento probatorio C-282, Consulado de Ecuador en Bilbao, Aspectos Jurídicos relacionados con la inversión en Ecuador, sin fecha, p. 3, *disponible* en”<http://www.camarabilbao.com/ccb/contenidos.downloadatt.action?id=342439> (consultado el 5 de agosto de 2014).

¹⁰³ Documento probatorio CLM-287, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre el Reino de España y la República de Ecuador, del 18 de junio de 1997 (“TBI España - Ecuador”), en el artículo I(2).

¹⁰⁴ Tercera declaración del testigo Canan en el parág. 10; Informe pericial Flores, en las págs. 11-12 (“La página web de la Superintendencia de Compañías muestra que el capital asignado a la sucursal de MSDIA era 5.943 dólares, y que MSDIA ha hecho contribuciones de capital adicionales a la sucursal por un total de más de 26 millones de dólares. Los estados financieros auditados de la sucursal de MSDIA al año terminado el 31 de diciembre de 2011 confirman que MSDIA ha mantenido una política de apoyar permanentemente a la sucursal a través de, entre otros elementos, aportes de capital, que ascendieron a más de 17 millones de dólares a finales de 2011”). Ver el Documento probatorio C-274, Información general de MSDIA registrada ante la Superintendencia de Compañías,

- b. **propiedad intangible**, incluyendo contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y otros derechos;¹⁰⁵
- c. **reclamaciones pecuniarias**, incluyendo cuentas por cobrar¹⁰⁶; y
- d. **licencias y permisos** conferidos conforme a la ley ecuatoriana, que otorgan a MSDIA el derecho a ejercer el comercio dentro de Ecuador en forma permanente¹⁰⁷ y la autorizan para producir, comercializar y distribuir productos farmacéuticos patentados y de marca comercial dentro de Ecuador.¹⁰⁸

136. Estos activos son, incuestionablemente, inversiones en Ecuador que están sujetos a la protección del Tratado y, de hecho, son estos activos los que están en riesgo si la sentencia del tribunal de apelaciones de 150.000.000 dólares se aplica contra los activos de MSDIA en Ecuador.

- b) Los activos de MSDIA en Ecuador se utilizan para un negocio doméstico farmacéutico en marcha, no en simples transacciones comerciales transfronterizas

137. Ecuador no niega que MSDIA posee activos en Ecuador que se enumeran expresamente en la definición de "inversión" del Artículo I(1)(a).

138. Ecuador sostiene, no obstante, que los activos de MSDIA se utilizan exclusivamente en actividades de "comercio transfronterizo" y que, por lo tanto, no serían inversiones protegidas.¹⁰⁹ Esto es incorrecto.

139. La sucursal de MSDIA fue establecida **en Ecuador** para tener presencia local permanente **en Ecuador**, para comercializar, vender y distribuir productos farmacéuticos a compradores

disponible en <http://www.supercias.gob.ec/portal/> (p. 27, estados financieros correspondientes al año 2013); Documento probatorio C-111 Corporación Merck Sharp & Dohme (Interamericana) - Sucursal de Ecuador, Estados Financieros, 31 de diciembre de 2011 y 2010. El Dr. Flores señala que el experto ecuatoriano, Dr. Salgado, en su libro, *Empresas y entidades extranjeras en Ecuador*, "observa que, en virtud del artículo 12 del Reglamento que reemplaza a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, la 'inversión' se define como 'cualquier tipo de transferencia de capital hacia Ecuador desde el extranjero, realizada por personas extranjeras naturales o jurídicas, destinado a ser utilizado en la producción de bienes y servicios'. Informe pericial Flores, p. 8.

¹⁰⁵ Segunda declaración del testigo Canan en el párr. 6; Informe pericial Flores, p. 16 ("[L]a sucursal de MSDIA ha negociado activos, creado fuentes de trabajo y cumplido con sus obligaciones, incluyendo obligaciones tributarias. Estas actividades constituyen las inversiones previstas en el artículo 13 de la COPTI y el artículo 6 del Reglamento que sustituye a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones"). Como se explica más adelante, MSDIA también alguna una vez fue propietaria de la planta Valle de los Chillos y todavía tiene derecho a la protección brindada por el Tratado en los litigios de NIFA, que se refieren a tal inversión. *Ver abajo* en los párrafos. 147-165.

¹⁰⁶ Tercera declaración del testigo Canan en el párr. 10.

¹⁰⁷ Informe pericial Flores, p. 12 (donde se confirma que MSDIA tiene un permiso de explotación válida de la Superintendencia de Compañías). *Ver también*, el Documento probatorio C-272, Certificado del Registro Mercantil de Quito de 29 de mayo de 2014.

¹⁰⁸ Informe pericial Flores, p. 12 ("Para vender sus productos, la sucursal de MSDIA tuvo que obtener permisos del departamento de sanidad para cada producto. Actualmente cuenta con 63 permisos de sanidad válidos, como se puede ver en la lista adjunta que muestra el nombre del producto, el número de registro y su fecha de emisión"). *Ver también* el Documento probatorio C-276, Lista de Permisos Sanitarios de MSDIA en Ecuador.

¹⁰⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 168.

ecuatorianos en Ecuador. En pocas palabras, la sucursal ecuatoriana de MSDIA opera una compañía farmacéutica nacional. La regla que excluye a las reclamaciones pecuniarias que surgen exclusivamente de transacciones comerciales transfronterizas no se aplica a los activos de la sucursal ecuatoriana de MSDIA.

140. Si MSDIA hubiese deseado participar en la venta transfronteriza de sus productos en Ecuador, no habría tenido necesidad de establecer una sucursal local ni cumplir con los requisitos de la ley ecuatoriana para el establecimiento de una presencia local. En dicho caso, MSDIA habría podido vender sus productos en Ecuador desde una entidad en el extranjero.

141. MSDIA prefirió construir un negocio local en Ecuador. Estableció una sucursal en el marco de la legislación ecuatoriana, aportando capital, nombrando a un representante local, y obteniendo una licencia de explotación de la Superintendencia de Compañías. La sucursal de MSDIA estableció instalaciones permanentes, contrató a una plantilla de más de 100 empleados, invirtió en espacios de almacén, computadoras, equipo de oficina y otros activos para realizar su negocio, compró inventarios, y se comprometió a cumplir con las leyes y reglamentos ecuatorianos para las compañías que están operando a nivel nacional.

142. Por lo tanto, el negocio de MSDIA en Ecuador es fácilmente distinguible de aquellos casos en los cuales los tribunales han sostenido que los derechos derivados exclusivamente de transacciones comerciales transfronterizas quedan excluidos de la protección de los Tratados bilaterales de inversión.

143. En cada uno de los casos en los cuales los tribunales han invocado esta regla, las transacciones en cuestión eran llevadas a cabo por un vendedor en una jurisdicción, quien se comprometía a entregar bienes o ejecutar un contrato en otra jurisdicción. En cada uno de estos casos, el inversionista no tenía presencia permanente en el estado anfitrión, sino que se apoyó en transacciones comerciales iniciadas desde su estado de origen para el traslado de mercancías o capital hacia el estado anfitrión.

144. En particular, los tribunales han invocado la regla que excluye a las transacciones comerciales transfronterizas simples de la protección de los Tratados de inversión en las siguientes circunstancias:

- ***Una única transacción de venta comercial transfronteriza en la que el demandante en el estado de origen se comprometió a entregar, en el estado demandado, trigo a un precio acordado que sería pagado por entidades en el estado demandado:*** En *Romak contra Uzbekistán*, el tribunal indicó que estaría dispuesto a determinar que “[t]oda dedicación de recursos que tuviera valor económico, bien sea en forma de obligaciones financieras, servicios, tecnología, patentes o asistencia técnica” era una “contribución” al estado demandado y significaba la existencia de una inversión.¹¹⁰ No obstante, el demandante en *Romak* no había hecho ninguna contribución en “dinero en efectivo, especie o trabajo” en apoyo de una compañía dentro del territorio de Uzbekistán,¹¹¹ sino que, en su lugar, simplemente había hecho una transferencia

¹¹⁰ Ver el Documento probatorio RLM-54, *Romak S.A. contra la República de Uzbekistán*, Caso PCA N° AA280, CNUDMI, Laudo (26 noviembre de 2009), en par. 214.

¹¹¹ *Id.*

transfronteriza “de la propiedad de los bienes a cambio de un pago total”.¹¹² Tal operación no equivale a una inversión en virtud del TBI Suiza-Uzbekistán.

- ***Un intento fallido por parte de una compañía sin propiedad, presencia o empleados en el estado demandado para obtener aprobación de medicamentos genéricos en el estado demandado y luego exportar medicamentos a los clientes en ese estado:*** En *Apotex contra EE.UU.*, el tribunal analizó la ubicación y naturaleza de los bienes y las actividades sobre las cuales se sustentaba el demandante.¹¹³ Determinó que el demandante no realizó ningún negocio dentro de los Estados Unidos y señaló, “Apotex no ha esgrimido tener una participación patrimonial ni deuda en compañía estadounidense alguna... haber adquirido propiedades o haber construido instalaciones o haber contratado fuerza de trabajo en los EE.UU.... [o] residir o contar con un domicilio de negocios en los Estados Unidos”.¹¹⁴ Un negocio puramente canadiense sin activos o actividades dentro de los EE.UU. que esperaba participar en negocios con partes en los EE.UU. no pudo ser considerado una inversión en los EE.UU. para los propósitos del TLCAN.
- ***Venta de artículos por una de las partes en el estado de origen de conformidad con un contrato de venta transfronteriza única:*** En *Joy Mining Machinery contra Egipto*, el tribunal sostuvo que un contrato de venta transfronteriza única que prevé la entrega de bienes por parte del inversionista en el país de origen a un comprador en el estado anfitrión no era una inversión.¹¹⁵ El tribunal analizó el contrato de venta subyacente en su conjunto y determinó que el hecho de que la venta de equipos complejos implicara “actividades adicionales... ..tales como... administración de existencias de repuestos... y servicios incidentales, tales como la supervisión de la instalación” no transformaban el contrato de venta en una inversión.¹¹⁶
- ***Un acuerdo de distribución con un distribuidor en el país anfitrión:*** En el litigio *Grand River Enterprises contra EE.UU.*, el tribunal determinó que un demandante quien, por sí mismo, no vendía producto alguno, no mantenía domicilio de negocios alguno, no empleaba a nadie ni poseía bienes en el estado demandado,¹¹⁷ sino que simplemente nombró a una compañía independiente para distribuir los productos del demandante en el estado anfitrión no poseía una “empresa” en los EE.UU. Además, debido a que el negocio del demandante y todos sus activos se encontraban fuera de los EE.UU., no había inversión en los EE.UU.¹¹⁸

¹¹² *Id.* en par. 242.

¹¹³ Documento probatorio RLA-122, *Apotex Inc. contra El Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad (14 de junio de 2013), en párrafos 165, 167

¹¹⁴ Documento probatorio RLA-122, *Apotex Inc. contra el Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI (TLCAN), Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad (14 de junio de 2013), en párrafos 165, 167.

¹¹⁵ Documento probatorio RLA-66, *Joy Mining Machinery contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre jurisdicción (6 de agosto de 2004), en par. 55.

¹¹⁶ Documento probatorio RLA-66, *Joy Mining Machinery contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre jurisdicción (6 de agosto de 2004), en par. 55.

¹¹⁷ Documento probatorio RLA-103, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., y otros contra Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (12 de enero 2011), en par. 94.

¹¹⁸ Documento probatorio RLA-103, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., y otros contra los Estados Unidos*

145. La sucursal de MSDIA en Ecuador no se parece a estos casos. A diferencia de los demandantes en estos casos, la sucursal de MSDIA vende productos y desarrolla su actividad económica *dentro* del estado demandado. A diferencia de los demandantes en esos casos, la sucursal ecuatoriana de MSDIA posee instalaciones permanentes, cerca de 100 empleados, inventarios, cuentas por cobrar, computadoras, equipos de oficina y otros activos *dentro de Ecuador* que se utilizan para mantener un negocio en marcha *en Ecuador*. También está sujeta a los requisitos reglamentarios del estado demandado por participar en actividades económicas en marcha *dentro* de su territorio, a diferencia de los demandantes en los anteriores casos.¹¹⁹ Como MSDIA no se dedica exclusivamente al comercio transfronterizo, se deduce que, a diferencia de los demandantes en esos casos, sus activos y actividades dentro del estado demandado no son simples elementos auxiliares de comercio transfronterizo.¹²⁰

* * * * *

146. En conclusión, MSDIA ha vendido sus productos farmacéuticos en Ecuador desde hace cuatro décadas a través de una sucursal ecuatoriana, con instalaciones locales, empleados locales, equipos locales, y una red de distribución local, a la vez que ha pagado impuestos locales y ha sido objeto de litigios y riesgos regulatorios a nivel local. La sucursal de MSDIA, y los activos propiedad de MSDIA Ecuador, y utilizados para operar ese negocio, califican claramente como inversión en Ecuador, en la amplia definición del Artículo I(1)(a) del Tratado.

3. La planta Valle de los Chillos de MSDIA es una inversión, cuya venta está amparada por el Tratado

147. Incluso si (contrario a los hechos) la sucursal de MSDIA y los activos que posee en Ecuador no fuesen inversiones en el sentido del Tratado, este tribunal aún tendría jurisdicción

de América, CNUDMI, Laudo (12 de enero 2011), en sus párrafos 90, 106, 122.

¹¹⁹ Ver Documento probatorio RLA-103, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., y otros contra Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (12 de enero 2011), en par. 88 (“una característica sobresaliente de una inversión amparada por la protección del Capítulo XI del TLCAN sería que la inversión esté regulada principalmente por la legislación de un estado distinto al estado de nacionalidad del inversionista, y que esta ley es creada y aplicada por ese estado que no es el estado de la nacionalidad del inversionista”). Ver el Informe pericial Flores, en las págs. 11-12 (donde se confirma que MSDIA realiza operaciones comerciales en marcha de conformidad con una licencia de la Superintendencia de Compañías y vende sus productos de conformidad con permisos del Departamento de Salud de Ecuador); Documento probatorio C-272, Certificado del Registro Mercantil de Quito de 29 de mayo de 2014; Documento probatorio C-276, Lista de Permisos Sanitarios de MSDIA en Ecuador. Ecuador reconoce que MSDIA “nunca habría incurrido en estos gastos” a fin de “obtener y mantener varios registros o autorizaciones de comercialización [y] para mantener el cumplimiento de las regulaciones” si no se le hubiera “exigido hacerlo en virtud de las regulaciones ecuatorianas”. Contra-Memorial de Ecuador, en par. 169.

¹²⁰ Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 168. De acuerdo con los casos en los que se apoya Ecuador, el tipo de activos y actividades que son auxiliares para el comercio transfronterizo incluyen: (1) Las actividades relacionadas con la instalación o el mantenimiento de un producto exportado (ver el Documento probatorio RLA-66, *Joy Mining Machinery contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre jurisdicción (6 de agosto de 2004), en par. 55); (2) los esfuerzos y gastos realizados fuera del estado demandado de obtener las licencias necesarias para participar en el comercio transfronterizo (ver Documento probatorio RLA-122, *Apotex Inc. contra El Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad (14 de junio 2013), en par. 236); o (3) acuerdos entre partes independientes con distribuidores de productos exportados (ver Documento probatorio RLA-103, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., y otros contra los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (12 de enero 2011), en sus párrafos 90, 106, 122).

sobre las demandas de MSDIA en este arbitraje, porque tales alegatos se refieren a la venta de MSDIA de su planta de Valle de los Chillos, que Ecuador admite era una inversión.¹²¹

148. Tal como se ha demostrado en el Memorial de MSDIA, el Tratado tiene por objeto proteger una inversión a lo largo de su vida útil, desde su creación hasta su venta.¹²² El tribunal del caso *Chevron I* sostuvo que:

“[U]na vez que se establece una inversión, el TBI tiene la intención de cerrar cualesquiera posibles lagunas en la protección de esa inversión a medida que avance el tiempo y, potencialmente, cambie de forma. ***Una vez que se establece una inversión, sigue existiendo y sigue siendo protegida hasta que su ‘venta’ final se haya consumado, es decir, hasta que haya sido liquidada***”.¹²³

149. Casos anteriores confirman que las protecciones del Tratado se prolongan a lo largo de los litigios relativos a la venta de una inversión.¹²⁴

150. Ecuador sostiene que el litigio *NIFA contra MSDIA* no tiene “nada que ver con la venta de la planta, que realizó Merck”.¹²⁵ Ecuador sostiene, en cambio, que el litigio surgió a partir de la queja de NIFA en el sentido de que MSDIA “había incurrido en una violación de las normas antimonopolio por no haber tenido previsto vender la planta a NIFA”.¹²⁶ El argumento de Ecuador no tiene sentido. NIFA argumentó que MSDIA había violado la ley antimonopolio al negarse a vender la planta a NIFA. Tal como los propios tribunales de Ecuador determinaron, el litigio *NIFA contra MSDIA* “tuvo como origen la compra y ***venta fallidas de una planta industrial***”.¹²⁷

151. Ecuador también argumenta que la teoría de vida útil solo se aplica a categorías específicas de demandas que son pertinentes a este caso. El argumento de Ecuador adopta una

¹²¹ Ver Dúplica de Ecuador a la solicitud de MSDIA de medidas provisionales, fechada el 17 de agosto de 2012, en par. 93 (“Ecuador conviene en que la planta de fabricación y las instalaciones de envasado de Valle de los Chillos que el demandante vendió en 2003 *era* una inversión en el sentido del Tratado.”)(se omite la nota de pie); Contra-Memorial de Ecuador, en par. 180 (en donde se hace referencia a la planta como “una inversión [que] ya ha sido vendida” y como “antigua inversión de Merck”).

¹²² Ver Memorial de MSDIA, en sus párrafos 221-224.

¹²³ Documento probatorio CLM-44, *Chevron Corp. (EE.UU.) y Texaco Petroleum Co. (EE.UU.) contra la República de Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo provisional, de fecha 1 de diciembre de 2008, en par. 185.

¹²⁴ *Id. donde se cita el* Documento probatorio CLM-44, *Chevron Corp. (EE.UU.) y Texaco Petroleum Co. (EE.UU.) contra la República de Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo provisional, de fecha 1 de diciembre de 2008, en par. 185 (“las inversiones de los demandantes no han dejado de existir: sus juicios prolongaron la existencia de su inversión original hasta la entrada en vigencia del TBI y hasta la fecha de inicio de este arbitraje”); Documento probatorio CLM-108, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. contra la República de Ecuador (Chevron II)*, Caso PCA No. 2009-23 (CNUDMI), Tercer laudo provisional sobre jurisdicción y admisibilidad, de 27 de febrero de 2012, en par. 4.13 (“[n]o hay ninguna razón en la redacción” del TBI EE.UU. - Ecuador “que limite la vida útil de una inversión amparada antes de su desaparición completa y final, incluyendo la extinción de todos los medios para hacer valer demandas y hacer respetar los derechos del inversionista u otros en relación con la inversión”).

¹²⁵ Ver el Contra-Memorial de Ecuador, en par. 176.

¹²⁶ Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 176.

¹²⁷ Documento probatorio C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en 21.

interpretación excesivamente restrictiva de los casos pertinentes y es incompatible con el razonamiento en esas decisiones.

- a) El litigio *NIFA contra MSDIA*, se relaciona con la venta de la Planta Valle de los Chillos por parte de MSDIA

152. Ecuador sostiene que el litigio *NIFA contra MSDIA* no se refiere a la venta de la planta Valle de los Chillos por parte de MSDIA.¹²⁸ Esto es incompatible con el registro de ese litigio.

153. El asunto del litigio *NIFA contra MSDIA* era determinar si MSDIA había violado la ley ecuatoriana mediante la venta de su planta farmacéutica a otro comprador ecuatoriano en lugar de NIFA. Todas las cuestiones de los hechos del litigio se relacionaban con las negociaciones entre MSDIA y NIFA con respecto a la venta de la planta, y las circunstancias de la venta definitiva de la planta por parte de MSDIA a otro comprador. Si no fuera por la venta que realizó MSDIA de su planta, nunca podría haber habido un litigio entre NIFA y MSDIA.

154. Ecuador sostiene que los alegatos específicos en el litigio se relacionaban con la supuesta conducta anticompetitiva y no con el derecho de MSDIA de vender la inversión. Eso es tanto incorrecto como no pertinente.

155. Los alegatos de NIFA se relacionaban con la supuesta conducta anticompetitiva *por causa de la venta de la planta*. En particular, como se explicó anteriormente, la teoría antimonopolio de NIFA se basaba en la aseveración de que la venta, realizada por MSDIA, de la planta a otro comprador y no a NIFA le causó daños a esta última, porque la planta era una instalación esencial, sin la cual NIFA no podía ampliar su negocio.¹²⁹ De esta manera, el litigio se refería a las condiciones en las que MSDIA podía vender su inversión, y las condiciones en que podría negarse a vender su inversión. Y la reclamación de NIFA por daños, y las indemnizaciones de los tres tribunales que han dictaminado sobre tal reclamación, se basa totalmente en las ganancias que habría podido obtener si MSDIA le hubiese vendido la planta a NIFA en lugar de a una entidad ecuatoriana diferente.

156. De hecho, los propios tribunales de Ecuador han sostenido que el caso se centraba en la venta de su inversión por parte de MSDIA. En particular, la CNJ concluyó que el litigio *NIFA contra MSDIA* “tuvo como origen la compra y *venta fallidas de una planta industrial*”.¹³⁰ Esa caracterización, basada en la revisión que hizo la CNJ de la decisión del tribunal de apelaciones y las peticiones de casación de las partes, era obviamente correcta.

- b) La teoría de la vida útil de la inversión se aplica a los derechos de MSDIA en relación con el litigio *NIFA contra MSDIA*

157. Ecuador sostiene que las inversiones solo están protegidas a lo largo de su vida útil en determinados y estrechos casos, en concreto: “(a) demandas pecuniarias en curso [contractuales]... (b) demandas pecuniarias por incumplimiento e interferencia ilícita con un

¹²⁸ Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 176.

¹²⁹ Ver arriba los párrafos. 2-6.

¹³⁰ Documento probatorio C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en 21.

contrato... y (c) litigios [que involucren] actividades del inversionista en virtud de su inversión original”.¹³¹ Ecuador sostiene que, debido a que el litigio *NIFA contra MSDIA* no implicaba demandas que pudieran clasificarse en cualquiera de estas categorías, MSDIA por lo tanto, no tiene ningún interés en curso en su inversión, protegida por el Tratado.¹³²

158. No obstante, nada en los casos en los que se prueba que una inversión está protegida durante toda su vida útil, incluso hasta su venta, sugiere que en los litigios que involucran a una inversión se deba negar protección en el marco de un Tratado, salvo que se clasifique en una de tales estrechas categorías. En dichos casos, Ecuador está leyendo restricciones que, simplemente, no figuran allí.

159. Tal como sostuvo el Tribunal de *Chevron II*:

“No hay ningún argumento en el texto del TBI [EE.UU.-Ecuador] que limite la vida útil de una inversión amparada antes de su desaparición completa y final, incluyendo la extinción de *todos los medios* para hacer valer las demandas y hacer respetar los derechos del inversionista u otros *en relación con esa inversión*”.¹³³

160. De esta manera, la única limitación de las protecciones del Tratado en relación con los litigios en los que participa un inversionista extranjero es que el litigio debe ser “en lo que se refiere a” una inversión.

161. De hecho, en cada uno de los casos donde se establecían los parámetros para la protección de una inversión a lo largo de su vida útil y las disposiciones que aplicaban sobre la misma, conforme a lo establecido en el Tratado bilateral, los litigios giraban en torno a inversiones que ya no estaban bajo la posesión de los inversores, en vez de establecer la naturaleza de las demandas.¹³⁴ El tribunal del caso *Chevron I* resumió sus conclusiones en cuanto a por qué los litigios estaban protegidos por el Tratado, a pesar de que el inversionista ya no fuera dueño de la inversión original, de la siguiente manera:

¹³¹ Ver el Contra-Memorial de Ecuador, en par. 176 (citas internas omitidas).

¹³² Ver el Contra-Memorial de Ecuador, en par. 178.

¹³³ Ver Documento probatorio CLM-108, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. contra la República de Ecuador (Chevron II)*, Caso PCA No. 2009-23 (CNUDMI), Tercer laudo provisional sobre jurisdicción y admisibilidad, de 27 de febrero de 2012, en par. 4.13. Ver también el Documento probatorio CLM-126, GEA Group Aktiengesellschaft contra Ucrania, Caso CIADI No. ARB/08/16, Laudo, de fecha 31 de marzo de 2011, en par. 124 (“El Tribunal coincide con el demandante. El demandado, en efecto ha intentado crear un requisito de legitimación (*es decir*, un requisito de titularidad o control de la inversión al momento del registro de la solicitud) que, de otra manera, no existe en virtud del TBI, el Convenio del CIADI o las Reglas del CIADI. En efecto, tal requisito, si existiera, excluiría a una gama significativa de casos en los que se hacen demandas con respecto a la enajenación o expropiación de una inversión”); Documento probatorio CLM-139, *Pey Casado contra Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo, de fecha 8 de mayo de 2008, en par. 446 (en que se sostiene que la titularidad del inversionista estaba legitimada en los casos en que las medidas impugnadas se relacionaban con inversiones expropiadas veinte años antes).

¹³⁴ Documento probatorio CLM-44, *Chevron Corporation (EEUU) y Texaco Petroleum Corporation (EEUU) contra la República de Ecuador [I]*, Caso PCA N° AA 277, Laudo Provisional (1 de diciembre de 2008), en par. 185; Documento probatorio CLM-108, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra la República de Ecuador (II)*, Caso PCA N° 2009-21, Tercer laudo provisional sobre jurisdicción y admisibilidad (27 de febrero de 2012), en par. 4.13; Documento probatorio RLM-41, *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2, Laudo (11 de octubre de 2002), en par. 77.

“Gran parte de las inversiones de los demandantes ya habían sido liquidadas cuando éstos transfirieron su titularidad en la concesión a PetroEcuador y después de la conclusión de varios acuerdos con Ecuador con ese objeto. Sin embargo, el estatus de liquidación de tales inversiones no ha culminado completamente debido a demandas pecuniarias en curso, cuyo origen está directamente relacionado con actividades de extracción y producción de petróleo en el marco de sus contratos con Ecuador y su compañía petrolera estatal... Los demandantes continúan siendo titulares de intereses que aún subsisten en su inversión original, aunque de una forma diferente. *De esta manera, las inversiones de los demandantes no han dejado de existir: sus juicios prolongaron la existencia de su inversión original hasta la entrada en vigencia del TBI y hasta la fecha de inicio de este arbitraje*”.¹³⁵

162. La situación que se describe aquí no es diferente. MSDIA sigue teniendo un interés protegido en su planta de Valle de los Chillos hasta el final de todas las demandas con respecto a esa planta, independientemente de la naturaleza de las reclamaciones entabladas o de los derechos que la compañía intente hacer efectivos en lo que respecta a la planta. En virtud de que el litigio *NIFA contra MSDIA* “guarda una relación” estrecha con la inversión de MSDIA en la planta, Ecuador debe otorgar a MSDIA las protecciones del Tratado en relación con ese litigio hasta su finalización.

163. Ecuador sugiere que la venta de una inversión solo debe recibir protección en el marco del Tratado “cuando un Estado demandado haya expropiado o destruido la inversión de un inversionista”,¹³⁶ y no si el inversionista vendió por propia cuenta su inversión antes de que haya tenido origen el litigio referente a tal inversión. El argumento de Ecuador se apoya en una interpretación equivocada de “las preocupaciones que motivan la articulación original en *Mondev* sobre la teoría de la ‘vida útil’”.¹³⁷

164. *Mondev* realmente sostiene que la protección del Tratado se prolonga hasta “el establecimiento, adquisición, expansión, administración, realización, operación y *venta u otra forma de transferencia de las inversiones*”.¹³⁸ (*sic*). Como el tribunal de *GEA Group Aktiengesellschaft contra Ucrania* explicó, la ausencia de un “requisito de titularidad o control de la inversión al momento del registro de la Solicitud” garantiza que las demandas entabladas “en relación tanto con la enajenación, *como con la* expropiación de una inversión” queden amparadas por el Tratado.¹³⁹ Debido a que el litigio *NIFA contra MSDIA* se refiere a la venta

¹³⁵ Documento probatorio CLM-44, *Chevron Corporation (EEUU) y Texaco Petroleum Corporation (EEUU) contra la República de Ecuador [I]*, Caso PCA N° AA 277, Laudo Provisional (1 de diciembre de 2008), en par. 185 (énfasis agregado).

¹³⁶ Ver el Contra-Memorial de Ecuador, en par. 179.

¹³⁷ *Id.* En *Mondev*, el negocio del inversionista ya había fracasado al momento en que comenzó el litigio que subyace a la disputa de inversión. Sus reclamaciones fueron por violación del nivel mínimo de trato en virtud del artículo 1105 del TLCAN; no había ninguna reclamación de que el Estado haya expropiado o destruido la inversión. Ver Documento probatorio RLM-41, *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2, Laudo, (11 de octubre de 2002), en par. 77.

¹³⁸ Documento probatorio RLM-41, *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2, Laudo, (11 de octubre de 2002), en par. 81.

¹³⁹ Documento probatorio CLM-126, *GEA Group Aktiengesellschaft contra Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/16, Laudo, de fecha 31 de marzo de 2011, en par. 124

por parte de MSDIA o “enajenación” de la planta de Valle de los Chillos, la protección del Tratado se prolonga hasta ese litigio.

165. En conclusión, nada limita la teoría de la vida útil a las estrechas categorías de litigio sugeridas por Ecuador. Más bien, esa teoría establece que un inversionista sigue teniendo derechos protegidos por los Tratados hasta el final de la vida útil de su inversión. Si un inversionista dispone de una inversión, pero hay procedimientos judiciales en curso, relacionados con la inversión, el Estado debe al inversionista la prolongación de la protección en virtud del Tratado hasta el final de los procedimientos judiciales. El litigio *NIFA contra MSDIA* se refiere a la venta por parte de MSDIA de la planta de Valle de los Chillos –que Ecuador reconoce como una inversión amparada– y MSDIA continúa beneficiándose de las protecciones del Tratado a lo largo de todo el litigio.

C. *El consentimiento de MSDIA al arbitraje de la CNUDMI creó un acuerdo de arbitraje válido según el cual este tribunal tiene jurisdicción*

166. Ecuador también afirma que este tribunal carece de jurisdicción porque MSDIA optó por iniciar este arbitraje en el marco del reglamento de la CNUDMI en lugar del reglamento del CIADI. MSDIA lo hizo de esa manera, por supuesto, solo porque Ecuador denunció la Convención del CIADI.

167. Cabe destacar que Ecuador ha argumentado en otras partes que, en virtud de su retiro del CIADI, no está sujeto a la jurisdicción de los tribunales del CIADI.¹⁴⁰ Y **no** ha dicho que consentiría en la jurisdicción de este Tribunal si hubiera sido constituido en el marco de las Reglas del CIADI. En su lugar, Ecuador esencialmente reconoce que su posición, si fuese aceptada, privaría a MSDIA de cualquier foro en el que pueda hacer valer sus reclamaciones.¹⁴¹ Como se explica a continuación, los esfuerzos de Ecuador de renegar de su promesa de arbitrar disputas con inversionistas de Estados Unidos no encuentra apoyo ni en la ley ni en los hechos.

168. Ecuador revela en una nota al pie de su Contra-Memorial que otro tribunal arbitral recientemente ha considerado y rechazado la misma objeción jurisdiccional que Ecuador hace aquí.¹⁴² En *Murphy Exploration & Production Company – International contra la República de*

¹⁴⁰ Ver el Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra la República de Ecuador* (CNUDMI, Caso PCA N° AA434), Laudo parcial sobre jurisdicción (13 de noviembre de 2013), en par. 164 (que indica que Ecuador se apoyó en su retiro de la Convención del CIADI al objetar la competencia respecto a una reclamación ante el CIADI presentada después de la renuncia).

¹⁴¹ Contra-Memorial de Ecuador párrafo 85 (“Una vez que desde el principio se haya elegido el arbitraje en el marco de la Convención del CIADI, [MSDIA] tiene permanecer con esa elección, aunque, esa elección quede sin efecto; no podrá optar más tarde dar su consentimiento al arbitraje conforme a las Reglas de la CNUDMI”). Ver también el Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra la República de Ecuador* (CNUDMI, Caso PCA N° AA434), Laudo parcial sobre jurisdicción (13 de noviembre de 2013), en sus párrafos 196-197 (que indica que Ecuador estaba consciente de que, dadas las circunstancias del caso, “la interpretación del Artículo VI(3)(a)” de Ecuador -que era la misma que es en este caso- “totalmente excluye el acceso del demandante a arbitraje internacional”).

¹⁴² Contra-Memorial de Ecuador nota 218. Ver Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra la República de Ecuador* (CNUDMI, Caso PCA N° AA434), Laudo parcial sobre jurisdicción (13 de noviembre de 2013), en sus párrafos 18, 163. Ecuador ha revelado el laudo y la opinión disidente en *Murphy* a MSDIA con sujeción al entendimiento de que solo se utilizará para fines de este arbitraje y que no serán compartidos con ninguna tercera parte.

Ecuador, el demandante inicialmente interpuso un arbitraje ante el CIADI, que el tribunal desestimó por falta de jurisdicción en 2010 porque el demandante no había cumplido con el período de reflexión de seis meses en virtud del Artículo VI(3) del Tratado. Después de subsanar ese incumplimiento, el inversionista intentó volver a presentar sus reclamaciones ante el CIADI en 2011. Mientras tanto, Ecuador se había retirado la Convención del CIADI, y Ecuador argumentó que no estaba sujeto a la jurisdicción de un nuevo tribunal del CIADI.¹⁴³

169. El demandante luego retiró su demanda ante el CIADI y en su lugar inició un arbitraje ante la CNUDMI. Ecuador se opuso a la jurisdicción del tribunal de la CNUDMI, argumentando que el consentimiento del demandante al arbitraje ante el CIADI era exclusivo e irrevocable, y que el demandante no podía consentir posteriormente al arbitraje de la CNUDMI.¹⁴⁴

170. El tribunal en ese caso rechazó las objeciones jurisdiccionales de Ecuador y permitió el arbitraje de la CNUDMI para proceder con los fundamentos. Según la mayoría, “cualquier interpretación que dejara a Murphy sin acceso a arbitraje internacional sería 'manifiestamente absurda e irrazonable'”.¹⁴⁵

171. El esfuerzo de Ecuador para evadir su obligación de arbitraje fue rechazado por el tribunal de *Murphy*, y debería ser rechazado aquí también. Ecuador no niega que haya convenido libremente en virtud del TBI EE.UU. - Ecuador que el arbitraje de las disputas de inversión con inversionistas de Estados Unidos se registraría bajo dicho Tratado. Ecuador no ha sugerido que haya sufrido algún perjuicio por causa de la decisión de MSDIA de iniciar el arbitraje de la CNUDMI en lugar del arbitraje del CIADI después que Ecuador se retirara de la Convención del CIADI. De hecho, Ecuador ha dejado claro que prefiere el arbitraje de la CNUDMI al arbitraje del CIADI, razón por la cual decidió retirarse de la Convención del CIADI. Tampoco Ecuador ha negado que se hubiera opuesto a la jurisdicción de un tribunal del CIADI si MSDIA hubiese iniciado este arbitraje conforme a las Reglas del CIADI.

172. En resumen, la objeción de Ecuador no es más que un esfuerzo oportunista de suspender reclamaciones válidas mediante su retiro del sistema del CIADI lo cual, de este modo, evitaría su obligación de someterse a arbitraje en cualesquiera foros, bajo cualesquiera reglas. El TBI entre EE.UU. - Ecuador y el derecho internacional, obviamente, no permiten ese resultado.

173. En cualquier caso, está claro que el consentimiento de MSDIA al arbitraje de la CNUDMI creó un acuerdo de arbitraje válido en virtud del cual este Tribunal tiene jurisdicción. Como se explica a continuación, el consentimiento de un inversionista a un foro arbitral particular no constituye una elección exclusiva e irrevocable en virtud del Tratado. Incluso si la elección de un inversionista normalmente constituyese una elección exclusiva e irrevocable, MSDIA no dio su consentimiento expreso al arbitraje del CIADI en régimen de exclusividad, lo

¹⁴³ Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra la República de Ecuador* (CNUDMI, Caso PCA N° AA434), Laudo parcial sobre jurisdicción (13 de noviembre de 2013), en sus párrafos 18, 163-164.

¹⁴⁴ Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra la República de Ecuador* (CNUDMI, Caso PCA N° AA434), Laudo parcial sobre jurisdicción (13 de noviembre de 2013), en sus párrafos 164-166.

¹⁴⁵ Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra la República de Ecuador* (CNUDMI, Caso PCA N° AA434), Laudo parcial sobre jurisdicción (13 de noviembre de 2013), en par. 197.

cual, de esta manera, la deja en libertad de dar su consentimiento al arbitraje de la CNUDMI en su Notificación de Arbitraje de 2011.

1. Ecuador consintió en arbitrar las disputas con inversionistas de EE.UU.

174. Ecuador reconoce que, en virtud del TBI EE.UU. - Ecuador, convino en arbitrar las disputas con inversionistas de EE.UU. con respecto a las inversiones que éstos realizan en Ecuador.¹⁴⁶ De hecho, uno de los principales objetivos del TBI es proporcionar a los inversionistas acceso al arbitraje internacional para resolver disputas de inversión.¹⁴⁷

175. Los Artículos VI(2) y VI(3) del Tratado establecen:

“2. En caso de surgir una disputa, las partes involucradas procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la disputa no pudiera ser solucionada en forma amigable, el nacional o compañía del caso puede optar por solicitar entablar la disputa mediante una de las siguientes vías de su resolución:

(a) a las cortes o tribunales administrativos de una de las partes involucrada en la disputa; o

(b) de conformidad con cualesquiera procedimientos de solución de disputas aplicables, previamente convenidos; o

(c) de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3.

3. (a) Siempre que el nacional o compañía del caso no haya sometido la disputa a resolución de conformidad con el párrafo 2 (a) o (b), y que hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la disputa, la compañía o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito en la presentación de la disputa al arbitraje vinculante:

(i) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("el Centro"), establecido por la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de Marzo de 1965 (“Convención del CIADI”), siempre que la Parte sea signatario en dicha Convención; o

(ii) al Mecanismo Complementario del Centro, si el Centro no está disponible; o

(iii) de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o

¹⁴⁶ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 149 (“el Artículo VI del Tratado mantiene una oferta general permanente de Ecuador para resolver las disputas de inversión con inversionistas de Estados Unidos a través de varios métodos de solución de disputas”).

¹⁴⁷ Ver Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra la República de Ecuador* (CNUDMI, Caso PCA N° AA434), Laudo parcial sobre jurisdicción (13 de noviembre de 2013), en par. 188 (“Uno de los objetivos del Tratado es proporcionar acceso al inversionista a un arbitraje que tenga sentido”).

(iv) a cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otra norma de arbitraje, según pudiera acordarse entre las partes de la disputa.

(b) Una vez que la compañía o nacional interesado haya dado su consentimiento, cualquiera de las partes en la disputa podrá iniciar arbitraje de conformidad con la opción especificada en el consentimiento”.¹⁴⁸

176. El Artículo VI(3) registra el consentimiento de Ecuador para resolver disputas de inversión a través de arbitraje, siempre y cuando el inversionista no haya solicitado previamente que la disputa sea resuelta mediante tribunales nacionales u otros procedimientos convenidos y hayan transcurrido seis meses desde que surgiera la disputa. El Artículo VI(3) también registra el consentimiento de Ecuador en que la elección del foro arbitral quede a discreción del inversionista.

177. De conformidad con el Artículo VI(3)(a), Ecuador ha hecho una oferta permanente de arbitraje en el marco de las Reglas del CIADI, de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (si las Reglas del CIADI no estuviesen disponibles), según el Reglamento de la CNUDMI, y de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje acordado por las partes. El artículo no impone restricciones a la elección de un inversionista entre estos foros arbitrales (excepto la limitación del uso de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI a situaciones en las que las Reglas del CIADI no estén disponibles).

178. Ecuador no niega que el Artículo VI(3) sea una oferta permanente para resolver las disputas de inversión por medio de arbitraje. Tampoco niega Ecuador que esté obligado a someter a arbitraje las disputas de inversión con inversionistas de EE.UU., de conformidad con las Reglas de la CNUDMI, si el inversionista diera su consentimiento al arbitraje conforme a las Reglas de la CNUDMI, de conformidad con el Artículo VI(3).

179. Sin embargo, Ecuador argumenta que no debe someterse a la jurisdicción de este tribunal porque MSDIA eligió someter este arbitraje a la CNUDMI en lugar de someterlo al CIADI. Ecuador apunta al principio que “ningún Estado puede, sin haber manifestado su consentimiento previamente, ser obligado a someter sus disputas... a arbitraje” y el “corolario de ese principio, implica [que] el consentimiento de un estado al arbitraje ‘no se presumirá en presencia de ambigüedades.’”¹⁴⁹

180. No hay ambigüedad en el consentimiento de Ecuador al resolver las disputas a través de arbitraje, ni en su oferta permanente de arbitraje en el foro de arbitraje elegido por el inversionista, como se expresa en el Artículo VI(3). Ecuador argumenta que MSDIA presentó su disputa ante un foro inadecuado, y con ello busca evadir su compromiso fundamental, en virtud del Tratado, de resolver las disputas relativas a inversiones en el foro elegido por el inversionista. De hecho, Ecuador ignora la norma fundamental del derecho internacional consuetudinario que

¹⁴⁸ Documento probatorio C-1, TBI Ecuador-EE.UU., Arts. VI(2) y VI(3).

¹⁴⁹ Contra-Memorial de Ecuador en par.133-134 (en donde se cita el Documento probatorio RLA-6, *Caso relativo al estatus de Eastern Carelia*, Opinión Consultiva del 23 de julio de 1923, CPJI Serie B, No. 5, p. 27).

establece que los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones frente a los Tratados que suscriban (*pacta sunt servanda*).¹⁵⁰

181. En cualquier caso, como veremos a continuación, el argumento de Ecuador se apoya en una interpretación errónea del Tratado y es jurídicamente equivocado.

2. El artículo VI(3) no exige una elección exclusiva e irrevocable del foro de arbitraje

182. Ecuador sostiene que el consentimiento de un soberano a arbitraje “es una concesión extraordinaria de la soberanía”,¹⁵¹ y que el derecho de un inversionista de dar su consentimiento a un procedimiento de arbitraje es “limitado, y de disponibilidad limitada”, que, una vez ejercido, “pasa a ser exclusivo e irrevocable”.¹⁵²

183. No hay canon de construcción con arreglo al derecho internacional -ni siquiera el desacreditado canon de la interpretación restrictiva – que pueda dictar a un tribunal arbitral ignorar una expresión afirmativa de consentimiento a arbitraje por parte de un estado soberano o que pueda dictar presumir que el derecho de un inversionista de consentir en arbitraje sea exclusivo o irrevocable.¹⁵³ Más bien, los términos pertinentes de un Tratado deben ser examinados de acuerdo con las normas de interpretación de derecho internacional consuetudinario establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Convención de Viena”).¹⁵⁴

184. El Artículo 31 (1) de la Convención de Viena establece que “un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que se atribuirá a los términos del Tratado

¹⁵⁰ Ver Documento probatorio CLM-106, Convención de Viena, artículo 26. Ver también el Documento probatorio CLM-274, *Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría contra Eslovaquia)*, 1997 ICJ Rep. 67, en par. 110; Documento probatorio CLM-263, *Texaco Overseas Petroleum Co. (TOPCO) y California Asiatic Oil Co. contra el Gobierno de la República Árabe Libia*, 17 I.L.M. 1, Laudo (19 de enero 1977), en 23-24 (“un Estado no puede invocar su soberanía para desestimar compromisos asumidos libremente mediante el ejercicio de dicha soberanía”); Documento probatorio CLM-113, *Amco Asia Corp. contra la República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Laudo (20 de noviembre de 1984), en par. 248.

¹⁵¹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 83.

¹⁵² Contra-Memorial de Ecuador, en par. 84.

¹⁵³ Ecuador sostiene que, en virtud de que el consentimiento de un estado soberano a arbitraje “es una extraordinaria concesión de soberanía”, el Artículo VI(3) debe interpretarse en sentido estrecho de modo que se “permita[] a los inversionistas, una y solo una elección entre los mecanismos arbitrales ante los cuales podrán consignar sus reclamaciones por violaciones del Tratado”. *Id.* en los párrafos 83-84. Aunque Ecuador afirma desconocer el “denominado principio de interpretación restrictiva en este procedimiento,” *Id.* en par. 135, su argumento refleja tal canon, que está desacreditado en la actualidad. Ver el Informe del experto Ratner, en par. 12 (en el que se atestigua que “los tribunales han rechazado durante mucho tiempo cualquier presunción de que los Tratados deban interpretarse de manera que se impongan las obligaciones menos restrictivas a la libertad del Estado” y en el que se citan decisiones de la Corte Internacional de Justicia y de los tribunales que conocen de relaciones inversionista-estado).

¹⁵⁴ Ver el Informe del experto Ratner, en par. 12 (en el que se indica que “los Tratados son un ejercicio de la soberanía del estado y deben ser interpretados de acuerdo con las normas de la Convención de Viena”). Aunque la Convención de Viena no está en vigencia entre Ecuador y los Estados Unidos, sus disposiciones sobre interpretación se aceptan como como un reflejo del derecho internacional consuetudinario. Ver, por ejemplo, el Documento probatorio CLM-271, *Avena (Mex. contra EE.UU.)*, 2004 ICJ Rep. 12, 37-28 (31 de marzo de 2004), párrafo 83.

en su contexto y a la luz de su objeto y fin”.¹⁵⁵ Un canon de interpretación que se desprende de esta norma, que es ampliamente aceptado por los tribunales internacionales y es particularmente pertinente en este caso, es el principio del *effet utile*.¹⁵⁶ Ese principio significa que “las cláusulas de los Tratados deben interpretarse para evitar que, o bien resulten superfluos o se les prive de significado en el contexto de la relación entre las partes”.¹⁵⁷

185. Al aplicar estas reglas de interpretación, los Artículos VI(2) y (3) del Tratado no configuran una supuesta “cláusula de bifurcación” para la selección de un foro de arbitraje por parte de un inversionista, como afirma Ecuador.¹⁵⁸ Aunque los Artículos VI(2) y VI(3) limitan expresamente a un inversionista de modo que solo pueda hacer una elección única e irrevocable para consignar su disputa a solo uno entre tres métodos de resolución de disputas -es decir, tribunales locales, procedimientos de solución de disputas previamente convenidos, o arbitraje- nada en el Tratado impide a un inversionista consentir en el arbitraje en el marco de las reglas de más de un foro arbitral.¹⁵⁹

- a) El sentido corriente del artículo VI(3) no impone una cláusula de bifurcación entre las opciones arbitrales

186. Los artículos VI(2) y VI(3) del TBI EE.UU. - Ecuador imponen una “cláusula de bifurcación” para un inversionista que deba elegir entre las tres opciones de resolución de disputas que figuran en el Artículo VI(2): tribunales locales, procedimientos de resolución de disputas previamente convenidos o arbitraje.¹⁶⁰ A continuación, el Artículo VI(3) presenta una lista de las opciones disponibles para un inversionista en caso de que opte por el arbitraje internacional: arbitraje en el marco de las reglas del CIADI, de arbitraje en el marco del Mecanismo Complementario del CIADI, arbitraje en el marco de las reglas de la CNUDMI, y arbitraje en el marco de cualesquiera otras normas acordadas.

187. Ecuador sostiene que las opciones de arbitraje del Artículo VI(3) son mutuamente excluyentes e irrevocables -es decir, al igual que el Artículo VI(2), el Artículo VI(3) funciona como una “cláusula de bifurcación” para un inversionista que deba elegir entre las opciones de la lista.¹⁶¹ Específicamente, Ecuador afirma que la palabra “o” entre las opciones en cada uno de los párrafos es disyuntiva y, por lo tanto, hace que la decisión deba tomarse en régimen exclusivo e irrevocable.¹⁶²

¹⁵⁵ Documento probatorio CLM-106, La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales, Art. 32 (1). El artículo 32 de la Convención de Viena permite recurrir a “medios de interpretación complementarios, incluyendo el trabajo preparatorio del Tratado y las circunstancias de su conclusión”, con el fin de confirmar la interpretación alcanzada en virtud del artículo 31, o -como último recurso- para proporcionar una interpretación cuando el resultado de un análisis del artículo 31 haga que el sentido resulte ambiguo o manifiestamente absurdo.

¹⁵⁶ Ver el Informe del experto Ratner, en sus párrafos 9-11.

¹⁵⁷ Ver el Informe del experto Ratner, en par. 9.

¹⁵⁸ Contra-Memorial de Ecuador en los párrafos 90-92.

¹⁵⁹ La interpretación de Ecuador fue rechazada por el tribunal de Murphy. Ver Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra la República de Ecuador* (CNUDMI, Caso PCA N° AA434), Laudo parcial sobre jurisdicción (13 de noviembre de 2013).

¹⁶⁰ Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 97. Ver también el informe del experto Ratner, en par. 14.

¹⁶¹ Ver Contra-Memorial de Ecuador, párrafos. 98-99.

¹⁶² Ver Contra-Memorial de Ecuador, párrafos. 99-100.

188. Como se explica a continuación, el sentido corriente del texto de los artículos VI(2) y VI(3) no permite tal interpretación. El Artículo VI(2) contiene una cláusula de bifurcación, que dicta que un inversionista debe elegir “una de las siguientes alternativas”, pero el Artículo VI(3) no incluye esa misma redacción. Esta diferencia debe ser interpretada de modo que tenga efecto; indica que no hay una segunda Bifurcación en el Artículo VI(3), y que un inversionista no está impedido de dar su consentimiento a más de un foro arbitral. Esta interpretación queda confirmada en la sentencia del tribunal de *Murphy contra Ecuador*, comparando los Artículos VI(2) y VI(3) con otros Tratados, y teniendo en cuenta la comprensión ordinaria de las cláusulas de Bifurcación.

(1) La estructura y el lenguaje del artículo VI(3)

189. Tanto la estructura de los artículos VI(2) y VI(3) como la elección de las palabras utilizadas en dichas disposiciones contradicen la afirmación de Ecuador de que el Artículo VI(3) constituya una cláusula de bifurcación.

190. *En primer lugar*, la estructura general de los artículos VI(2) y VI(3) indica que los dos párrafos tienen un carácter jurídicamente distinto: el artículo VI(2) limita las opciones de un inversionista, pero el Artículo VI(3) no impone limitaciones. El profesor Steven Ratner describe esa estructura como un “procedimiento anidado”.¹⁶³ El artículo VI(2) establece una cláusula de bifurcación en el punto en que un inversionista somete una disputa a recursos de reparación locales, otros procedimientos convenidos, o a arbitraje internacional, mientras que el Artículo VI(3) establece las opciones si un inversionista elige el arbitraje internacional.¹⁶⁴

191. Tal como profesor Ratner explica:

“La estructura de prever la opción de arbitraje internacional en dos párrafos, en lugar de uno, deja en claro que las opciones ofrecidas a los inversionistas en el párrafo 2 tienen un carácter jurídicamente diferente de las opciones que se ofrecen al inversionista en el párrafo 3. ***Si el Tratado significase que la cláusula de bifurcación establecida en el párrafo 2 debe incluir una bifurcación adicional entre las cuatro opciones de arbitraje que figuran en el párrafo 3, simplemente habría enumerado esas cuatro opciones junto con las dos primeras opciones*** (recursos de reparación locales y otros procedimientos convenidos), para una cláusula de bifurcación con un total de seis “ramales” (es decir, recursos de reparación locales, otros procedimientos convenidos, el CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, el arbitraje en el marco de las reglas de la CNUDMI, y el arbitraje de acuerdo con otras reglas)”.¹⁶⁵

192. Como se explica a continuación, y en el informe del profesor Ratner, otros Tratados han adoptado ese enfoque de un solo párrafo y con ello aplicaron una cláusula de bifurcación a todas las opciones de la lista.¹⁶⁶ Al utilizar un enfoque de dos párrafos, el TBI entre EE.UU. - Ecuador distingue entre dos posibilidades: una de ellas entre las opciones de resolución de

¹⁶³ Ver el Informe del experto Ratner, en par. 18.

¹⁶⁴ Ver el Informe del experto Ratner, en par. 18.

¹⁶⁵ Ver el Informe del experto Ratner, en par. 18.

¹⁶⁶ Ver *abajo* en los párrafos. 207-208; Informe del experto Ratner, párrafos. 24-29.

disputas y la otra entre las opciones de arbitraje internacional, y se debe destacar que la cláusula de bifurcación solo se aplica a la primera opción.

193. En *segundo lugar*, de las palabras utilizadas en los artículos VI(2) y VI(3) se desprende que hay una diferencia en la naturaleza y consecuencias de las elecciones hechas de conformidad con estos dos párrafos. El artículo VI(2) establece expresamente que un inversionista puede optar por presentar una disputa “con sujeción a **una** de las siguientes alternativas”, mientras que el artículo VI(3) no contiene ningún texto que limite el número de opciones que un inversionista puede hacer entre las alternativas ofrecidas.¹⁶⁷

194. Tal como explica el profesor Ratner, la diferencia en el lenguaje entre los artículos VI(2) y VI(3) es significativa.¹⁶⁸ Si el artículo VI(3) se lee de modo que se capte el sentido de que un inversionista pueda consentir en solo uno de los cuatro foros arbitrales mencionados, se dejaría de dar efecto a la distinta redacción del Artículo VI(2), lo cual sería contrario al principio de *effet utile*:

“De hecho, interpretar la frase “una de las siguientes alternativas” en el artículo VI(2) en el sentido de exactamente la misma lista de opciones arbitrales del artículo VI(3) y no más, que no contiene esa frase –*es decir*, interpretar ambos párrafos como si éstos impusieran bifurcaciones– equivaldría a hacer que esa frase quedara completamente superflua. **Tal interpretación es, sencillamente, prohibida por el principio del efecto de utilidad...** Una vez que las partes insertaron la frase, se le debe imprimir un sentido efectivo, tal como la Corte Internacional de Justicia y numerosos tribunales de arbitraje ad hoc han reconocido”.¹⁶⁹

195. El uso de la palabra “o” tanto en el artículo VI(2) como en el VI(3) no confiere a ambos artículos el efecto de una cláusula de bifurcación, como sostiene Ecuador. La bifurcación en el artículo VI(2) se deriva de la frase “en el marco de una de las siguientes alternativas”. Tal como explica el profesor Ratner:

“Aunque la palabra “o” que separan a los cuatro foros de arbitraje en virtud del párrafo 3, dejan claro que cada una de las cuatro son opciones para el inversionista (en oposición al lenguaje que indique un solo foro), **la palabra “o” no significa, en solitario, que se trate de decisiones irrevocables en el sentido de las tres vías mencionadas en la lista del párrafo 2.** Por lo tanto, de la redacción no se desprende que no haya posibilidad de que el inversionista elija una segunda opción en algunas circunstancias”.¹⁷⁰

¹⁶⁷ El artículo VI(3) permite a un inversionista consentir al arbitraje solo si “no ha presentado la disputa para su resolución” a los tribunales locales o a otros procedimientos convenidos, con lo cual se confirma que la única opción irrevocable que debe hacer el inversionista de conformidad con estos dos párrafos es entre los tres métodos de resolución de disputas que figuran en el Artículo VI(2).

¹⁶⁸ Ver el Informe del experto Ratner, en par. 19.

¹⁶⁹ Informe del experto Ratner, en par. 22.

¹⁷⁰ Ver el Informe del experto Ratner, en par. 19.

196. El argumento de Ecuador presume erróneamente que la palabra “o” tiene necesariamente un significado disyuntivo. Ninguna de las autoridades gramaticales invocadas por Ecuador apoyan esta interpretación.¹⁷¹

197. La publicación *Cambridge Grammar of the English Language*, en la que Ecuador se apoya,¹⁷² indica que “o” puede ser tanto incluyente como excluyente, en función del contexto. En particular, destaca que “o no significa que solo una de las alternativas es verdadera” y una disyunción, como ‘o’, “es perfectamente compatible con un sentido en el que las dos proposiciones componente son verdaderas”.¹⁷³

198. Del mismo modo, el diccionario *Black’s Law Dictionary*, que Ecuador cita, señala que, “[e]n algunos usos, la palabra “o” crea una obligación múltiple en lugar de una obligación alterna; cuando sea necesario en la interpretación de un instrumento, “o” puede ser interpretada en el sentido de ‘y’”.¹⁷⁴

199. Debido a que “o” puede tener un significado inclusivo o exclusivo, es importante tener en cuenta el contexto en que se utiliza esa palabra.¹⁷⁵ En el artículo VI(2), la palabra “o” se utiliza en relación con la frase “en el marco de una de las siguientes alternativas.” El uso de la frase “en el marco de una de las siguientes alternativas” sugiere que los redactores del Tratado reconocen la ambigüedad de la palabra “o” en solitario y que desearon estipular expresamente que la elección entre los tres tipos de resolución de disputas (tribunales nacionales, arbitraje, otros procedimientos convenidos) en el artículo VI(2) era de carácter exclusiva.¹⁷⁶

200. Con el fin de imprimir a la frase “una de las siguientes alternativas” un sentido efectivo, la lista de opciones del artículo VI(2) debe significar algo diferente a la lista de opciones del artículo VI(3), que no incluye esa frase. Teniendo en cuenta la diferencia en su redacción, no puede ser el caso que ambos artículos impongan el mismo tipo de bifurcación. De hecho, la inclusión de la frase en el artículo VI(2), pero no en el artículo VI(3), sugiere que los redactores quisieron que el artículo VI(2) exigiera una elección exclusiva entre las opciones que aparecen en la lista, pero no tuvieron la intención de imponer el mismo requisito en el artículo VI(3).

¹⁷¹ Ver Contra-Memorial de Ecuador párrafos. 101-102.

¹⁷² Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 101 (en el que se cita el Documento probatorio RLA-77, K. Adams & A. Kaye, Revisiting the Ambiguity of “And” and “Or” in Legal Drafting, 80(4) ST. JOHN’S L. R. 1167, en 1180 (2006), quien a su vez cita el Cambridge Grammar of the English Language).

¹⁷³ Documento probatorio CLM-327, R. Huddleston & G. Pullum, CAMBRIDGE GRAMMAR OF THE ENGLISH LANGUAGE. en 1294, (2002).

¹⁷⁴ Documento probatorio RLA-29, Nolan and Nolan-Haley, eds. BLACK’S LAW DICTIONARY en 1095 en la (6^{ta} edición 1990).

¹⁷⁵ Los profesores Adams y Kaye, a quienes Ecuador también cita, hacen hincapié en la importancia del contexto: “‘O’ presenta alternativas. Pero... las autoridades en la redacción jurídica han declarado que ‘o’ es ambigua, porque puede ser ‘inclusiva’, cuando significa A o B, o ambas, o puede ser ‘exclusiva’, es decir A o B, pero no ambas.” Llegan a la conclusión de que “[p]ara una comprensión adecuada de la ambigüedad asociada con o, hay que explorar los diferentes contextos gramaticales en los que se utiliza ‘o’.” Documento probatorio RLA-77, K. Adams & A. Kaye, Revisiting the Ambiguity of “And” and “Or” in Legal Drafting, 80(4) ST. JOHN’S L. R. 1167, en 1180 (2006)(énfasis agregado).

¹⁷⁶ Ver *abajo* en los párrafos. 222-225 (donde se analiza la Carta de presentación de solicitud de los EE.UU. que incluye indicaciones de la misma cuantía).

201. Hay casos en los que se interpretan los artículos VI(2) y VI(3) del TBI entre EE.UU – en los cuales Ecuador confirma esta interpretación. Aunque varios tribunales han sostenido que el texto del artículo VI(2) del TBI impone una cláusula de bifurcación entre el litigio a nivel nacional y el arbitraje internacional,¹⁷⁷ ninguno de ellos ha sugerido que el artículo VI(3) imponga una segunda bifurcación entre las opciones de arbitraje.

202. El tribunal de *Murphy contra Ecuador II* consideró exactamente esta pregunta. La mayoría de los miembros del tribunal de *Murphy* (profesores Kaj Hobér y Bernard Hanotiau)¹⁷⁸ rechazó la interpretación del artículo VI(3) por la que Ecuador aboga en este caso, y ha determinado expresamente que el artículo VI(3) no contiene una cláusula de bifurcación.¹⁷⁹

203. La mayoría en el tribunal de *Murphy* considera que la palabra “o” en el artículo VI(3) podría tener un significado inclusivo, y que Ecuador no había satisfecho la carga para probar lo contrario.¹⁸⁰ Observó, además, que el artículo VI(2) restringe explícitamente la elección de un inversionista a “una de las siguientes alternativas”, mientras que el artículo VI(3) no incluye esta redacción.¹⁸¹

204. Esto, de acuerdo con la mayoría, “aumenta la credibilidad de la asignación de un sentido al artículo VI(3)(a) tal, que la palabra ‘o’ sea solo de naturaleza inclusiva”.¹⁸² Llegaron a la

¹⁷⁷ Ver el Informe del experto Ratner, en par. 23 en donde se cita el Documento probatorio CLM-66, *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007, en par. 181 (“la ‘cláusula’ de la bifurcación... hace referencia a una opción, expresada como un derecho a elegir de manera irrevocable entre diferentes sistemas jurisdiccionales. Una vez que se ha hecho la elección, no hay ninguna posibilidad de recurrir a ninguna otra opción”) (énfasis agregado); Documento probatorio CLM-108 *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra la República de Ecuador*, Caso PCA N° 2009-23 (Reglamento de la CNUDMI), Tercer laudo provisional sobre jurisdicción y admisibilidad, de fecha 27 de febrero de 2012, en par. 4.73 (“La cuestión es si ‘la disputa’ presentada a este tribunal ya ha sido presentada a los tribunales nacionales de Ecuador o Nueva York con el fin de dar lugar a la cláusula de bifurcación del Artículo VI(3)”); Documento probatorio CLM-242, *IBM World Trade Corporation contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/02/10, Decisión sobre jurisdicción y competencia, de fecha 22 de diciembre de 2003, en par. 25 (“el Artículo VI establece que entre las alternativas de resolución de disputas relativas a inversiones figura la alternativa de recurrir a tribunales judiciales o administrativos de una de las Partes Contratantes, o la de recurrir a un arbitraje vinculante, entre otras opciones posibles, hasta la sujeción al sistema administrado por el CIADI...”) (traducción no oficial); Documento probatorio CLM-256 *Occidental Exploration and Production Company contra la República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467 (Reglamento de la CNUDMI), Laudo Final, del 1 de julio de 2004, en par. 50 (el dictamen del tribunal de que el inversionista puede demandar en diferentes reclamaciones en diferentes jurisdicciones “no puede ser tomado en el sentido de que ya se pronunciado la sentencia de muerte de las cláusulas tipo bifurcación’ de los Tratados bilaterales de inversión... debido a que las funciones de los mecanismos nacionales y el arbitraje internacional son diferentes”).

¹⁷⁸ Aunque el profesor Georges Abi-Saab no estuvo de acuerdo con la construcción que la mayoría hizo del Artículo VI(3), convino en que *Murphy* había consentido válidamente en el arbitraje de la CNUDMI y que el tribunal tenía jurisdicción. Esto se explica con más detalle en la Sección de los párrafos 279 y 285, a continuación.

¹⁷⁹ Ver Documento probatorio CLM-253 *Murphy Exploration & Production Company – Internacional contra la República de Ecuador* (CNUDMI, Caso PCA N° AA434), Laudo parcial sobre jurisdicción (13 de noviembre de 2013).

¹⁸⁰ Id. en par. 172.

¹⁸¹ Id. en par. 178.

¹⁸² Id.

conclusión de que, si bien el artículo VI(2) funciona como una cláusula de bifurcación, el artículo VI(3) no lo hace¹⁸³, con el siguiente razonamiento:

“[E]l principio de *effet utile* dicta una interpretación textual del TBI en la que la palabra ‘o’ en ambos artículos VI(2) y VI(3)(a) supone inclusión; y la frase ‘en el marco de una de las siguientes alternativas’ en el artículo VI(2) no es superflua en el texto. Más bien, la frase es necesaria para establecer una definición restrictiva”.¹⁸⁴

205. De esta manera, con base en el principio de *effet utile*, el tribunal de *Murphy* rechazó el argumento que Ecuador hace aquí y se negó a determinar que el artículo VI(3) del TBI impone una cláusula de bifurcación entre las opciones de arbitraje.

206. En conclusión, la estructura y el texto de los artículos VI(2) y VI(3) establecen que: el artículo VI(2) exige a un inversionista hacer una elección exclusiva entre litigio a nivel nacional, arbitraje internacional, u otros procedimientos convenidos, mientras que el artículo VI(3) muestra las opciones para el inversionista, en caso de que elija el arbitraje internacional, pero no limita la capacidad del inversionista para elegir más de una de esas opciones. En otras palabras, de acuerdo con el sentido corriente de sus términos, el artículo VI(2) establece una cláusula de bifurcación, pero el artículo VI(3) no lo hace.¹⁸⁵

- (2) El lenguaje de otros Tratados confirma que el artículo VI(3) no impone una bifurcación

207. Otros Tratados que imponen límites a las dos opciones del inversionista para la resolución de disputas (entre litigio nacional y arbitraje internacional) y la elección del inversionista de recurrir a un foro arbitral confirman que, cuando los estados quieren imponer estos límites, lo hacen de manera expresa. Por ejemplo, el TBI entre Italia y el Líbano estipula, después de ofrecer una lista de tres opciones de arbitraje, que “[l]a decisión tomada de acuerdo con los subpárrafos a, b, y c, anteriores en el presente instrumento, es definitiva”.¹⁸⁶ El TBI entre

¹⁸³ *Id.* en los párrafos 173, 178.

¹⁸⁴ *Id.* en par. 179.

¹⁸⁵ Ver el Informe del experto Ratner, en par. 6.

¹⁸⁶ El artículo 7.2 del TBI Italia-Líbano estipula que:

“Si con estas consultas no se llegare a una solución dentro de seis meses contados desde la fecha de la solicitud por escrito para un arreglo, el inversionista podrá someter, a su elección, la disputa para que sea resuelta a:

- (a) el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión;
- o
- (b) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)... en caso de que ambas Partes Contratantes se hayan convertido en miembros de esta Convención; o
- (c) un tribunal ad hoc que, salvo acuerdo en contrario de las Partes de la disputa, será establecido en el marco de las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La elección hecha según los subpárrafos a, b, y c anteriores en este instrumento es definitiva”.

Acuerdo entre la República Italiana y la República Libanesa sobre la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Artículo 7.2, citado en el Documento probatorio CLM-64, *Toto Costruzioni Generali S.P.A contra la República del Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre jurisdicción, 11 de septiembre de 2009, en par. 203.

Canadá y Venezuela¹⁸⁷ y el TBI Alemania-Polonia¹⁸⁸ utilizan diferentes estructuras y lenguaje, pero ambos también imponen limitaciones expresas en el menú de opciones de arbitraje disponibles para el inversionista.

208. Tal como explica el profesor Ratner, “[t]odos estos Tratados dejan claro que cuando los estados desean limitar al inversionista más allá de la bifurcación entre recursos de reparación locales y solución de disputas a nivel internacional, pueden hacerlo a través de la redacción del Tratado.”¹⁸⁹

- (3) La comprensión acostumbrada de las disposiciones de las cláusulas de bifurcación confirma que el artículo VI(3) no impone una cláusula de bifurcación

209. Por lo general, los tribunales de arbitraje entienden las cláusulas de bifurcación de vías como aquellas que imponen una elección irrevocable entre los recursos internos y el arbitraje internacional.¹⁹⁰ Numerosas decisiones de arbitraje hacen alusión a las cláusulas de bifurcación - incluyendo cláusulas similares al artículo VI del TBI entre EE.UU. y Ecuador - como cláusulas que ofrecen dicha elección.¹⁹¹ Las decisiones de arbitraje por lo

¹⁸⁷ Después del artículo XXII(2) el artículo XII(4) del TBI Canadá-Venezuela establece:

"La disputa podrá ser presentada, por el inversionista interesado, a arbitraje conforme a:

- a. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)... siempre que tanto la Parte Contratante contendiente y la Parte Contratante del inversionista sean partes de la Convención del CIADI; o
- b. las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que o bien la Parte Contratante contendiente o la Parte Contratante del inversionista, pero no ambas, sea parte de la Convención del CIADI; o

En caso de que ninguno de los procedimientos mencionados anteriormente esté disponible, el inversionista podrá someter la disputa a un árbitro internacional o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)".

Documento probatorio-CLM-286, Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y Protección de Inversiones, Artículo XII (4), *disponible en* www.investmentpolicyhub.unctadxi.org.

¹⁸⁸ Después de establecer un procedimiento para arbitraje no-CIADI, ad hoc en par. 10(3)-(5), párrafo 10(6) el TBI Alemania-Polonia estipula:

"Si ambas Partes Contratantes son miembros de la Convención de 18 de marzo de 1965 sobre la solución de disputas relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados el tribunal arbitral previsto arriba, en consideración de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 27 de dicha Convención, no puede ser apelado en la medida en que se haya llegado a un acuerdo entre el inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante en virtud del artículo 25 de la Convención. Esto no afectará a la posibilidad de recurrir a tal tribunal arbitral en caso de que no sea cumplida una decisión del Tribunal Arbitral establecido de conformidad con dicha Convención (artículo 27) o en el caso de una cesión en el marco de una ley, o de conformidad con una transacción legal prevista en el artículo 6 del presente Tratado".

Documento probatorio-CLM-288, Tratado Alemania-Polonia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, del 10 de noviembre de 1989, Artículo 10(6).

¹⁸⁹ Informe del experto Ratner, en par. 29.

¹⁹⁰ Véase Ratner Expert Report, en par. 31.

¹⁹¹ *Id.*

general no implican que las cláusulas de bifurcación exijan al inversionista hacer una elección irrevocable entre jurisdicciones de arbitraje diferentes.¹⁹²

210. En el caso de que no esté claramente establecida la existencia de una bifurcación mediante las palabras o estructuras utilizadas en el texto del Tratado, los tribunales han declinado dar a entender una bifurcación para limitar las opciones de un inversionista.¹⁹³ Por tanto, por ejemplo, el tribunal en el caso *SGS (Société Générale de Surveillance) contra Pakistán* contrastó las cláusulas de bifurcación explícitas en el TBI Francia-Argentina y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), con la ausencia de dicha cláusula en el TBI Suiza-Pakistán y rechazó dar a entender una cláusula en éste último TBI.¹⁹⁴

211. Igualmente, los analistas por lo general entienden las cláusulas de bifurcación como una exigencia de una elección entre recursos nacionales por un lado y arbitraje internacional por el otro, que carece de lenguaje expreso o una estructura que indique lo contrario.¹⁹⁵ Por ejemplo, Christoph Schreuer, un líder experto en la Convención del CIADI, escribe:

¹⁹² Véase *Id.* (citando Documento probatorio RLA-52, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal contra República Argentina*, Causa CIADI N°. ARB/97/3, Decisión de Anulación, 3 de julio de 2002, en par. 54 (que acepta la opinión del tribunal de que la bifurcación en el TBI Argentina-Estados Unidos es entre foros nacionales e internacionales), aunque posteriormente anula la decisión con respecto a si el demandante había elegido la opción nacional); Documento probatorio CLM-238, *CMS Gas Transmission Company contra República Argentina*, Causa CIADI N°. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la jurisdicción, 17 de julio de 2003, en par. 80 (nótese que las demandas contractuales son diferentes de las demandas de Tratado y “esta opinión se aplica a la presente disputa, ya que no se ha presentado documentación de CMS a los tribunales locales y puesto que, incluso si TGN lo había hecho.... esto no resultará en la aplicación de la disposición de bifurcación contra CMS”). *Pero véase* Documento probatorio CLM-64, *Toto Costruzioni Generali S.P.A contra República del Líbano*, Causa CIADI N°. ARB/07/12, Decisión sobre la jurisdicción, 11 de septiembre de 2009 (que sostiene que el Tratado explícitamente exige una elección irrevocable del foro de arbitraje en la cláusula de bifurcación en sí).

¹⁹³ Véase Ratner Expert Report, en par. 32.

¹⁹⁴ Véase Documento probatorio CLM-261, *SGS Société Générale de Surveillance contra República Islámica de Pakistán*, Causa CIADI N°. ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la jurisdicción, 6 de agosto 2003, en par. 176. Véase también, Documento probatorio CLM-234, *Camuzzi International S.A. contra República Argentina*, Causa CIADI N°. ARB/03/2, Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción, 11 de mayo de 2005, en par. 117 (nótese que el TBI Belgo/Luxemburgo-Argentina no contiene cláusula de bifurcación y de ese modo el demandante puede primero presentar su reclamo ante los tribunales nacionales).

¹⁹⁵ Véase Ratner Expert Report, en par. 33 (citando Documento probatorio CLM-299, Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (2d ed. 2012) en 267- 268; Documento probatorio CLM-369, Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 *JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE* 231 (2004), en 239-40; Documento probatorio CLM-325, Jacomijn J. van Haersolte-van Hof y Anne K. Hoffman, *The Relationship Between International Tribunals and Domestic Courts*, in Peter Muchlinski et al. eds., *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (2008), en 962, 998; Documento probatorio CLM-366, Gabrielle Kaufmann-Kohler et al., *Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently?*, 21 *ICSID REVIEW* 59, 67 (2006); Documento probatorio CLM-361, Lucy Reed et al., *GUIDE TO ICSID ARBITRATION* (2d ed. 2011), at 100.). Como se argumenta más adelante, Ecuador señala la observación hecha por los analistas profesor Reinisch y Loretta Malintoppi de que el artículo 24(3) del Modelo de TBI del año 2004 de EE.UU exige la elección entre opciones de arbitraje que es “la exclusión de cualquier otra”. Ver *Contra-Memorial de Ecuador*, en par. 120-121 (que hace referencia al Elemento probatorio RLA-81, A. Reinisch & L. Malintoppi, *Methods of Dispute Resolution*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 691 (Muchlinski et al., eds., 2008), pp. 692-93. Sin embargo, tal como lo señala el profesor

“Una cláusula típica establece que el inversionista debe elegir entre el litigio de sus reclamos en los tribunales del Estado receptor o el arbitraje internacional y, una vez se haya decidido, la elección es final... *Este tipo de cláusula es usualmente referida como ‘cláusula de bifurcación’*”.¹⁹⁶

212. En sus escritos académicos, el experto ecuatoriano, profesor Vandeveldel, describe las cláusulas de bifurcación típicas como aquellas que requieren una elección irrevocable entre las cortes nacionales y el arbitraje internacional, pero no en términos de una elección irrevocable entre opciones de arbitraje. Por ejemplo, en su Tratado sobre Tratados bilaterales de inversión, el profesor Vandeveldel escribe:

“[Una] cláusula de elección de recursos, según la cual un inversionista que somete una disputa ante *alguna forma de resolución de disputa distinta del arbitraje inversionista - Estado* no podrá en el futuro someter la misma disputa ante el arbitraje inversionista - Estado, se le conoce coloquialmente como la *‘cláusula de bifurcación’*”.¹⁹⁷

213. El entendimiento uniforme por parte de los expertos del alcance de una cláusula de bifurcación típica que exige una elección entre recursos nacionales e internacionales confirma aún más el sentido corriente de los artículos VI(2) y VI(3) que no contienen una “bifurcación dentro de una bifurcación” adicional.¹⁹⁸ Como explica el profesor Ratner, aunque los estados puedan redactar los Tratados para proporcionar una bifurcación entre opciones de arbitraje diferentes, “la presunción de ausencia de prueba textual clara es que una cláusula de bifurcación está limitada a una elección irrevocable entre recursos nacionales y arbitraje internacional (y otros mecanismos acordados, si existiesen el Tratado pertinente)”.¹⁹⁹

- (4) Los argumentos de Ecuador con relación al Modelo de TBI de 1992 y la Carta de remisión de EE.UU son contrarios a los principios aceptados de interpretación de Tratado

214. Ecuador trata de encontrar apoyo para su interpretación del artículo VI(3) en el Modelo de TBI de 1992 de EE.UU y en la carta de remisión de EE.UU que fue enviada al senado de EE.UU junto con el TBI EE.UU - Ecuador. Los argumentos de Ecuador malinterpretan esas fuentes y son contrarias a los principios de interpretación de Tratado establecidos en la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados (VCLT por sus siglas en inglés).

215. Ecuador señala en primer lugar que si bien el Modelo de TBI de 1992 de EE.UU no contiene la frase “bajo una de las siguientes alternativas” en el artículo VI(2), no

Ratner, estos analistas no hacen referencia a estas cláusulas de recurso como una cláusula de bifurcación. Ratner Expert Report, en par. 24.

¹⁹⁶ Documento probatorio CLM-369, Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 231 (2004), en 239-40.

¹⁹⁷ Documento probatorio CLM-375, K. Vandeveldel, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), en p. 580.

¹⁹⁸ Ratner Expert Report, en par. 36.

¹⁹⁹ Ratner Expert Report, en par. 36.

obstante se entiende para crear una bifurcación para que un inversionista elija entre los tribunales nacionales, otros procedimientos acordados para resolución de disputas o arbitraje internacional.²⁰⁰ Ecuador argumenta que debe ser la palabra “o”, que conecta cada una de las alternativas, que establece la bifurcación.²⁰¹ Ecuador concluye que, en consecuencia, la palabra “o” en el artículo VI(3) del TBI EE.UU-Ecuador también debe imponer una bifurcación.²⁰²

216. El argumento de Ecuador ignora el lenguaje del TBI entre EE.UU - Ecuador, que es primordial según la VCLT. A diferencia del Modelo de TBI de 1992, el artículo VI(2) del TBI EE.UU - Ecuador incluye la frase “una de las siguientes alternativas,” que crea una bifurcación expresa. El argumento de Ecuador requiere interpretar dicha frase como superflua, lo cual privaría a esa frase de su *effet utile* y no está permitido según la VCLT.²⁰³

217. El tribunal *Murphy* rechazó interpretar la frase “una de las siguientes alternativas” fuera del Tratado. El tribunal encontró innecesario revisar el Modelo de TBI u otros Tratados citados por Ecuador, señalando que “considera que esos Tratados son informativos para el presente ejercicio solo en la medida en que la interpretación [del tribunal] del TBI EE.UU-Ecuador necesite complementarse”.²⁰⁴ El tribunal interpretó que el artículo VI(3) no incluye una bifurcación, explicando que:

“[La] presencia de la frase “bajo una de las siguientes alternativas en el artículo VI(2) y su ausencia correspondiente en el artículo VI(3) son significativas. La inclusión de esta frase en el artículo VI(2) habilita su operatividad como una disposición de bifurcación más allá de toda duda. El hecho de que esta expresión esté ausente en el artículo VI(3) satisface al tribunal de que esta disposición no opera como una bifurcación. El tribunal no puede interpretar una limitación en una disposición que no tiene una limitación”.²⁰⁵

²⁰⁰Contra – Memorial de Ecuador, en par. 104-107; Opinión experta del profesor Kenneth J. Vandvelde, 16 de enero 2014, en par. 57-58 (“Vandvelde Expert Report”). Ecuador señala que las decisiones de varios tribunales de arbitraje que han sostenido que el artículo VI(2) del Modelo de TBI de 1992 es una bifurcación, a pesar de que no incluye la frase “bajo una de las siguientes alternativas”. Estos fallos confirman la comprensión corriente de las disposiciones de bifurcación que exige una elección entre los tribunales nacionales y arbitraje internacional. Los mismos no dicen nada sobre si debe interpretarse el mismo tipo de bifurcación en el artículo VI(3), mucho menos ofrecen una interpretación del significado de los artículos VI(2) y VI(3) del TBI EE.UU-Ecuador, que usa un lenguaje diferente.

²⁰¹Contra – Memorial de Ecuador, en par. 104-107.

²⁰²Contra – Memorial de Ecuador, en par. 116; Vandvelde Expert Report, en par. 53.

²⁰³Ratner Expert Report, en par. 22 (el esfuerzo de Ecuador en interpretar “una de las siguientes alternativas» fuera del Tratado está «sencillamente prohibido» de acuerdo con las normas de interpretación establecidas en la VCLT, ya que una vez «las partes insertaron la frase, debe dársele un significado efectivo.”).

²⁰⁴ Ver Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra República de Ecuador* (CNUDMI, Causa PCA N°. AA434), Fallo parcial sobre la jurisdicción (13 de noviembre de 2013), par. 179

²⁰⁵ Ver Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra República de Ecuador* (CNUDMI, Causa PCA N°. AA434), Fallo parcial sobre la jurisdicción (13 de noviembre de 2013), par. 179.

218. Ecuador argumenta que “es un caso común en la ley internacional que los términos en una disposición de un Tratado puedan servir como una aclaratoria cautelar”.²⁰⁶ Ecuador sugiere que, aun si su interpretación hiciera superflua la frase “bajo una de las siguientes alternativas”, esta frase puede haber sido añadida como un exceso de precaución – *ex abundante cautela* – y puede haber tenido la intención de ser superflua.

219. Contrario a la afirmación de Ecuador, no es un “caso común en la ley internacional” que los Tratados contengan disposiciones superfluas.²⁰⁷ Como lo explica el profesor Ratner, “como asunto general, interpretar un Tratado con el fin de aceptar la redundancia de una frase - es decir, tratarlo como si no tuviera un efecto jurídico independiente - está reñido con la máxima de *effet utile* y, por lo tanto, no es un modo aceptado de interpretación de Tratado”.²⁰⁸ Como resultado, los tribunales no se apoyan en este principio para interpretar los Tratados bilaterales de inversión.²⁰⁹

220. Ecuador señala el Caso de *Siemens contra Argentina* para sustentar su invocación del principio de *ex abundante cautela*.²¹⁰ En el caso *Siemens*, el tribunal aceptó que las partes del TBI Alemania-Argentina actuaron con exceso de precaución al incluir una cláusula de tratamiento a la nación más favorecida (MFN por sus siglas en inglés) tanto en el artículo del Tratado relativo al tratamiento que fuera generalmente ofrecido a inversionistas extranjeros como en el artículo de su tratamiento en caso de conflictos armados y emergencias.²¹¹

221. Por lo tanto, como lo explica el profesor Ratner, en el caso *Siemens*, se invocó el principio de *ex abundante cautela* solo para demostrar que el uso simultáneo de una frase en una disposición más amplia del TBI (la cláusula general MFN) y en una disposición restrictiva del TBI (la cláusula de conflictos armados) no privó sobre el efecto total de la disposición más amplia.²¹² *Siemens* no apoya el argumento de Ecuador de que el principio de *ex abundante cautela* puede ser invocado para mostrar que, tanto la existencia una frase en una disposición de un Tratado como la ausencia de la misma frase en otra disposición del Tratado en cuestión, son legalmente insignificantes.²¹³

222. Ecuador argumenta que EE.UU. indica en su carta de remisión al TBI EE.UU.-Ecuador, que ellos pretendían que la frase “bajo una de las siguientes alternativas” fuese superflua.²¹⁴ De manera preliminar, el profesor Ratner explica que las declaraciones

²⁰⁶ Contra – Memorial de Ecuador, en nota 189, citando Documento probatorio RLA-65, *Siemens A.G. contra República Argentina*, Causa CIADI N°. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004), par. 90

²⁰⁷ Ver Ratner Expert Report, en par. 14.

²⁰⁸ Ver Ratner Expert Report, en par. 13 (citando el Tribunal Internacional de Justicia y la Comisión de Ley Internacional).

²⁰⁹ Ver Ratner Expert Report, en par. 44.

²¹⁰ Contra – Memorial de Ecuador, en nota 189, citando Documento probatorio RLA-65, *Siemens A.G. contra República Argentina*, Causa CIADI N°. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004), en par. 90.

²¹¹ Véase Documento probatorio RLA-65, *Siemens A.G. contra República Argentina*, Causa CIADI N°. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004), en par. 90.

²¹² Ratner Expert Report, en par. 15.

²¹³ Ratner Expert Report, en par. 15.

²¹⁴ Contra – Memorial de Ecuador, en nota 105.

unilaterales en la carta de remisión de EE.UU no son una fuente pertinente para interpretar el Tratado, “ya que no son un acuerdo con Ecuador y tampoco hay evidencia de que hayan sido aceptados por Ecuador como un instrumento relacionado con el Tratado”.²¹⁵

223. En todo caso, la carta de remisión de EE.UU no establece el significado que Ecuador le atribuye. En su explicación del artículo VI, la carta de remisión declara que los artículos VI(2) y VI(3):

“...establecen el rango de opciones para la resolución de disputas del inversionista. El inversionista puede hacer una elección exclusiva e irrevocable de: (1) emplear uno de los diversos procedimientos de arbitraje señalados en el Tratado; (2) someter la disputa a los procedimientos previamente acordados por el inversionista y el gobierno del país receptor en un acuerdo de inversión o no; o (3) someter la disputa a los tribunales locales o administrativos del país receptor”.

Con respecto a las opciones de arbitraje enumeradas en el artículo VI(3), la carta simplemente especifica que “el inversionista puede elegir entre” el CIADI, la institución adicional de CIADI y el arbitraje CNUDMI.

224. Nada en esta frase indica que EE.UU interpretó el artículo VI(3) como una bifurcación.²¹⁶ La colocación de los dos puntos en la cita anterior indica que la elección que es “exclusiva e irrevocable” es la elección de recurrir a: (1) arbitraje; (2) procedimientos previamente acordados; o (3) los tribunales locales o administrativos del país receptor. En otras palabras, la bifurcación es, como comúnmente se entiende, una bifurcación entre recursos nacionales y arbitraje internacional.

225. El profesor Ratner destaca la diferencia entre la referencia de la carta al artículo VI(2) que requiere una “elección exclusiva e irrevocable” y el artículo VI(3) que dice que el inversionista puede “elegir” de entre las opciones enumeradas. Como él lo explica, esa diferencia es significativa:

“Dado el cuidado con el cual estos mensajes son preparados por abogados experimentados en el Departamento de Estado de EE.UU. y la Oficina de Representantes Comerciales de EE.UU., **la mención de una elección irrevocable en un contexto pero no en el otro, como mínimo, no se puede decir que admite una interpretación del Tratado distinta al significado simple discutido anteriormente. Por el contrario, refuerza el significado corriente de los artículos VI(2) y (3).** La única evidencia de lo contrario es el uso de la frase ‘uno de los diversos procedimientos de arbitraje’ en el pasaje citado arriba, pero en mi opinión esto es contrarrestado por el contraste entre la frase ‘elección exclusiva e

²¹⁵ *Id.* en par. 38.

²¹⁶ Contra – Memorial de Ecuador, en par. 106, 117-118. *Ver también* Opinión experta del profesor Kenneth J. Vandeveld, 16 de enero 2014, en par. 64.

irrevocable’ usada para describir el artículo VI(2) y la simple referencia de que ‘el inversionista puede elegir’ empleada para describir el artículo VI(3)”.²¹⁷

226. Ecuador también señala que el artículo 24(3) del Modelo de TBI de 2004 de EE.UU no incluye la frase “bajo uno de las siguientes alternativas”,²¹⁸ sin embargo, los profesores Reinisch y Malintoppi la calificaron como que ofrece a los inversionistas una elección de foros de resolución de disputas que, una vez hecha, “implica la exclusión de cualquier otra”.²¹⁹ Ecuador asevera que, a partir de esto, “es claro que, textualmente, este efecto de bifurcación se debe a la ‘o’”.²²⁰

227. El artículo 24(3) del Modelo de TBI de 2004 no es una guía interpretativa del artículo VI(3) del TBI EE.UU-Ecuador debido a las diferencias estructurales de significado entre las dos disposiciones. Entre otras cosas, el Modelo de TBI de 2004 no contiene una bifurcación como tal con respecto a la elección entre los procedimientos judiciales nacionales y el arbitraje internacional.²²¹ El tribunal *Murphy* rechazó el argumento de Ecuador relativo al Modelo de TBI de 2004, por encontrarlo no útil para interpretar el artículo VI(3) del TBI entre EE.UU-Ecuador.²²²

228. Finalmente, aun si el principio de *ex abundante cautela* fuese aplicable, el apoyo de Ecuador en ese principio está fuera de lugar. Incluso si asumiéramos que la frase “bajo las siguientes alternativas” en el artículo VI(2) tuvo la intención de confirmar, en vez de establecer, que un inversionista tuviera el derecho de presentar una disputa ante solo un tipo de procedimiento de resolución de disputa, sería significativo que los redactores del Tratado incluyeran esa confirmación solo en el artículo VI(2) y no en el VI(3). El principio *ex abundante cautela* no ofrece ninguna explicación para esa diferencia. Por lo

²¹⁷Ratner Expert Report, en par. 35.

²¹⁸ El artículo 24(3) del Modelo de TBI de 2004 de EE.UU especifica que:

Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que ocurrieron los eventos que derivaron en el reclamo, un demandante puede presentar un reclamo de los referidos en el par. 1:

(a) según lo dispuesto en la Convención del CIADI y las Normas de Procedimiento del CIADI para Procesos de Arbitraje, siempre que el demandado y la Parte no contendiente sean partes según lo establecido en la Convención del CIADI;

(b) según las Normas de Institución Adicional CIADI, siempre que el demandado o la Parte no contendiente sea considerado como una de las partes según lo establecido en la Convención del CIADI;

(c) según las Normas de Arbitraje CNUDMI; o

(d) si el demandante y el demandado acuerdan cualquier otra institución de arbitraje o según lo establecido en otras normas de arbitraje.

Documento probatorio RLA-60, Modelo de TBI de 2004 de EE.UU, artículo 24(3) (énfasis agregado).

²¹⁹ *Id. citando* Documento probatorio RLA-81, A. Reinisch & L. Malintoppi, *Methods of Dispute Resolution*, en THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 691 (Muchlinski et al., eds., 2008), en pp. 692-93.

²²⁰ *Contra* – Memorial de Ecuador, en par. 121. Como lo señala el profesor Ratner, estos analistas no hacen referencia a estas cláusulas de recurso como una cláusula de bifurcación. Ratner Expert Report, en p. 35.

²²¹ Si bien el artículo 26 del Modelo de TBI de 2004 impide el inicio o continuación de procesos internos después del inicio de un arbitraje, este artículo no establece que un demandante no puede solicitar un arbitraje si dichos procesos internos se iniciaron previamente y la exclusión de los procesos internos es el resultado de una renuncia expresa por escrito a las demandas, no debido a una bifurcación en el Tratado. *Ver* Documento probatorio RLA-60, Modelo de TBI de 2004 de EE.UU, artículo 24(3)

²²² *Ver* Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra República de Ecuador* (CNUDMI, Causa PCA N°. AA434), Fallo parcial sobre la jurisdicción (13 de noviembre de 2013), par. 176.

tanto, de acuerdo con las normas aplicables de interpretación de Tratados, el artículo VI(3) no puede interpretarse como la imposición del mismo tipo de bifurcación que se encuentra en el artículo VI(2).

- b) Los artículos VI(2) y VI(3) en su contexto y a la luz del Objetivo y Propósito del TBI

229. Una interpretación del artículo VI de que contiene solo una bifurcación se apoya al considerar esa disposición en su contexto dentro del Tratado y a la luz del objetivo y propósito de esa disposición y del Tratado como un todo.

- (1) El contexto del artículo VI(3)

230. El artículo VI(3) debe leerse en el contexto de las disposiciones circundantes del Tratado, en particular el artículo VI(4). El artículo VI(4) apoya la interpretación de que el artículo VI(3) no impone una segunda cláusula de bifurcación.

231. El artículo VI(4) establece que:

“4. Cada parte accede a someter cualquier disputa de inversión al arbitraje vinculante para su resolución, de conformidad con la elección especificada en el consentimiento escrito del nacional o compañía según el párrafo 3. ***Dicho consentimiento, junto con el consentimiento escrito del nacional o compañía dado conforme al párrafo 3 cumplirá el requisito de:***

(a) ***consentimiento escrito de las partes en disputa*** a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (jurisdicción del Centro) y a los fines de las Normas de Institución Adicional; y

(b) ***un ‘acuerdo por escrito’*** a los fines del artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958 (‘Convención de Nueva York’).²²³

232. Ecuador argumenta que el artículo VI(4) establece que cualquiera de las partes en disputa puede iniciar un arbitraje “de conformidad con la elección especificada en el consentimiento escrito del nacional o compañía” y, en consecuencia, el Tratado solo permite “la creación de *un* [vínculo consensual] entre el inversionista demandante y el Estado receptor.”²²⁴ Nada de lo dispuesto en el artículo VI(4) debe interpretarse como una imposición a esa limitación.

233. El artículo VI(4) no menciona limitaciones a la “elección” del foro arbitral especificado por el inversionista. Como explica el profesor Ratner, el artículo VI(4) “no excluye que el inversionista pudiera, bajo circunstancias inusuales, necesitar hacer una

²²³ Documento probatorio C-1, TBI EE.UU.-Ecuador, art. VI(4).

²²⁴ Contra – Memorial de Ecuador, en par. 124 (citando los artículos VI(3)(b) y(4)).

segunda elección”.²²⁵ Esto no es sorprendente, dado que el propósito del artículo VI(4) es asegurar que, cuando una disputa de inversión es sometida a arbitraje, exista un acuerdo de arbitraje entre las partes en disputa a los fines de la Convención del CIADI o la Convención de Nueva York.

234. Permitirle a un inversionista acceder a más de un foro arbitral es consistente con el propósito del artículo VI(4), el cual es asegurar que, para el momento en que la disputa sea realmente sometida a arbitraje ya exista un acuerdo de arbitraje válido. Particularmente en caso que (como aquí) el Estado haya retirado su consentimiento a uno de los foros arbitrales disponibles (en este caso, CIADI); permitirle al inversionista acceder al arbitraje en un segundo foro complementa el propósito del artículo VI(4) garantizando que en el futuro el inversionista podrá someter a arbitraje la disputa y que cuando lo haga, habrá un acuerdo de arbitraje válido entre las partes.

(2) El Objetivo y Propósito del artículo VI(3)

235. Los principios de interpretación de Tratados según la VCLT también llevan a considerar el objetivo y propósito de las disposiciones pertinentes. Como se ha señalado anteriormente, el objetivo y propósito de los artículos VI(2) y (3) es registrar el acuerdo de Ecuador al arbitraje de disputas de inversión y a hacerlo en el foro de elección del inversionista. Interpretar el artículo VI(3) como que permite más de una elección de foro arbitral es consistente con ese objetivo y propósito.

236. Ecuador argumenta que el objetivo y propósito del artículo VI(3) es evitar la multiplicidad de procedimientos con respecto a la misma disputa de inversión. Ecuador alega que el artículo VI(3) debe ser, en consecuencia, interpretado como una imposición de una cláusula de bifurcación relacionada con la elección de un inversionista del foro arbitral.²²⁶ Ecuador se apoya en el profesor Vandeveld, quien afirma que permitirle al inversionista someter la disputa tanto al CIADI como al tribunal CNUDMI “sea simultánea o consecutivamente, habría subvertido la política estadounidense de evitar múltiples procedimientos”.²²⁷ El apoyo de Ecuador en la opinión del profesor Vandeveld está fuera de lugar.

237. Como un asunto preliminar, la opinión del profesor Vandeveld no puede considerarse un trabajo preparatorio del Tratado (que puede ser tomado en cuenta con el fin de confirmar un significado corriente del Tratado o asegurar que su significado no es ambiguo o manifiestamente absurdo²²⁸) y no es de otro modo relevante para la interpretación del Tratado según lo estipulado en los artículos 31 y 32 de la VCLT.²²⁹

²²⁵Ratner Expert Report, en par. 37.

²²⁶Contra – Memorial de Ecuador, en par. 126.

²²⁷Vandeveld Expert Report, en par. 55. *Ver también*, Ecuador’s Counter-Memorial, en par. 126.

²²⁸*Ver arriba* en par. 188.

²²⁹*Ver* Ratner Expert Report, en par. 48. El profesor Ratner explica que la ausencia de trabajos que pudieran cuestionar el significado corriente del Tratado es legalmente significativo. *Id.* en par. 43.

238. En todo caso, el informe del profesor Vandeveldel no proporciona apoyo significativo a la proposición de que el artículo VI(3) representa una política estadounidense que evita los procedimientos múltiples.

239. El profesor Vandeveldel realmente no describe las opiniones de EE.UU. con respecto al artículo VI(3) o disposiciones similares en otros Tratados bilaterales de inversión de EE.UU.. Por el contrario, él simplemente resume la evolución histórica de la disposición de la elección de recursos en los TBI de EE.UU. e identifica los cambios que se hicieron para imponer una cláusula de bifurcación en el artículo VI(2) relativo a la elección del inversionista de someter una disputa a tribunales nacionales, procedimientos acordados de resolución de disputas o arbitraje internacional.²³⁰

240. Sin ningún sustento, el profesor Vandeveldel entonces infiere que la política de EE.UU. de evitar la multiplicidad de procedimientos -la cual considera inspiró los cambios al artículo VI(2) - sería subvertida por una interpretación al artículo VI(3) que permitiría al inversionista “elegir someter la disputa a más de una forma de arbitraje inversionista - Estado”.²³¹ Esta inferencia es injustificada.

241. En primer lugar, el profesor Vandeveldel sostiene que la política de EE.UU. que evita múltiples procedimientos, buscaba evitar procedimientos simultáneos tanto a nivel nacional como internacional con respecto al mismo reclamo del TBI.²³² El profesor Vandeveldel no presenta pruebas de que EE.UU. pretendía evitar procedimientos ante dos diferentes tribunales de arbitraje inversionista - Estado.²³³

242. En segundo lugar, el argumento según el cual la política de EE.UU. que evita múltiples procedimientos se conviertan en múltiples procedimientos arbitrales no puede asumirse con la inserción de la frase “bajo una de las siguientes alternativas” solo en el artículo VI(2) y no en el artículo VI(3) del TBI EE.UU.-Ecuador. El profesor Vandeveldel alega que el propósito de la inserción “era enfatizar la exclusividad e irrevocabilidad de la elección entre recursos locales, procedimientos acordados previamente y arbitraje inversionista - Estado y NO indicar, mediante un tipo de implicación negativa, que la elección entre métodos de arbitraje inversionista - Estado según el TBI no era exclusiva e irrevocable”.²³⁴

243. El profesor Ratner explica que “este argumento es incompatible, ilógico y en última instancia irrelevante”:

²³⁰ Vandeveldel Expert Report, en par. 24-64.

²³¹ Vandeveldel Expert Report, en par. 55.

²³² Ver Vandeveldel Expert Report, en par. 47 (el modelo de 1992 trató de «eliminar cualquier duda concerniente a si un inversionista podía someter una disputa tanto a recursos locales como a procedimientos previamente acordados, en caso de que fuesen diferentes»); *id.*, en par. 50 (el modelo de 1992 buscaba «dejar claro ... que la elección entre recursos de (1) someter ante los tribunales locales, (2) empleo de procedimientos acordados previamente y (3) arbitraje inversionista - Estado era completamente exclusiva e irrevocable.»).

²³⁴ Vandeveldel Expert Report, en par. 57.

“Es *incompatible* porque... la preocupación principal de EE.UU. era la posibilidad de resolución simultánea o subsiguiente de disputas a nivel nacional-internacional. Es *ilógico* porque si la elección entre recursos arbitrales también era irrevocable, entonces no tiene sentido que los redactores del Modelo de TBI de 1994 aclararan la cláusula de bifurcación entre los recursos nacionales y los internacionales, pero no aclararan la supuesta cláusula de bifurcación entre jurisdicciones de arbitraje internacional... Y es *irrelevante* porque el texto, cuyo sentido corriente es primordial, en el fondo establece una diferencia entre la cláusula de bifurcación y las opciones de foros de arbitraje que tiene el inversionista, no mediante una “implicación negativa” tácita o escondida sino, como se explicó anteriormente, mediante el uso de diferentes palabras en los artículos VI(2) y (3)”.²³⁵

244. Finalmente, aun si el objetivo y propósito del artículo VI(3) era evitar múltiples procedimientos arbitrales (lo que carece de fundamento), aquí no hay inquietud acerca de procedimientos múltiples. MSDIA nunca inició un arbitraje CIADI, puesto que Ecuador denunció la Convención del CIADI y declaró que no se consideraba sujeto a los tribunales del CIADI. En esas circunstancias, reconocer el consentimiento de MSDIA a una segunda elección de foro arbitral no origina un riesgo de múltiples procedimientos.

245. Ésa es la razón por la que el tribunal *Murphy* rechazó como irrelevante el argumento de Ecuador de que uno de los propósitos de una disposición de bifurcación es prevenir la multiplicidad de procedimientos con respecto a la misma disputa de inversión.²³⁶ El tribunal *Murphy* consideró que:

“Debido a que este caso implica el remplazo de un foro no disponible con uno disponible y dado que el foro arbitral al cual el Demandante, en teoría, podría haber vuelto a someter su reclamo rechazado ya no está disponible, **no puede haber preocupación alguna aquí sobre una duplicidad de procedimientos**”.²³⁷

246. El razonamiento del tribunal *Murphy* es igualmente aplicable aquí. Permitir que MSDIA remplace el arbitraje CIADI, cuando Ecuador se ha retirado a la Convención del CIADI, con el arbitraje CNUDMI no puede dar lugar a preocupaciones sobre una multiplicidad de procedimientos. Simplemente haría efectivo el intento del artículo VI(3) de asegurar que MSDIA tenga al menos un foro arbitral disponible para la resolución de su disputa de inversión.

(3) El Objetivo y Propósito del Tratado como un todo

²³⁵Ratner Expert Report, en par. 53 (también señala que el profesor Vandvelde, en su Tratado de discusión sobre el TBI EE.UU.-Ecuador, escribe “Esta frase [‘bajo una de las siguientes alternativas’] fue escrita con la intención de aclarar que el inversionista puede elegir solo una una de las alternativas [es decir... las tres mencionadas en el artículo VI(2)]”, sin la sugerencia de tal elección limitada en el artículo VI(3)).

²³⁶ Ver Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra República de Ecuador* (CNUDMI, Causa PCA N°. AA434), Fallo parcial sobre la jurisdicción (13 de noviembre de 2013), par. 191.

²³⁷ *Id.* en 191. El tribunal también hace una observación más general de que las “disposiciones de bifurcación típicamente distinguen entre demandas de contrato y demandas de Tratado. Las mismas no están diseñadas para prevenir el tipo de situación que se presenta aquí”. *Id.*

247. Según lo explicado anteriormente, uno de los objetivos y propósitos del TBI EE.UU-Ecuador es brindarle a los inversionistas el acceso al arbitraje internacional para resolver sus disputas de inversión.²³⁸

248. El tribunal *Murphy* consideró que la interpretación del artículo VI(3) que estaba más acorde con el objetivo y propósito del Tratado era la interpretación que permitía a un inversionista hacer más de una elección de foro arbitral.²³⁹ En particular, el tribunal señaló que:

“De acuerdo con las circunstancias de este caso, **la interpretación del Demandado del artículo VI(3)(a) excluye completamente el acceso del Demandante al arbitraje internacional. El tribunal considera que dicho resultado va en contra del objetivo y propósito del TBI** y que es “manifiestamente absurdo e irracional” de conformidad con el significado del artículo 32 de la Convención de Viena”.²⁴⁰

249. Ecuador argumenta que una interpretación del Tratado que le permite al inversionista consentir en más un foro arbitral socavaría otro objetivo y propósito del Tratado, a saber, “promover mayor cooperación económica entre las partes”, ya que “exageraría la protección concedida a los inversionistas que optan por el arbitraje internacional, en detrimento de aquellos que eligen los tribunales locales”.²⁴¹ El argumento de Ecuador es errado.

250. Permitirle a una parte consentir más de un foro arbitral no necesariamente permite que los inversionistas sometan su disputa a resolución a más de un foro arbitral (una pregunta que este tribunal no necesita responder²⁴²). Además, no hay nada en el Tratado que impida a un inversionista someter una disputa a más de un tribunal local (*es decir*, no hay una cláusula de bifurcación adicional incluida en el artículo VI(2)(a) del Tratado).²⁴³ Por lo tanto, aquellos que opten por los tribunales locales en ningún modo están en desventaja con relación a un inversionista que accedan a más de un foro de arbitraje.

²³⁸ Ver arriba en par. 174. La Carta de remisión de EE.UU enumera como uno de los principales objetivos del TBI establecer que “los nacionales y compañías de cualquiera de las partes, en disputas de inversión con el gobierno receptor, tengan acceso a arbitraje internacional vinculante, sin primero recurrir a los tribunales locales”. Documento probatorio RLM-17, Carta de remisión del Departamento de Estado sobre el TBI EE.UU-Ecuador, p. 3.

²³⁹ Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra República de Ecuador* (CNUDMI, Causa PCA N°. AA434), Fallo parcial sobre la jurisdicción (13 de noviembre de 2013), par. 187.

²⁴⁰ Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra República de Ecuador* (CNUDMI, Causa PCA N°. AA434), Fallo parcial sobre la jurisdicción (13 de noviembre de 2013), par. 197.

²⁴¹ Contra – Memorial de Ecuador, par. 127-128.

²⁴² Éste fue el asunto presentado ante el tribunal en el caso *Murphy contra Ecuador*, el cual sostuvo que, dadas las circunstancias de ese caso, el inversionista tenía derecho de someter su disputa a un segundo foro arbitral para su resolución. Ver Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra República de Ecuador* (CNUDMI, Causa PCA N°. AA434), Fallo parcial sobre la jurisdicción (13 de noviembre de 2013).

²⁴³ Los inversionistas que sometan la misma disputa a múltiples tribunales y los inversionistas que sometan la misma disputa a múltiples tribunales arbitrales, deben por igual enfrentar objeciones sobre las bases de *lis pendens* o *res judicata*.

251. Finalmente, Ecuador argumenta que la interpretación que MSDIA hace del Tratado, de manera inapropiada le da a MSDIA “tantas oportunidades como desee”.²⁴⁴ Esto no es correcto como asunto general o en las circunstancias específicas de este caso. Además, Ecuador está abogando por una interpretación del Tratado que no le daría a MSDIA *ni una sola oportunidad*, lo que obviamente no es lo que las Partes del Tratado pretendieron.

3. Aun si el Tratado exigiera un consentimiento exclusivo e irrevocable (que está denegado), el consentimiento de MSDIA al arbitraje CNUDMI todavía sería válido

252. Aun si el Tratado, por lo general, exigiera una elección exclusiva e irrevocable de un foro arbitral conforme al artículo VI(3) (que, como se expone anteriormente, no lo hace), el consentimiento de MSDIA al arbitraje CNUDMI todavía sería válido.

253. Ecuador alega que MSDIA consintió el arbitraje del CIADI en su Notificación de Disputa fechada el 8 de junio de 2009, activando así el efecto de bifurcación del artículo VI(3)(a) del TBI y hace su consentimiento al CIADI exclusivo e irrevocable. Sin embargo, de existir tal bifurcación, la carta de MSDIA de junio de 2009 no la define.

254. La carta de MSDIA consintió el arbitraje del CIADI para el propósito limitado de perfeccionar el consentimiento de Ecuador al arbitraje del CIADI a los efectos del artículo 72 de la Convención del CIADI, porque Ecuador había anunciado su intención de retirarse del CIADI. La carta de MSDIA de junio de 2009 también contiene una reserva expresa del derecho de MSDIA de consentir el arbitraje en un foro diferente de conformidad con el artículo VI(3) del TBI.

255. El texto de la carta de MSDIA deja claro que MSDIA no interpretó las dos declaraciones por separado. Ninguna interpretación razonable de la carta de MSDIA podría sugerir que MSDIA había consentido el arbitraje del CIADI sobre una base exclusiva e irrevocable.

256. La esencia del argumento de Ecuador es que MSDIA no tenía derecho a condicionar su consentimiento o hacer una contraoferta y, por consiguiente, su reserva de derechos puede ser ignorada.²⁴⁵ En consecuencia, el argumento de Ecuador relativo al artículo VI(3) no solo depende de sugerir las condiciones al consentimiento de Ecuador (es decir, que el inversionista debe hacer una elección exclusiva e irrevocable del foro arbitral), sino de ignorar los términos expresos del consentimiento de MSDIA en su carta de junio de 2009. Ni la ley internacional ni los cánones básicos de construcción permiten este resultado.

257. Si el artículo VI(3) contiene una cláusula de bifurcación que exige una elección exclusiva e irrevocable del foro arbitral, entonces MSDIA no proporcionó un consentimiento válido al arbitraje del CIADI. En otras palabras, si la reserva de derechos de MSDIA fue inválida, su consentimiento también.

²⁴⁴ Contra – Memorial de Ecuador, en par. 129.

²⁴⁵ Contra – Memorial de Ecuador, en par. 143-148; Vandeveld Expert Report, en par. 68.

258. En consecuencia, MSDIA retuvo su derecho al arbitraje CNUDMI y lo hizo de forma válida en diciembre de 2012 en su Notificación de Arbitraje que inicia estos procedimientos.

- a) MSDIA no dio un consentimiento exclusivo e irrevocable al arbitraje del CIADI

259. En su Notificación de Disputa, de fecha 8 de junio de 2009, MSDIA declaró expresamente que su consentimiento al arbitraje del CIADI no fue exclusivo y que se reservó el derecho de consentir otras formas de arbitraje según lo dispuesto en el Tratado. En concreto, MSDIA escribió:

“Por la acción de esta carta, MSDIA acepta por el presente el ofrecimiento de la República de Ecuador de someter para su resolución las disputas relativas a inversiones mediante el arbitraje vinculante ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), de conformidad con el artículo VI del TBI y el artículo 25 de la Convención sobre la Resolución de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convención del CIADI”). Esta carta sirve para perfeccionar el “consentimiento a la jurisdicción del Centro” a los efectos del artículo 72 de la Convención del CIADI, al preservar así los derechos de MSDIA, la República de Ecuador debe decidir retirarse de la Convención del CIADI conforme al artículo 71.2. No obstante, y sin perjuicio del derecho de MSDIA para iniciar el arbitraje del CIADI en una fecha futura, ***MSDIA se reserva el derecho en cualquier momento de seleccionar cualquier tipo de arbitraje establecido en virtud del Artículo VI(3)(a) del TB***”.²⁴⁶

260. MSDIA explica en su carta que eligió consentir la jurisdicción del CIADI en junio de 2009 con el fin de ***preservar sus derechos de conformidad con el artículo 72 de la Convención del CIADI*** en caso de que Ecuador se retirara de la Convención del CIADI, como dijo que lo haría. La intención de MSDIA es expresa: “Esta carta sirve para perfeccionar el “consentimiento a la jurisdicción del Centro” a los efectos del artículo 72 de la Convención del CIADI”.²⁴⁷

²⁴⁶ Documento probatorio C-2, Notificación de disputa de MSDIA de fecha 8 de junio de 2009, en 1-2.

Particularmente, Ecuador nunca objetó la Notificación de disputa de MSDIA o indicó que no aceptó la reserva de derechos de MSDIA. Si Ecuador creía que el consentimiento de MSDIA contenía condiciones inadmisibles o una reserva de derechos inaceptable, uno esperaría que Ecuador replicara la carta de MSDIA exponiendo su objeción. Por el contrario, Ecuador no dio respuesta alguna a la carta de MSDIA (otra distinta a la de iniciar procedimientos judiciales contra los abogados estadounidenses que firmaron la carta en nombre de MSDIA).

²⁴⁷ Documento probatorio CLM-368, Convención sobre la Resolución de Diferencias relacionadas con inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convención del CIADI”) (2006), artículo 72 (“la Notificación de un Estado Contratante de conformidad con los artículos 70 ó 71 [que se retira de la Convención] no debe afectar los derechos u obligaciones de dicho Estado a los efectos de esta Convención... que surjan del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por una de las partes antes de que dicha notificación sea recibida por el depositario”) reimpresso en Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2d ed. 2009), en XIIX-IXVII.

261. En el mismo párrafo, MSDIA establece además que su consentimiento no fue exclusivo. Por lo tanto, MSDIA buscaba preservar el abanico de opciones de arbitraje que existen según el artículo VI(3) del Tratado.

262. Ecuador alega que el consentimiento de MSDIA al arbitraje del CIADI fue válido, pero que la reserva de derechos expresa de MSDIA fue inválida y debe ser ignorada.²⁴⁸ El argumento de Ecuador es completamente contrario al principio fundamental del arbitraje como un asunto de consentimiento. Ecuador alega, en síntesis, que MSDIA debía suscribirse a una elección exclusiva e irrevocable del arbitraje del CIADI, a pesar de que en la carta MSDIA dice haber hecho precisamente lo contrario. Ese argumento va contra todo principio concerniente a la formación e interpretación de los acuerdos de arbitraje internacional.

263. Ecuador sostiene que la carta de MSDIA de junio de 2009 no condicionó expresamente el consentimiento de MSDIA al arbitraje del CIADI en la reserva de los derechos de MSDIA y que por lo tanto dicha reserva de derechos no debe tomarse en cuenta.²⁴⁹ Esto es inconsistente con el texto de la carta de MSDIA.

264. De la redacción de la carta de MSDIA se desprende claramente el deseo de que su intención de consentir al arbitraje del CIADI y su reserva de derechos, presentes están en el mismo párrafo, fueran interpretados en conjunto, partiendo del hecho que MSDIA consideraba su reserva de derechos como uno de los términos de su consentimiento. Es irrelevante el que MSDIA no utilizara la palabra “condición” cuando se *“reservó el derecho* de seleccionar en cualquier momento cualquier tipo de arbitraje de conformidad con el artículo VI(3)(a) del TBI”.²⁵⁰ La opinión de Ecuador al tratar por separado el consentimiento de MSDIA y su reserva de derechos es inconsistente con cualquier interpretación razonable de esa carta.

265. Ecuador sostiene que la reserva de derechos de MSDIA a consentir alguna otra forma de arbitraje según el Tratado no puede tomarse en cuenta, ya que la elección de consentimiento de un inversionista, de acuerdo con el artículo 25 de la Convención del CIADI²⁵¹, es exclusiva e irrevocable. Ecuador se apoya en el profesor Vandavelde, que sostiene que MSDIA “trató de reservar el derecho a consentir un foro diferente - un derecho que, realmente, no tenía”.²⁵²

266. El argumento de Ecuador asume incorrectamente que la Convención del CIADI exige que un inversionista haga un consentimiento exclusivo e irrevocable al arbitraje a los efectos de la Convención, que implica la exclusión de cualquier otro recurso.²⁵³ Aunque el artículo 25 de la Convención del CIADI le prohíbe a un inversionista retirar su consentimiento al arbitraje del CIADI de manera unilateral,²⁵⁴ el artículo 26 de la Convención del CIADI expresamente

²⁴⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos. 138-148.

²⁴⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 144.

²⁵⁰ Documento probatorio C-2, Notificación de disputa de MSDIA de fecha 8 de junio de 2009 (énfasis agregado).

²⁵¹ Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos 139-140 (Ecuador afirma que el artículo 25 de la Convención del CIADI prohíbe a un inversionista “elegir el consentimiento de someter la misma disputa a arbitraje en cualquier otro foro”).

²⁵² Informe pericial del Prof. Vandavelde, en par. 68.

²⁵³ Informe pericial del Prof. Vandavelde, en párrafos. 139-140 (afirmando que el artículo 25 de la Convención del CIADI prohíbe a un inversionista “elegir el consentimiento de someter a arbitraje la misma disputa en cualquier otro foro”).

²⁵⁴ Documento probatorio CLM-368, Convención sobre la Resolución de Diferencias relacionadas con inversiones

establece que el consentimiento de una de las partes al arbitraje del CIADI puede hacerse sobre una base no exclusiva.²⁵⁵ Específicamente, el artículo 26 establece en su parte pertinente:

“El consentimiento de las partes al arbitraje en virtud de la presente Convención se considerará, ***a menos que se indique lo contrario***, como consentimiento a dicho arbitraje y exclusión de cualquier otro recurso...”²⁵⁶

267. En su carta de junio de 2009, MSDIA declaró expresamente que su consentimiento al arbitraje del CIADI no implicaba la exclusión de cualquier otro recurso. Sería contrario al texto de la Convención del CIADI ignorar la reserva de derechos de MSDIA y afirmar que MSDIA consintió al arbitraje del CIADI sobre una base exclusiva. Sería también un resultado contrario, dada la renuncia de Ecuador a la convención del CIADI.

268. Ecuador asevera que “interpretar la ‘reserva de derechos’ como una condición de la elección de Merck de consentir al arbitraje del CIADI va contra el propósito declarado en la carta de asegurar la oferta de Ecuador de consentir al arbitraje del CIADI”.²⁵⁷ Esto también es errado.

269. Según sus términos, la carta de MSDIA buscaba “perfeccionar ‘el consentimiento a la jurisdicción del Centro’ ***a los fines establecidos en el artículo 72 de la Convención del CIADI***, al preservar así los derechos de MSDIA, la República de Ecuador debe decidir retirarse de la convención del CIADI de conformidad con el artículo 71.2”.²⁵⁸ Como explica el profesor Ratner:

“[Un] demandante cauteloso no desearía apostar que un tribunal interprete la falta de consentimiento del demandante antes del retiro del estado del CIADI como legalmente irrelevante de conformidad con el artículo 72. En este caso, el demandante, consciente de la posibilidad de que Ecuador denuncie la Convención del CIADI - la cual hizo menos de un mes después de la fecha de la carta del demandante - estaba tratando de preservar la posibilidad de la jurisdicción del CIADI”.²⁵⁹

270. La carta de MSDIA afirma expresamente que MSDIA buscaba “asegurar” el consentimiento de Ecuador a la jurisdicción del CIADI en virtud del artículo 72 de la Convención, al tiempo que daba su consentimiento a la jurisdicción del CIADI sobre una base no exclusiva a los efectos del artículo 25 de la Convención (tal como lo permite expresamente el artículo 26) y del artículo VI(3) del TBI.

entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convención del CIADI”) (2006), artículo 25 (“Cuando las partes [en disputa] hayan dado su consentimiento, ninguna de las partes puede retirar su consentimiento unilateralmente”). reimpreso en Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2d ed. 2009), en XIIX-IXVII.

²⁵⁵ Como lo explica el profesor Ratner, «sean cual sean los efectos legales que la carta pueda haber tenido a los efectos de la Convención del CIADI, estos son distintos del asunto de si la carta constituye un consentimiento válido conforme al TBI.» Informe pericial de Ratner, en par. 68.

²⁵⁶ Documento probatorio CLM-368, Convención sobre la Resolución de Diferencias relacionadas con inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados («Convención del CIADI») (2006), artículo 26) reimpreso en Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2d ed. 2009), en XIIX-IXVII.

²⁵⁷ Contra-Memorial de Ecuador, par. 146.

²⁵⁸ Documento probatorio C-2, Notificación de disputa de MSDIA de fecha 8 de junio de 2009 (énfasis agregado).

²⁵⁹ Informe pericial de Ratner, en par. 68.

271. Ecuador también asevera que la frase “[MSDIA] por este medio acepta la oferta hecha por la República de Ecuador” de someter las disputas al CIADI significa que el Demandante no podría haber hecho una contraoferta o condicionar su consentimiento de algún modo.²⁶⁰ Ecuador deja entrever que la carta de MSDIA debe interpretarse como una aceptación incondicional de la oferta de Ecuador de resolver la disputa ante el CIADI.

272. Como señala el profesor Ratner, “esto sería cierto solo si esa frase se leyera aisladamente,” pero “todas las frases de la carta deben leerse como un todo,” de conformidad con los principios de interpretación de declaraciones unilaterales de consentimiento.²⁶¹ Cuando se lee junto con las dos frases siguientes – que establecen que la carta buscaba perfeccionar el consentimiento a los efectos del artículo 72 de la Convención del CIADI y que MSDIA se reservó el derecho de consentir otra forma de arbitraje – la frase “por este medio acepta” no debe interpretarse como una elección exclusiva del arbitraje del CIADI.

273. Para concluir, la única interpretación objetivamente razonable de la carta de MSDIA de junio de 2009 es que MSDIA trataba de preservar su derecho según lo establecido en el artículo 72 para iniciar un arbitraje del CIADI en algún momento en el futuro (incluso si Ecuador, como se esperaba, se retirara de la convención del CIADI), a la vez que preservaba su posibilidad de elegir iniciar un arbitraje en cualquier otro foro. En otras palabras, MSDIA buscaba preservar el abanico de opciones que Ecuador había aceptado según lo estipulado en el artículo VI(3)(a) del Tratado. No hay una interpretación razonable que sustente el argumento de Ecuador de que la reserva de derechos de MSDIA no constituye un término integral y esencial de su consentimiento al arbitraje del CIADI.

- b) Si el artículo VI(3) exige una elección irrevocable y exclusiva de un foro, MSDIA nunca dio un consentimiento válido al arbitraje del CIADI.

274. Si, como Ecuador afirma, la oferta de arbitraje de Ecuador según la Convención del CIADI está condicionada al consentimiento exclusivo e irrevocable de un inversionista de someter una disputa ante el CIADI, entonces la reserva de derechos de MSDIA constituyó un rechazo de uno de los términos de la oferta de Ecuador al arbitraje. En consecuencia, la aceptación de MSDIA no coincidiría con los términos de la oferta de Ecuador y no habría surgido ningún consentimiento mutuo al arbitraje.

275. Dado el caso que un estado haya condicionado su consentimiento al arbitraje al cumplimiento de ciertos requisitos por parte del inversionista, “entonces la elección de la parte al consentimiento a un proceso arbitral es válida, si y solo si, ésta cumple las condiciones”.²⁶² Esta

²⁶⁰ Contra-Memorial de Ecuador, párrafo. 147.

²⁶¹ Informe pericial de Ratner, en par. 70 (citando la Corte Internacional de Justicia).

²⁶² Ver Informe pericial de Ratner, en par. 56, citando CLM-150, *Waste Management Inc., contra los Estados Unidos Mexicanos*, Causa CIADI N°. ARB(AF) 198/2, Laudo, de fecha 26 de mayo de 2000, en par. 17. Como explica el profesor Ratner, una consecuencia de la falla del inversionista de dar un consentimiento válido al arbitraje tal como lo exige el TBI, un tribunal puede alegar que no tiene jurisdicción o competencia en el reclamo del inversionista. Ver Informe pericial de Ratner, en par. 58, citando Documento probatorio CLM-3, *Burlington Resources Inc. contra República de Ecuador*, Causa CIADI N°. ARB/08/5, Decisión sobre jurisdicción de fecha 2 de junio de 2010, en par. 340; Documento probatorio CLM-252, *Murphy Exploration and Production Company International contra República de Ecuador*, Causa CIADI N°. ARB/08/4, Laudo sobre jurisdicción de fecha 15 de

conclusión es confirmada por un analista experto en la Convención del CIADI, el profesor Schreuer, que explica:

“Cuando la jurisdicción del CIADI se basa en una oferta realizada por una de las partes, posteriormente aceptada por la otra, el consentimiento de las partes solo existe en la medida en que la oferta y la aceptación coincidan... ***Si los términos de aceptación no coinciden con los términos de la oferta, no hay consentimiento perfeccionado***”.²⁶³

276. Si fuese cierto que la oferta de Ecuador al arbitraje según la Convención del CIADI estaba condicionada a la elección exclusiva del arbitraje del CIADI por parte del inversionista, entonces la reserva de derechos de MSDIA añadió nuevos términos o condiciones a la oferta de Ecuador, que, como Ecuador reconoce, “convertiría la aceptación en una *contra-oferta*”.²⁶⁴ Si el silencio de Ecuador al responder a la carta de MSDIA de junio de 2009 fuese considerado como un rechazo a la *contra-oferta* de MSDIA, entonces no habría cabida para un acuerdo de arbitraje.²⁶⁵

277. Este razonamiento es consistente con el del tribunal en el caso *Murphy contra Ecuador*. Allí el tribunal (profesores Kaj Hobér, Georges Abi-Saab, Bernard Hanotiau) de manera unánime opinó que, aun si el artículo VI(3) exigiera una elección exclusiva e irrevocable de un foro arbitral, Murphy no eligió válidamente al CIADI porque su esfuerzo de hacerlo había resultado ineficiente (cuando el tribunal rechazó la jurisdicción en 2010).²⁶⁶

278. El tribunal del caso *Murphy* declaró que el artículo VI(3) del TBI EE.UU - Ecuador solo le permitía a los inversionistas “elegir el consentimiento” después de que hubiesen cumplido con el requisito de los 6 meses de enfriamiento (y siempre y cuando no hubiesen elegido tribunales locales u otros procedimientos según lo establecido en el artículo VI(2)).²⁶⁷ Debido a que Murphy no cumplió con el requisito de enfriamiento cuando dio su consentimiento al CIADI en su primer intento, esa elección no fue válida.²⁶⁸

diciembre de 2010, en par. 161(c); Documento probatorio CLM-246, *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi contra Turkmenistán*, Causa CIADI N°. ARB/10/1, Laudo, de fecha 2 de julio de 2013, par. 6.3.15. (Ver, por ejemplo, Documento probatorio RLM-106, *Abaclat and Others contra República Argentina*, Causa CIADI N°. ARB/07/5, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 4 de agosto de 2011, párrafos. 585-91 (afirmando que si un inversionista no cumple ciertas condiciones especificadas en el Tratado, esto no priva al tribunal de jurisdicción)).

²⁶³ Ver Documento probatorio CLM-31, C. Schreuer, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY*, CUP 2009, en par. 514, p. 230.

²⁶⁴ Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos. 147 citando Informe pericial por Prof. Vandeveldel, ¶ 69.

²⁶⁵ Ver Documento probatorio CLM-104, P. Szasz, *The Investment Disputes Convention – Opportunities and Pitfalls (How to Submit Disputes to ICSID)*, 5 J.L. & ECON. DEV. 23, 29 (1970-1971) (“Cuando el consentimiento se expresa en diversos instrumentos... dicho consentimiento es efectivo e irrevocable solo en el área de coincidencia.”); Documento probatorio CLM-31, C. Schreuer, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY*, Camb. Univ. Press 2009, en par. 514, p. 230.

²⁶⁶ Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra República de Ecuador* (CNUDMI, Causa PCA N°. AA434), Laudo parcial sobre la jurisdicción (13 de noviembre de 2013), par. 203-204.

²⁶⁷ *Id.*

²⁶⁸ *Id.*

279. El tribunal del caso *Murphy* tuvo una opinión unánime en este punto. En su opinión particular, el Prof. Georges Abi-Saab coincidió con esta conclusión, afirmando que, debido a que Murphy no cumplió con una de las condiciones del consentimiento según el artículo VI(3)(a) del TBI, “esta elección de consentimiento al arbitraje del CIADI, como acto legal (*acte juridique*) fue ineficaz porque no produjo el efecto legal que se había propuesto. En otras palabras, fue un acto legal defectuoso”.²⁶⁹

280. El resultado sería el mismo aquí. Si la carta de MSDIA de junio 2009 constituyó una aceptación inválida o una contra-oferta porque MSDIA no aceptó la presunta condición de exclusividad, entonces el consentimiento de MSDIA al arbitraje del CIADI fue ineficaz.

c) MSDIA tenía derecho a consentir el arbitraje CNUDMI

281. Si MSDIA no dio un consentimiento válido al arbitraje del CIADI, no eligió una doble vía de acuerdo con el artículo VI(3) (aun asumiendo a modo de argumento que había una). Por lo tanto, MSDIA todavía tenía derecho a elegir un foro arbitral conforme al artículo VI(3), lo cual hizo al iniciar este arbitraje CNUDMI

282. El profesor Ratner explica:

“[Una de las] consecuencias de que un inversionista no haya dado un consentimiento válido a la jurisdicción de un tribunal arbitral (indistintamente de si el inversionista realmente inició procedimientos allí, dando como resultado una falta de jurisdicción), es que *el inversionista es libre de iniciar procedimientos arbitrales, dentro del mismo foro arbitral o en cualquier otro*”.²⁷⁰

283. Numerosos casos han demostrado que un inversionista puede presentar un caso nuevamente en el mismo foro o en uno distinto, si las condiciones para el consentimiento no se cumplieron en el primer intento del inversionista.²⁷¹ El argumento en el caso *Tradex Hellas S.A. contra Albania*, por ejemplo, deja claro que un consentimiento inválido debido al no cumplimiento de las condiciones precedentes a la jurisdicción de un foro arbitral le permite al inversionista hacer un reclamo en otro foro arbitral a cuya jurisdicción el estado haya dado su consentimiento.²⁷² El tribunal del caso *Tradex* interpretó que el consentimiento de Albania a la jurisdicción del CIADI cubre en parte el reclamo sobre el caso, porque negar la jurisdicción del CIADI forzaría al inversionista iniciar el arbitraje CNUDMI y Albania no había indicado si impugnaría la jurisdicción CNUDMI.²⁷³

284. El profesor Ratner explica:

“La opinión del tribunal [*Tradex*] destaca que el compromiso de un estado con la protección al inversionista, ya sea mediante una ley nacional o un TBI, *es proporcionarle*

²⁶⁹ *Ver id.* Opinión separada del Prof. Georges Abi-Saab., par. 26.

²⁷⁰ Informe pericial de Ratner, en par. 61 (citas internas omitidas).

²⁷¹ *Id.* (casos citados).

²⁷² *Id.* en par. 61 citando Documento probatorio CLM-265, *Tradex Hellas S.A. (Grecia) contra República de Albania*, Causa CIADI N°. ARB/94/2, Decisión sobre jurisdicción, 24 de diciembre de 1996, informado en 14 Revisión del CIADI 161 (1999).

²⁷³ *Id.* en par. 60.

el acceso al menos a un foro arbitral internacional, si el estado ha consentido a dichas opciones arbitrales internacionales y el inversionista elige usar una de ellas (y cumple las condiciones del consentimiento)”.²⁷⁴

285. El tribunal del caso *Murphy*, de manera unánime, adoptó una interpretación similar. Específicamente consideró que, debido a que el consentimiento inicial de *Murphy* a la jurisdicción del CIADI fue inválido por no haber respetado el período de enfriamiento señalado en el TBI, *Murphy* era libre de iniciar un procedimiento con el arbitraje CNUDMI.²⁷⁵

286. El resultado es el mismo aquí. Si la carta de MSDIA de junio 2009 constituyó una aceptación válida o una contra-oferta a las ofertas arbitrales de Ecuador, entonces el consentimiento de MSDIA al arbitraje del CIADI fue inválido. En ese caso, la oferta de Ecuador al arbitraje según el artículo VI(3) aún seguía en pie y el consentimiento de MSDIA al arbitraje CNUDMI en su Notificación de Arbitraje de diciembre 2012 fue una aceptación válida de la oferta de Ecuador, que constituyó un acuerdo válido y vinculante al arbitraje conforme a las normas CNUDMI.

III. MSDIA HA SUFRIDO UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA

287. El mensaje de MSDIA y el primer Informe del Experto del profesor Paulsson establecieron que el poder judicial ecuatoriano negó justicia a MSDIA en el litigio *NIFA contra MSDIA*. El tribunal de primeras instancia, el tribunal de apelaciones y la NCJ repetidamente violaron los derechos fundamentales del debido proceso al que MSDIA tenía derecho como un asunto de ley internacional.²⁷⁶ En particular, el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones exhibieron un claro sesgo a favor de la demandante ecuatoriana, NIFA,²⁷⁷ aplicaron normas de procedimiento y normas de pruebas de manera obviamente unilateral²⁷⁸ y expresamente eligieron considerar solo las pruebas presentadas por NIFA e ignorar las pruebas presentadas por MSDIA.²⁷⁹ El desarrollo de los procedimientos en el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones indicaron fuertemente una influencia inadecuada sobre los jueces, muy probablemente como resultado de la corrupción por parte de NIFA.

288. Las pruebas más convincentes del sesgo e injusticia en el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones son los fallos emitidos por dichos tribunales: el fallo de 200 millones de dólares del tribunal de primera instancia y el de 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones, ambos fallos tenían la presunta intención de compensar a NIFA por las pérdidas de ganancia producto del fallido intento de adquirir de MSDIA una fábrica que las partes habían

²⁷⁴ *Id.* en par. 61.

²⁷⁵ Documento probatorio CLM-253, *Murphy Exploration & Production Company – International contra República de Ecuador* (CNUDMI, Causa PCA N°. AA434), Laudo parcial sobre la jurisdicción (13 de noviembre de 2013), par. 203-204; sep. op. Abi Saab par. 26.

²⁷⁶ Memorial de MSDIA, en parágrafos. 266-269; Primer Informe pericial de Paulsson, en par. 15.

²⁷⁷ *Ver también* Documento probatorio CLM-175, A. Roth, THE MINIMUM STANDARD OF INTERNATIONAL LAW APPLIED TO ALIENS (1949), en 183 (énfasis agregado); Documento probatorio CLM-164, A.V. Freeman, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1973), en 268

²⁷⁸ *Ver también* Documento probatorio CLM-119, *Amco Asia Corp., et al. contra República de Indonesia*, Resubmitted Case Award, de fecha 31 de mayo de 1990, 1 Informes CIADI 569, en par. 81.

²⁷⁹ *Ver también* Documento probatorio CLM-158, *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, de fecha 12 de julio de 1973, I.C.J. Reports 166, en par. 92.

valorado en 1,5 millones de dólares. Como lo describe el Informe de MSDIA, ningún tribunal honesto y competente habría emitido tales dictámenes, particularmente si las ganancias anuales de NIFA para el momento de la venta de la fábrica eran apenas de dos mil dólares.

289. El Contra-Memorial de Ecuador deja la posición de MSDIA con respecto a los procedimientos de los tribunales inferiores en gran medida sin respuesta. Particularmente, Ecuador no tiene respuesta ante la prueba más poderosa del proceso defectuoso en los tribunales inferiores: los fallos en sí. No ofrece ninguna justificación legal u objetiva para las conclusiones de responsabilidad del tribunal de primera instancia o el de apelaciones, o los fallos de indemnización de daños por 200 millones de dólares y 150 millones de dólares.²⁸⁰ No hay cabida para tal defensa.

290. En lugar de hacer un esfuerzo por defender esos dictámenes, Ecuador enfocó sus argumentos en la decisión de la CNJ, anunciando la decisión de la CNJ y alegando que supuestamente “rectificó” las fallas de los tribunales inferiores y “remedió” cualquier violación a los derechos de MSDIA al debido proceso.²⁸¹ Entre otras cosas, Ecuador declaró que la CNJ supuestamente “representa una mayor victoria para Merck”, lo cual redujo la responsabilidad de Merck en 99%.²⁸²

291. El apoyo de Ecuador en el fallo de la CNJ fue errado en muchos aspectos. Aunque redujo dramáticamente la sentencia absurda de 150 millones de dólares y reconoció que la teoría de “antimonopolio” era indefendible, la CNJ sin embargo impuso indemnización en siete cifras, basado en un fundamento jurídico distinto sobre lo cual MSDIA no tuvo conocimiento y una oportunidad de ser escuchado. Como se explica en el Informe de MSDIA, la CNJ afirmó que MSDIA era responsable basada en una teoría de competencia desleal que había sido *negada expresamente* por el demandante ecuatoriano, que las partes no habían litigado en sus méritos y que no estaba debidamente sometida a la CNJ en sí.

292. Una decisión que impone una responsabilidad sin una notificación adecuada y una oportunidad de ser escuchado con respecto al fundamento jurídico es una denegación de justicia, independientemente de la indemnización.²⁸³ El Contra-Memorial de Ecuador ni siquiera intenta rebatir muchas de las declaraciones de respetados analistas y tribunales internacionales, incluido el profesor Paulsson, confirmando que los mínimos estándares internacionales del debido proceso le dan al litigante extranjero el derecho a ser notificado y una oportunidad de defenderse con respecto a su posible responsabilidad.²⁸⁴ Este principio, que nos remonta a más de cien años al caso *Cotesworth & Powell*, ha sido afirmado por números tribunales inversionista - Estado,

²⁸⁰ Ecuador parece reconocer que el monto de los fallos en el tribunal de primera instancia (200 millones de dólares) y el tribunal de apelaciones (150 millones de dólares) pueden haber originado el reclamo judicial por denegación de justicia: “*Dejando de lado el argumento y la cantidad de indemnización otorgada por el tribunal de apelaciones, que fueron corregidos por la Corte Nacional de Justicia, Merck no puede reclamar seriamente que sus derechos fundamentales al debido proceso fueron violados por el tribunal de apelaciones*”. Contra-Memorial de Ecuador, en par. 502 (énfasis agregado). La implicación de esta declaración es que, con respecto al monto de la indemnización otorgada por el tribunal de apelaciones, MSDIA puede hacer un reclamo por denegación de justicia.

²⁸¹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 384.

²⁸² Contra-Memorial de Ecuador, en par. 10.

²⁸³ Ver Segundo Informe pericial de Paulsson, en par. 27.

²⁸⁴ Ver, por ejemplo, Memorial de MSDIA, en párrafos 257-269, 295-309.

incluyendo los laudos en los casos *Pantechniki contra Albania*, *Rumeli contra Kazajistán* y *Deutsche Bank AG contra Sri Lanka*.²⁸⁵ Ecuador no ha ofrecido autoridad alguna en su respuesta.

293. Además, en todo caso, después de que Ecuador presentó su Contra-Memorial (y después de que los tribunales ecuatorianos ejecutaron la sentencia de la CNJ por 1,57 millones de dólares, obligando a MSDIA a pagarlo en su totalidad), la Corte Constitucional de Ecuador anuló la decisión, alegando fundamentos engañosos, y restableció el fallo del tribunal de apelaciones por 150 millones de dólares. De modo que, MSDIA enfrenta de nuevo una sentencia que ningún tribunal honesto y competente podría haber dictaminado, 100 veces mayor a la suma impuesta por la CNJ (y que ya fue pagada). Adicionalmente, esta sentencia se encuentra sustentada en una teoría de antimonopolio que fue correctamente repudiada por la CNJ, totalmente infundada y basada en un proceso legal injustificadamente desleal. La dependencia errónea de Ecuador de esa decisión viciada de la CNJ, la misma que “reparaba” los defectos de la decisión del tribunal de apelaciones no solo parece hueca ante el fallo posterior de su propia Corte Constitucional; sino que traiciona el sesgo fundamental, sistémico y específico contra MSDIA presente en el sistema jurídico de Ecuador.

294. Las secciones a continuación responden a: los argumentos de Ecuador relativos al estándar legal apropiado para evaluar el reclamo de MSDIA por denegación de justicia (Sección A); los argumentos de Ecuador con respecto al fallo (ahora anulado) de la CNJ de 1,57 millones de dólares y establecen que el mismo representa una denegación de justicia consumada y aplicable (Sección B); describen la claramente inapropiada decisión de la Corte Constitucional que anula la decisión de la CNJ y las consecuencias de dicha decisión para el reclamo de MSDIA por denegación de justicia (Sección C); responden a los argumentos de Ecuador relativos a las violaciones a los derechos procesales de MSDIA al debido proceso en el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones. Por último, establecer que la sentencia ahora reinstaurada de 150 millones de dólares emitida por el tribunal de apelaciones es una denegación de justicia (Sección D).

A. *Ecuador tergiversa la norma aplicable por concluir una denegación de justicia*

295. El Informe de MSDIA contempla las normas jurídicas generalmente aceptadas que rigen las demandas de denegación de justicia de acuerdo con el derecho internacional. Según dicho informe, la conducta de los tribunales de Ecuador, que es “abiertamente injusta/ violatoria del debido proceso o similarmente ofensiva” constituye una denegación de justicia y un incumplimiento de las obligaciones de Ecuador de conformidad con el Tratado.²⁸⁶ El profesor Paulsson explica en su escrito pionero que, si ha ocurrido una denegación de justicia, es un acto específico y típicamente es el resultado de casos que involucran “demora irracional, sentencias dictadas políticamente, corrupción, intimidación, incumplimientos fundamentales del debido

²⁸⁵ Ver Memorial de MSDIA, en párrafos 295-306.

²⁸⁶ Ver Memorial de MSDIA, en par. 242 (citando Documento probatorio CLM-182, D. Wallace Jr., “*Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: Loewen contra EE.UU. y Chattin contra México*,” en INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW (Weiler, ed.) (2005), en 680).

proceso y decisiones tan escandalosas que solo pueden explicarse como expresiones de arbitrariedad o incompetencia flagrante”.²⁸⁷

296. El Contra-Memorial de Ecuador no pone en duda la norma jurídica aplicable. En particular, Ecuador no intenta negar que el tipo de conducta que constituye la base del reclamo de MSDIA – es decir, la falta de notificación y oportunidad de ser escuchado, la negativa a considerar las pruebas presentadas por una de las partes y los fallos motivados por el sesgo o corrupción, entre otros – consistentemente ha sido reconocido por las autoridades legales internacionales establecidas como fundamentalmente inapropiado y contrario a las normas mínimas internacionales del debido proceso.

297. Ecuador en cambio sostiene que MSDIA enfrenta normas sustantivas y probatorias particularmente exigentes, al sugerir incorrectamente que MSDIA debe demostrar “procedimientos fundamentalmente injustos” y un resultado “escandalosamente errado”,²⁸⁸ que MSDIA debe comprobar su reclamo mediante “pruebas claras y convincentes”,²⁸⁹ y que las denuncias de corrupción de MSDIA están sujetas a una norma de prueba “aún más exigente”.²⁹⁰ Los argumentos de Ecuador malinterpretan la norma jurídica aplicable para declarar una denegación de justicia. Aunque el reclamo de MSDIA por denegación de justicia sobreviviría fácilmente aun si Ecuador estuviera en lo correcto, las tres proposiciones son completamente erróneas según el derecho internacional.

1. Las demandas por denegación de justicia no requieren demostrar procedimientos fundamentalmente injustos ni una decisión escandalosamente errónea

298. En primer lugar, Ecuador se equivoca al sugerir que un demandante debe demostrar *tanto* “procedimientos fundamentalmente injustos *como* decisiones definitivas, vinculantes y escandalosamente erróneas”.²⁹¹ Ecuador presenta este argumento porque sostiene que el fallo de la CNJ por 1, 57 millones de dólares, independientemente de si fue resultado de un proceso defectuoso o tuvo alguna base en la legislación ecuatoriana, logró un cálculo aparentemente razonable de la indemnización pretendida por NIFA.²⁹²

299. Ecuador se equivoca al argumentar que para demostrar una denegación de justicia se requieren pruebas tanto de injusticia manifiesta en los procedimientos como de un resultado sustantivo abiertamente escandaloso. Tal como lo reconocen las propias autoridades ecuatorianas, una denegación de justicia puede ser, y por lo general es, demostrada *únicamente* mediante pruebas de vicio procesal, sin tener en cuenta la credibilidad de la última determinación del tribunal.²⁹³ Como lo explica Freeman, un Estado deniega justicia a un litigante extranjero si

²⁸⁷ Documento probatorio CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 205.

²⁸⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 275.

²⁸⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 276.

²⁹⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 279.

²⁹¹ Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 275. Ver también, Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos. 272-273

²⁹² Contra-Memorial de Ecuador, en par. 285.

²⁹³ Ver, por ejemplo, Documento probatorio RLA-62, Greenwood, *State Responsibility for the Decisions of National Courts*, en ISSUES OF STATE RESPONSIBILITY BEFORE INTERNATIONAL JUDICIAL INSTITUTIONS (Fitzmaurice, et al., eds.) (2004), en 59 (explicando que la denegación de justicia puede demostrarse a través de pruebas de un

realiza el procedimiento de una manera que está por debajo de las normas mínimas internacionales:

“Los mandatos del [derecho internacional] ... deben sobrentenderse como ignorados en procedimientos civiles cuando se emprende una acción judicial *sin darle al extranjero la oportunidad de una audiencia o sin notificarle adecuadamente para que prepare una defensa; cuando la falta de ética de un juez al retener, esconder o destruir documentos esenciales para el caso del extranjero es perjudicial en efecto; cuando al extranjero no se le permite reunir pruebas o sumar testigos valiosos; cuando la acción judicial está influenciada por el gobierno o parcializada por una de las partes ...; o cuando los procedimientos están plagados de fraude, deshonestidad y corrupción*”.²⁹⁴

Cada uno de esos defectos está presente aquí.

300. Por supuesto, la sustancia de la decisión de un tribunal nacional puede también ser una prueba de una denegación de justicia, incluso si no hay pruebas de vicio procesal. Según lo explicado por el tribunal en el caso *Jan de Nul contra Egipto*, “[la] denegación de justicia puede ocurrir **independientemente de cualquier rastro de discriminación o malicia**, si el fallo en cuestión impacta el comportamiento judicial correcto”.²⁹⁵ De manera similar, en el caso *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos de América*, sobre el cual Ecuador se apoya, el tribunal señaló que un demandante puede probar una denegación de justicia, aun sin pruebas directas de vicio procesal, si el fallo del tribunal nacional fue “**claramente** inapropiado y desacreditable” a la luz de “todos los hechos disponibles”.²⁹⁶

301. De acuerdo con la explicación del tribunal en el caso *RosInvestCo UK Ltd. contra La Federación Rusa*, “[el] resultado sustantivo de un caso puede ser relevante como un indicio de falta de debido proceso y, por ende, ser considerado como un elemento para probar la denegación de justicia”.²⁹⁷ Igualmente, Sir Gerald Fitzmaurice opina que “[la] relevancia del **grado** de injusticia” es que “suscita una fuerte presunción de deshonestidad” de parte del tribunal nacional que emitió la decisión impugnada.²⁹⁸

302. Por consiguiente, si hay prueba directa de que el procedimiento del tribunal nacional violó el derecho fundamental del demandante al debido proceso, entonces dicha prueba, por sí sola, es suficiente para demostrar una denegación de justicia, independientemente de si la sustancia de la decisión es también “claramente inapropiada y desacreditable”. Como explica el profesor Paulsson:

“indudable error de derecho sustantivo o procesal que obra en perjuicio [del demandante]”) (cita interna omitida).

²⁹⁴ Ver Documento probatorio CLM-164, A.V. Freeman, LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA (1970), en 267-268 (discutiendo vicios procesales que constituyen denegación de justicia) (énfasis agregado).

²⁹⁵ Ver Documento probatorio RLA-84, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. contra República Árabe de Egipto*, Causa CIADI N°. ARB/04/13, Laudo, de fecha 6 de noviembre 2008, en par. 193 (énfasis agregado).

²⁹⁶ Ver Documento probatorio RLA-54, *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos de América*, Causa CIADI N°. ARB(AF)/99/2, Laudo, de fecha 11 de octubre de 2002, en par. 127 (énfasis agregado).

²⁹⁷ Documento probatorio CLM-141, *RosInvestCo UK Ltd. contra la Federación Rusa, SCC Arbitration V 079/2005*, Laudo final, de fecha 12 de septiembre de 2010, en par. 279 (énfasis agregado).

²⁹⁸ Documento probatorio CLM-316, G. Fitzmaurice, *Significado del término “Denegación de justicia”*, 13 Brit. Y.B. Int'l L. 93, 112-113 (1932).

“Un fallo no necesita ser “escandalosamente erróneo” para constituir una denegación de justicia. Como lo expliqué en mi informe anterior, la interpretación moderna indica que la injusticia y parcialidad en cuestión no se deben a un error sustantivo, sino al tratamiento arbitrario del litigante: una falta al debido proceso. La atrocidad de una decisión puede aportar pruebas de una violación al debido proceso (en el sentido de que el fallo no puede explicarse de otro modo distinto a una expresión de corrupción, arbitrariedad o incompetencia flagrante) pero no es un elemento necesario del delito. *Si el demandante presenta suficientes pruebas directas de vicio procesal, por otra parte, tampoco necesita demostrar que el fallo definitivo fue escandalosamente errado*”.²⁹⁹

303. En todo caso, es claro que MSDIA ha sido sometida tanto a procedimientos fundamentalmente defectuosos como a sentencias manifiestamente inadecuadas y desacreditables. Si se impone una responsabilidad sobre una base jurídicamente constituida que ha sido negada por el demandante y, por ende, no notificada al demandado, no es respuesta que la indemnización impuesta fuera menos que una cantidad absurdamente alta impuesta por el sistema judicial. La **responsabilidad** impuesta es manifiestamente injusta aun si la indemnización aunque sustancial es en comparación más modesta que los absurdos niveles en los tribunales inferiores. Y no sorprende que, dada la falta de notificación, el argumento de la CNJ de que MSDIA incurrió en competencia desleal no tuviera fundamento alguno en la legislación ecuatoriana y estuviera completamente en desacuerdo con el expediente de hechos.³⁰⁰

304. Además, como se discute a continuación, el fallo por 200 millones de dólares del tribunal de primera instancia y el fallo por 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones, a los cuales Ecuador no intentó defender, fueron manifiestamente “inadecuados y desacreditables” y “escandalosamente errados”.³⁰¹ El fallo por 150 millones de dólares ha sido restablecido y su manifiesta irracionalidad confirma las violaciones procesales al debido proceso que estuvieron presentes en los tribunales de Ecuador. Por lo tanto, incluso según la incorrecta e intensa prohibición de Ecuador, estos fallos constituyen una denegación de justicia.

2. La demanda de MSDIA por denegación de justicia no está sujeta a un estándar de prueba “claro y convincente”

305. En segundo lugar, Ecuador está errado al afirmar que las demandas por denegación de justicia están sujetas a una norma probatoria superior a la de otras demandas fundamentadas en el derecho internacional.³⁰²

306. Los tribunales arbitrales internacionales por lo general exigen que un demandante cumpla con un “balance de probabilidades” o preponderancia del criterio de prueba de la evidencia.³⁰³ Según lo explicado por el tribunal en el caso *Fuchs contra República de Georgia*, el “balance

²⁹⁹ Segundo Informe pericial Paulsson, en par. 22 (énfasis agregado). Ver también Documento probatorio CLM-174, J. Paulsson, DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL (2005), en 98.

³⁰⁰ Ver abajo en párrafos. 352-389.

³⁰¹ Ver abajo en párrafos. 508-512.

³⁰² Contra-Memorial de Ecuador, en par. 276. Específicamente, Ecuador afirma que “*solo pruebas claras y convincentes* serán suficientes para quitar la carga de [MSDIA] mostrar que un poder judicial nacional se condujo de una manera tan atroz como para justificar la conclusión de una denegación de justicia”. *Id.*

³⁰³ Ver Documento probatorio CLM-360, A. Redfern, *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration*, Arbitration International, Vol. 10, Issue 3, en 320-321 (énfasis agregado).

probabilidades” del criterio de prueba ha sido aplicado a la “*vasta mayoría*” de las demandas inversionista - Estado:

“El tribunal concluye que el principio articulado por la *vasta mayoría* de los tribunales arbitrales con relación a la carga de la prueba en los procedimientos de arbitraje internacional es aplicable a este procedimiento actual y no impone a las Partes *ninguna carga de prueba más allá del balance de probabilidades*”.³⁰⁴

307. Ecuador sostiene que la “gravedad” de una demanda por denegación de justicia su sometimiento a un criterio probatorio más alto, pero no hay nada inherentemente más “grave” acerca de una presunta violación al derecho internacional por el poder judicial de un Estado que por sus órganos ejecutivos o legislativos. Como lo explica el profesor Paulsson, probar una denegación de justicia mediante una preponderancia de prueba es ciertamente suficiente para exigir compensación:

“De acuerdo con las normas del derecho internacional, [el] umbral *sustantivo* sobre denegación de justicia no debe confundirse con el estándar *probatorio* que se aplica a dichas demandas... Afirmar que el umbral de injusticia es muy alto y que los hechos que constituyen el cruce de dicho umbral deben ser demostrados a un nivel de certitud mayor al balance de probabilidades, sería una acumulación injustificada de requisitos”.³⁰⁵

308. Los dos fallos citados por Ecuador en apoyo a su argumento de que una demanda por denegación de justicia está sujeta a un estándar de “prueba claro y convincente” ya no son jurídicamente buenos.³⁰⁶ Los fallos en el caso *Chattin* (decidido en 1927) y *El Oro Mining* (decidido en 1931) se sustentaron en una norma anticuada que apoyaba una presunción de cumplimiento con el derecho internacional para las decisiones de los tribunales nacionales.³⁰⁷ Según lo explicado recientemente por el tribunal del caso *Arif contra Moldavia*, esa presunción es “*obsoleta*”:

“El derecho internacional ha evolucionado en décadas recientes y la decisión previa, tal como fue expresada en el fallo *Chattin*, de que los actos del poder judicial ha de ser

³⁰⁴ Documento probatorio CLM-244, *Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs contra República de Georgia*, Causa CIADI N°. ARB/05/18 y ARB/07/15, Laudo, de fecha 3 de marzo de 2010, en par. 229 (énfasis agregado). Ver también Documento probatorio CLM-249, *Marion Unglaube & Richard Unglaube contra República de Costa Rica*, Causa CIADI N°. ARB/08/1 (consolidado con Causa CIADI N°. ARB/09/20), Laudo, de fecha 16 de mayo de 2012, en par. 34 («El grado probatorio de una evidencia puede resumirse generalmente como un “*balance de probabilidad*”, “grado razonable de probabilidad” o una “*preponderancia de la evidencia*.”) (énfasis agregado).

³⁰⁵ Segundo Informe pericial de Paulsson, en par. 23.

³⁰⁶ Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 276.

³⁰⁷ Ver Documento probatorio CLM-120, *B.E. Chattin (Estados Unidos) contra los Estados Unidos Mexicanos*, Comisión de demandas Estados Unidos-Estados Unidos Mexicanos, Laudo, de fecha 23 de julio de 1927, 4 U.N.R.I.A.A. 282, 288 (la aplicación de un estándar “de prueba convincente” a la luz de la entonces norma predominante indicando que “es un asunto político e internacional altamente delicado para un país desconocer la decisión judicial de un tribunal de otro país”); Documento probatorio RLA-12, *Gran Bretaña (El Oro Mining and Railway Co. (Ltd.) contra los Estados Unidos Mexicanos*, Decisión N°. 55, de fecha 18 de junio de 1931, 5 U.N.R.I.A.A. 191, 198 (afirmando que “un reclamo tan grave solo puede dirigirse *contra una autoridad judicial* con evidencia de la naturaleza más convincente”) (énfasis agregado).

juzgados con mayor “delicadeza” y circunspección que los actos cometidos por otras ramas del gobierno, *es obsoleta*”.³⁰⁸

309. De acuerdo con la jurisprudencia contemporánea, no hay bases para imponer un estándar de prueba más alto en conexión con las demandas del derecho internacional que se derivan de los actos del poder judicial de un Estado, que aquellas que se derivan de los actos de otros actores estatales. En fallos recientes, los tribunales inversionista - Estado han aplicado un estándar de prueba de balance de probabilidades en los casos que involucran denuncias de irregularidades por parte de actores judiciales. Por ejemplo:

a. En el caso *Tokios Tokelés contra Ucrania*, el tribunal aplicó un estándar de prueba de “balance de probabilidades” a una demanda que involucraba denuncias de irregularidades por parte de los jueces ucranianos (así como de otros oficiales gubernamentales de alto nivel).³⁰⁹

b. De hecho, en el caso *Saipem S.p.A. contra La República Popular de Bangladesh*, ambas partes *acordaron* que un estándar de prueba de “balance de probabilidades” era aplicable a las demandas producto de la conducta de los tribunales de Bangladesh.³¹⁰

310. Por lo tanto, como el profesor Paulsson explica, las demandas por denegación de justicia están sujetas al mismo estándar de prueba de “balance de probabilidades” que aplica a cualquier otra demanda conforme al derecho internacional:

“[El] demandante [no necesita] cumplir con un estándar de prueba más alto... No hay razón de principio para exigir un estándar probatorio más exacto. Los hechos que constituyen el cruce del alto umbral sustantivo *deben ser demostrados según el balance de probabilidades de la forma corriente*”.³¹¹

3. La evidencia circunstancial de corrupción, incluyendo evidencia de corrupción sistemática en Ecuador, es relevante en la demanda de MSDIA por denegación de justicia

311. En tercer lugar, Ecuador también se equivoca cuando reclama que las denuncias de corrupción de MSDIA están sujetas a un estándar de prueba “aún más exigente” (incluso más exigente que el estándar de “prueba claro y convincente” aplicable supuestamente a las

³⁰⁸ Documento probatorio RLA-120, *Mr. Franck Charles Arif contra República de Moldavia*, Causa CIADI N°. ARB/11/23, Laudo, de fecha 8 de abril de 2013, en par. 439 (énfasis agregado). Documento probatorio CLM-356, J. Paulsson, DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL (2005), en 72 (“*No hay presunción de cumplimiento de [los tribunales nacionales] con el derecho internacional.*”) (énfasis agregado).

³⁰⁹ Documento probatorio CLM-147, *Tokios Tokelés contra Ucrania*, Causa CIADI N°. ARB/02/18, Laudo, de fecha 26 de julio de 2007, en par. 124.

³¹⁰ Documento probatorio CLM-75, *Saipem S.p.A. contra La República Popular de Bangladesh*, Causa CIADI N°. ARB/05/7, Laudo, de fecha 30 de junio de 2009, en par. 114.

³¹¹ Segundo Informe pericial de Paulsson, en par. 23 (énfasis agregado). Ver generalmente, Documento probatorio RLA-121, *Rompertol Group N.V. contra Rumania*, Causa CIADI N°. ARB/06/03, Laudo, de fecha 6 de mayo de 2013, en par. 182 (rechazando aplicar el estándar de prueba más alto a un reclamo de presunta irregularidad por parte de los fiscales) (citando Documento probatorio RLM-66, *Libananco Holdings Co. contra República de Turquía*, Causa CIADI N°. ARB/06/8, Laudo, de fecha 2 de septiembre de 2011, en par. 125).

demandas por denegación de justicia) y que MSDIA no se apoya en una prueba circunstancial de corrupción o una prueba “generalizada” de corrupción sistémica.³¹² De ser aceptado, este argumento engañoso protegería la corrupción por parte de los actores del Estado de la revisión por parte de tribunales internacionales.³¹³

312. Según lo explicado en el caso *Oostergetel contra Eslovaquia*, sobre el cual Ecuador se apoya, “**la corrupción también puede demostrarse con pruebas circunstanciales**”.³¹⁴ De hecho, las pruebas circunstanciales a menudo son la **única** prueba que se espera un demandante razonable presente, con el fin de demostrar actos de corrupción que, debido a su naturaleza, están “diseñados para no poder ser identificados o detectados”.³¹⁵ Como explica el profesor Paulsson:

“...no hay normas adicionales o especiales que apliquen a las denuncias de fraude y corrupción. Es cierto que dichos cargos son serios, pero también es cierto que las pruebas directas de dicha malversación son extraños”.³¹⁶

313. Además, el profesor Paulsson explica que las pruebas de corrupción sistémica en el poder judicial ecuatoriano apoyan la conclusión de que las sentencias escandalosas con el litigio *NIFA contra MSDIA* fueron producto de la corrupción:

“Tanto las pruebas casuísticas como sistémicas de corrupción deben ser consideradas holísticamente para evaluar las demandas por denegación de justicia. Las pruebas son relevantes si hacen un hecho más o menos probable. Una denuncia de soborno en un caso particular se convierte más probable si ocurre en un sistema judicial plagado de corrupción. **En la medida en que Ecuador afirma que ciertas categorías de pruebas relevantes (como las condiciones sistémicas) deben ser separadas y vistas aisladamente o excluidas de una consideración conjunta, es una distorsión de la realidad y desafía el sentido común**”.³¹⁷

³¹²Contra-Memorial de Ecuador, en parágrafos. 277-279.

³¹³ Documento probatorio CLM-380, S. Wilske & T. Fox, *Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence?*, en S. Kröll, INTERNATIONAL ARBITRATION AND INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW: SYNERGY CONVERGENCE AND EVOLUTION (2011), en 504 (“**No obstante, lo que debe evitarse a toda costa es que los árbitros evadan el tema bastante ‘delicado’ de corrupción escudándose en fórmulas de un alto estándar de prueba**”). (énfasis agregado).

³¹⁴ Documento probatorio CLM-146, *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius contra La República de Eslovaquia*, CNUDMI, Laudo final, de fecha 23 de abril de 2012, en par. 303.

³¹⁵ Documento probatorio CLM-345, K. Mills, *Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitrations Relating Thereto*, ICCA Congress Series, No. 11 (2003), en 295. Incluso los tribunales que han aplicado un estándar de prueba claro y convincente han reconocido que “la corrupción... es notoriamente difícil de demostrar” mediante pruebas directas “ya que, típicamente, hay pocas o no hay pruebas físicas”. Documento probatorio CLM-302, *EDF (Services) Ltd. contra Rumania*, Causa CIADI N°. ARB/05/13, Laudo, de fecha 8 de octubre de 2009, en par. 221. Ver generalmente Documento probatorio CLM-145, *Corfu Channel (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Albania)*, Sentencia del 9 de abril de 1949, IC.J. Rep. 4, en par. 18 (que explica que “las inferencias de hechos y pruebas circunstanciales” son admitidas en todos los sistemas jurídicos y su uso “es reconocido en el arbitraje internacional.”).

³¹⁶ Segundo Informe pericial de Paulsson, en par. 24.

³¹⁷ Segundo Informe pericial de Paulsson, en par. 24. Ver también Primer Informe pericial del profesor Paulsson, en par. 42 (que señala que las pruebas de corrupción sistémica en el poder judicial ecuatoriano “parecen [ser] objetivamente preocupantes y difícilmente pueden dejar de prestar plausibilidad contextual a la demanda de MSDIA”).

314. De manera similar, el propio experto ecuatoriano, el profesor Amerasinghe, en su libro *está de acuerdo* con que las pruebas de corrupción sistémica son altamente probatorias, señalando que “*si las cortes están llenas de jueces corruptos... habrá una denegación de justicia*”.³¹⁸ Los Tribunales de arbitraje comercial e inversión se han apoyado expresamente en las pruebas de corrupción sistémica como pruebas circunstanciales relevantes de la conducta inapropiada del Estado en el contexto de un caso específico.³¹⁹ No reconocer que la corrupción es la explicación más plausible para la injusticia evidente en los sistemas jurídicos plagados de corrupción no tendría sentido alguno.

* * * * *

315. Es revelador que Ecuador trate insistentemente de fabricar un estándar de prueba artificialmente alto en defensa del reclamo de MSDIA por denegación de justicia. Sencillamente, Ecuador reconoce que no tiene respuesta a las demandas de fondo de MSDIA.

316. De hecho, según se explica más adelante, Ecuador ha fallado totalmente en rebatir *cualquiera* de las abrumadoras e indiscutibles pruebas de corrupción, sesgo y violaciones graves al debido proceso en el litigio *NIFA contra MSDIA*. Observando ahora los méritos de la demanda de MSDIA por denegación de justicia, MSDIA ha demostrado que fue objeto de denegación de justicia en todos los niveles del sistema judicial ecuatoriano.

B. La sentencia de la CNJ que hace responsable a MSDIA de competencia desleal constituyó una denegación de justicia

317. El Memorial de MSDIA demostró que la decisión de la CNJ que le concedía 1,57 millones de dólares en indemnización a NIFA, decisión que era operativa al momento de que MSDIA presentara su Memorial, le negó justicia a MSDIA. En particular, el *único* reclamo invocado por NIFA (y la *única* base sobre la cual el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones responsabilizaron a MSDIA), habría sido una supuesta responsabilidad de *competencia*. La CNJ rechazó correctamente dicho fundamento.

318. Sin embargo, MSDIA no recibió notificación de la CNJ de que seguiría siendo considerada responsable de competencia desleal. Las partes *nunca* litigaron sobre los méritos de

³¹⁸ Documento probatorio CLM-292, C. Amerasinghe, STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS (1967), en 99 (énfasis agregado). Como se demuestra más adelante, el profesor Amerasinghe también señala que la corrupción sistémica puede poner de manifiesto la ineficacia de los recursos locales en el contexto del requisito de agotar las instancias locales.

³¹⁹ Ver, por ejemplo, Documento probatorio CLM-142, *Rumeli Telekom A.S. contra República de Kazajistán*, Causa CIADI N°. ARB/05/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en párrafos 710-711 (considerando que los “informes de prensa, que tienden a demostrar que todo el país, todo el sistema político y toda la economía de Kazajistán están controlados por el Presidente Nurabayev y su familia... El Tribunal también tuvo acceso a un informe hecho por el Consejo Económico y Social de la ONU el cual indica que el poder judicial no es independiente y es propenso a denuncias de soborno...”); Documento probatorio CLM-329, Causa Corte Internacional de Arbitraje N°. 3916 (1982), Colección de Laudos arbitrales de la Corte Internacional de Arbitraje 1974-1985, en 507 (que se apoya en la corrupción generalizada en Irán como pruebas circunstanciales de prácticas de corrupción). Ver también Documento probatorio CLM-381, S. Wilske & T. Fox, *Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence?*, en S. Kröll, INTERNATIONAL ARBITRATION AND INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW: SYNERGY CONVERGENCE AND EVOLUTION (2011), en 501-503.

competencia desleal y, como Ecuador reconoce, NIFA rechazó repetida y expresamente la competencia desleal como base para su demanda. Ni NIFA ni MSDIA habían considerado la posibilidad de la responsabilidad basada en la competencia desleal antes de que la CNJ emitiera su decisión. La imposición de responsabilidad sobre esta base, sin notificación ni oportunidad de contar los hechos y la ley, negó justicia de acuerdo con los principios fundamentales del debido proceso. La CNJ también denegó justicia a MSDIA al incorporar y apoyarse expresamente en las conclusiones de hecho del tribunal de apelaciones, las cuales tenían visos de violaciones graves a los estándares mínimos internacionales del debido proceso.

319. El Contra Memorial de Ecuador no discute significativamente los elementos de hecho esenciales del reclamo de MSDIA con relación a la decisión de la CNJ. Como se explica más adelante en la sección III(B)(1), los argumentos de Ecuador, que aparecen en los pocos párrafos de su Contra Memorial, donde aborda el problema fundamental de si MSDIA recibió notificación adecuada del reclamo de NIFA por competencia desleal, carecen de mérito.

320. Dado que Ecuador no pudo rebatir significativamente el que MSDIA no recibiera notificación o no tuviera oportunidad de ser escuchado, su principal defensa es argumentar que la decisión de la CNJ, incluso si es una denegación de justicia, no puede originar responsabilidad internacional porque no fue una sentencia definitiva emitida por un “tribunal de último recurso”. Pero la Corte Nacional de Justicia es el tribunal de mayor instancia de Ecuador. Como se explica más adelante en la sección III(B)(4), no hay base en el derecho internacional para el argumento de Ecuador de que MSDIA tenía el “deber” de apelar ante la Corte Constitucional la decisión de la CNJ. La sentencia de la CNJ fue una sentencia definitiva del sistema judicial ecuatoriano para la cual no hay posibilidad de apelación. Dicha sentencia fue inmediatamente ejecutable y en la legislación ecuatoriana no existían medios ni procedimientos para mantener su ejecución. MSDIA fue obligada a pagar y pagó. Por lo tanto, dicha sentencia es procesable como una denegación de justicia.

321. Finalmente, según se explica más adelante en la sección III(B)(5), el hecho de que la decisión de la CNJ haya sido ahora anulada no impide un reclamo por denegación de justicia, ya que Ecuador obligó a MSDIA a cumplir con la sentencia definitiva. En ese punto, ciertamente, hubo una denegación de justicia definitiva y consumada. El hecho de que en procedimientos colaterales presentados por NIFA ante los jueces de la CNJ; la Corte Constitucional haya anulado la decisión después de que MSDIA fue obligada a pagar, restableciendo la irracional y arbitraria decisión del tribunal de apelaciones por 150 millones de dólares, es sencillamente una clara denegación de justicia que requiere esta atención del Tribunal, no es una razón para mantenerse al margen.

1. MSDIA no fue notificado y no tuvo oportunidad de ser escuchado con relación a la responsabilidad por competencia desleal

322. Como se explica en el Memorial de MSDIA, un litigante extranjero tiene derecho a una notificación y una oportunidad de ser escuchada con respecto a todo elemento que pueda dar a lugar una decisión de un tribunal nacional.³²⁰ Como explica D.P. O’Connell:

³²⁰ Ver Memorial de MSDIA, en p. 88, título (a). Ver también *id.* en párrafos 295-309.

“La denegación de justicia también incluye una desviación de lo que en el derecho administrativo inglés podría ser descrito como “las normas de la justicia natural”. Esto significa que *debe haber una audiencia* y que el extranjero debe ser notificado, al menos si el fallo ha de ser más provisional y abierto a una reversión a la apariencia del extranjero. Esto también significa que [debe] haber una separación de las normas de acusador y juez y *divulgación plena de información del caso contra el extranjero, así como una oportunidad de controvertir los cargos mediante la asesoría de un abogado, quien debe tener una información completa de dichos cargos.*”³²¹

323. La obligación de un estado de “*informar completamente [...]*” a un litigante extranjero de los cargos en su contra es determinante para que el extranjero pueda “*preparar una defensa*”, “recabar pruebas” y “reunir toda la evidencia y convocar a todos los testigos al tribunal” en defensa de las demandas específicas sobre las cuales él/ella puede ser considerado responsable.³²² En consecuencia, los tribunales inversionista - Estado han reconocido consistentemente que la notificación y la oportunidad de ser escuchado con respecto a cualquier base de responsabilidad son fundamentales para los derechos del extranjero al debido proceso de conformidad con el derecho internacional habitual.³²³

324. Según lo explicado por el profesor Paulsson en su primer Informe del Experto, un tribunal nacional comete una clara violación a los derechos al debido proceso de un nacional extranjero cuando impone una responsabilidad sobre la base de una demanda legal que no ha sido litigada (o incluso presentada) por el demandante.³²⁴ Por ejemplo, el tribunal del caso *Rumeli Telekom contra Kazajistán* concluyó que un encargado de tomar decisiones administrativas en la República de Kazajistán había violado los estándares mínimos del debido proceso al emitir un fallo contra los demandantes “sobre varias *bases completamente diferentes a las que bases que fundamentaron la decisión inicial.*”³²⁵ El análisis central del tribunal fue su conclusión de que los demandantes no tuvieron “*posibilidad real de presentar su posición*”.³²⁶

325. Ecuador *ni siquiera intenta rebatir* la opinión del profesor Paulsson o a las autoridades de MSDIA sobre este punto. De hecho, ninguno de los tres ecuatorianos expertos en derecho internacional, los profesores Amerasinghe, Caflisch y Vandeveld, hace mención alguna del estándar para denegación de justicia. Más bien, Ecuador afirma que MSDIA supuestamente “tuvo una completa y justa oportunidad de presentar pruebas” con relación al reclamo por

³²¹ Documento probatorio CLM-173, D.P. O’Connell, DERECHO INTERNACIONAL (1965), en 1027.

³²² Documento probatorio CLM-175, A. Roth, EL ESTÁNDAR MÍNIMO DE DERECHO INTERNACIONAL APLICADO A EXTRANJEROS (1949), en 182

³²³ Ver, por ejemplo, Documento probatorio CLM-145, *Siag & Vecchi contra República Árabe de Egipto*, Causa CIADI N°. ARB/05/15, Laudo, de fecha 1 de junio de 2009, en par. 452 (“El incumplimiento en permitir el debido proceso a una de las partes generalmente dará lugar a una denegación de justicia”); Documento probatorio RLM-37, *Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen contra Estados Unidos de América*, Causa CIADI N°. ARB(AF)/98/3, Laudo, de fecha 26 de junio de 2003, en par. 132.

³²⁴ Primer Informe pericial de Paulsson, en párrafos 48-49.

³²⁵ Documento probatorio CLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. contra República de Kazajistán*, Causa CIADI N°. ARB/05/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en par. 617 (énfasis agregado).

³²⁶ Documento probatorio CLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. contra República de Kazajistán*, Causa CIADI N°. ARB/05/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en par. 617 (énfasis agregado).

competencia desleal del cual fue hallada responsable por la CNJ. Como se explica más adelante, los argumentos de Ecuador están basados en una tergiversación de la historia procesal del litigio *NIFA contra MSDIA* y de la ley ecuatoriana.

- a) La CNJ dictaminó la responsabilidad de MSDIA sobre una base “completamente diferente” a la realmente argumentada por una de las partes

326. Fundamentalmente, Ecuador no discute que la CNJ declarara a MSDIA como responsable sobre lo que la CNJ reconoció fue una base “**completamente diferente**”³²⁷ a la presentada por una de las partes. Ecuador tampoco niega que el objeto de los procedimientos ante el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones fue el reclamo antimonopolio de NIFA,³²⁸ que NIFA *solo* interpuso una demanda antimonopolio ante la CNJ,³²⁹ que NIFA expresa y repetidamente *negó* cualquier demanda por competencia desleal, que NIFA *admitió* que los tribunales civiles ante los cuales las partes litigaron *no tenían jurisdicción para conocer de un reclamo por competencia desleal* o que los dos tribunales inferiores hallaron responsable a MSDIA solo fundamentados en el antimonopolio, no competencia desleal.³³⁰

- (1) MSDIA, como cualquier litigante razonable, solo abordó los reclamos hechos por el demandante ecuatoriano que no pueden excusar la denegación de justicia de Ecuador

327. Ecuador reconoce que NIFA hizo una “**elección** para argumentar su caso sobre bases antimonopolio”³³¹ pero luego reclama que MSDIA debe asumir la “responsabilidad” por lo que Ecuador llama “estrategia de litigio” de MSDIA³³² para “responder [...] *solo* a esos argumentos [presentados por NIFA]”³³³ y para “*seguir [...] la estrategia de litigio antimonopolio [de NIFA]*”.³³⁴ La implicación del argumento de Ecuador es que un litigante no puede enfocar su defensa de las demandas presentadas por el demandante y decididas por los tribunales inferiores, sino que en cambio dicho litigante sea notificado y tenga oportunidad de presentar un reclamo razonable, incluso reclamos expresamente renegados, así como el reconocimiento por parte del demandante de estar fuera de la jurisdicción del tribunal.

328. A primera vista, este argumento es absurdo. Como se explicó anteriormente, el derecho internacional habitual requiere que un inversionista extranjero sea “**completamente notificado**” de las demandas por las cuales él/ella pueda ser hallado responsable.³³⁵ Los tribunales de un Estado no puede tratar de estas obligaciones como algo ilusorio al afirmar que un extranjero debe defenderse e investigar independientemente de todas las bases teóricas sobre las cuales él/ella

³²⁷ Documento probatorio C-203, Fallo de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en sección 13.1 (señalando que la competencia desleal y el antimonopolio son “asunto[s] completamente diferentes”). Ver también el Memorial de MSDIA, en párrafos 316-317.

³²⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 378.

³²⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 380.

³³⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 380; Informe pericial de Aguirre, 5.6, 7.2.

³³¹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 378.

³³² Contra-Memorial de Ecuador, en par. 378.

³³³ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 378.

³³⁴ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 379.

³³⁵ Ver arriba en par. 322.

pueda ser hallado responsable. Según lo dispuesto en el Proyecto de Convenio sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños causados a Extranjeros, un Estado tiene la obligación de asegurar que un litigante extranjero tenga “*información específica*” previa a la audiencia de *cualquier demanda* o cargo en su contra”.³³⁶ Exigirle a un litigante que anticipe cualquier base concebible - parecida o no - sobre la cual podría ser hallado responsable es obviamente inconsistente con esta obligación afirmativa.

329. De hecho, la supuesta habilidad de un litigante extranjero para evaluar de forma independiente las bases alternativas sobre las cuales un tribunal podría hallarlo responsable sin previa notificación, a pesar de que dichas bases hayan sido rechazadas por el litigante, nunca ha sido considerada relevante al determinar si un Estado le ha otorgado al litigante una notificación y una oportunidad de ser escuchado. Por ejemplo, en el caso *Pantechniki contra Albania*, el único árbitro (Paulsson) afirmó que los tribunales albaneses cometieron una “*clara violación del procedimiento justo*” al desestimar una acción para hacer cumplir un acuerdo de conciliación, aduciendo que la obligación contractual subyacente objeto de la conciliación era inválida. Aun cuando el demandante estaba indiscutiblemente consciente de los riesgos potenciales y podría haberlos presentado afirmativamente para validar la obligación contractual,³³⁷ el árbitro se enfocó en el hecho de que las bases legales aplicadas por los tribunales nacionales “*no habían [sido] invocadas*”:

“Estoy preocupado por la aparentemente clara violación del procedimiento justo (como parece ser el caso) de la cual el tribunal de apelaciones rechazó la demanda, alegando que el demandante no había invocado tal reclamo y, por ende, no tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto. Éste es un asunto serio.”³³⁸

330. De manera similar, en el caso *Rumeli Telekom contra Kazajistán*, el tribunal concluyó que una persona que toma decisiones administrativas violó los estándares del debido proceso al emitir una decisión contra el demandante sobre “bases completamente diferentes” a aquellas con las cuales el demandante fue confrontado; no había discusión respecto a si el demandante podría haber comprobado independientemente estas bases (lo que seguramente podría haber hecho).³³⁹ De hecho, el enfoque de Ecuador eliminaría completamente el requisito de la notificación, ampliamente entendido por ser fundamental al debido proceso de ley, puesto que se consideraría que los litigantes extranjeros tienen “notificación” de virtualmente cualquier base de responsabilidad que un órgano nacional decida imponer.

331. Por otra parte, en el sistema jurídico de Ecuador, como en los sistemas jurídicos de la mayoría de otros Estados desarrollados, un demandante civil debe emprender procedimientos

³³⁶ Documento probatorio CLM-163, *Proyecto de Convenio sobre la responsabilidad internacional de los estados por daños causados a extranjeros*, Elaborado por la Escuela de Derecho de Harvard, artículo 7, Y.B. I.L.C., VOL. II (1969), en 143 (énfasis agregado).

³³⁷ Documento probatorio RLM-47, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers Greece contra República de Albania*, Causa CIADI N° ARB/07/21, Laudo, de fecha 30 de julio de 2009, en par. 18-19 (explicando que el gobierno había rechazado cumplir con el acuerdo de conciliación al discutir la validez de la obligación contractual subyacente para compensar al demandante por las pérdidas sufridas durante el período de disturbios públicos).

³³⁸ Ver Documento probatorio RLM-47, *Pantechniki S.A Contractors & Engineers contra República de Albania*, Causa CIADI N° ARB/07/21, Laudo, de fecha 30 de julio de 2009, en par. 100.

³³⁹ Documento probatorio CLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. contra República de Kazajistán*, Causa CIADI N° ARB/05/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en par. 617.

legales específicos contra el demandado *y está atado por* esos procedimientos emprendidos.³⁴⁰ Como explica el profesor Jaime Ortega, experto de MSDIA en derecho procesal ecuatoriano:

“El debido proceso, y específicamente el derecho a defensa, debidamente garantizado por la Constitución de la República de Ecuador, exige que el demandado esté clara y precisamente notificado de la acción interpuesta en su contra. A tal efecto, *las normas procesales ecuatorianas exigen que la demanda deba ser inequívoca con respecto a la petición del demandante para el alivio y causa de la acción*. La claridad y precisión de la demanda permiten al demandado saber exactamente de qué está siendo acusado y por qué razón; de lo contrario, el demandado no podría preparar adecuadamente su defensa y presentarla apropiadamente”.³⁴¹

332. Este requisito es importante para el debido proceso legal y tiene la intención de notificar al demandado de los reclamos específicos de los cuales pudiera ser hallado responsable y de los que cuales defenderse. En el sistema jurídico de Ecuador, como en los sistemas legales de otros Estados desarrollados, un demandado civil tiene derecho a apoyarse en la formulación de la demanda del demandante y se espera que se defienda solo de aquellas demandas que fueran realmente afirmadas.³⁴² Como explica el profesor Ortega, el argumento de Ecuador de que MSDIA adoptó una “estrategia de litigio” de responder solo a los reclamos que NIFA realmente afirmó - implicando que podría haber adoptado una estrategia de litigio diferente para responder a los reclamos que de hecho NIFA no afirmó - malinterpreta cómo el litigio civil es realizado en Ecuador:

“El demandado *debe ser capaz de consultar lo que el demandante reclama*, así como lo que afirma y niega, para preparar su defensa. Por lo tanto, los principios del debido proceso, y específicamente el principio dispositivo, *impide a los jueces y a los tribunales legislar sobre un tema que las partes no han establecido como objeto de litigio*, más aun cuando el demandante ha negado que su demanda está basada en dicho tema. De otro modo, un demandante podría crear mayor incertidumbre y caos procesal al cambiar constantemente el objeto del litigio, lo que indiscutiblemente deja al demandado inhabilitado para presentar defensa.”³⁴³

333. En efecto, incluso si (contrario a los hechos) MSDIA tenía razones para saber que podría ser considerada responsable de competencia desleal, no habría tenido una oportunidad de ser escuchada sobre los méritos legales de esa demanda ante la CNJ. Como se explica en el Memorial de MSDIA, el dictamen del tribunal de apelaciones por 150 millones de dólares fue determinante únicamente en una demanda antimonopolio.³⁴⁴ Según las normas procesales de la CNJ, MSDIA fue impedida de presentar méritos legales de nuevas demandas que no fueron presentadas en el fallo apelado ante la CNJ:

³⁴⁰ Segundo Informe pericial de Ortega, en párrafos 8, 11.

³⁴¹ Segundo Informe pericial de Ortega, en par. 8.

³⁴² Segundo Informe pericial de Ortega, en par. 11, nota 7. *Ver también* Informe pericial de Páez, en par. 18.

³⁴³ Segundo Informe pericial de Ortega, en par. 11.

³⁴⁴ Memorial de MSDIA, en par. 118. *Ver también* Documento probatorio C-4, Sentencia del Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en 15-16; Elemento probatorio C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en la sección 9.1.

“La CNJ, por otro lado, está limitada a revisar ciertos errores de derecho cuando le corresponda decidir si anular o no una decisión de un tribunal inferior,... limitado a cinco causas de acción definidas en el artículo 3 de la Ley de Casación”.³⁴⁵

334. Las bases dispuestas en el artículo 3 de la Ley de Casación no le permiten a la CNJ considerar reclamos legales totalmente nuevos.³⁴⁶ MSDIA, en consecuencia, no tuvo oportunidad de ser escuchada con respecto al reclamo por competencia desleal, que no fue un elemento de las decisiones de los tribunales inferiores.

(2) MSDIA no fue notificada de que enfrentaría una responsabilidad potencial de competencia desleal

335. Ecuador alega que, en efecto, MSDIA recibió notificación en el litigio *NIFA contra MSDIA* de que enfrentaba una potencial responsabilidad de competencia desleal.³⁴⁷ Este argumento ignora el registro de los procedimientos de los tribunales inferiores y no tiene sentido.

336. **En primer lugar**, NIFA reconoció durante el litigio que la competencia desleal estaba regida exclusivamente por la Ley de Propiedad Intelectual.³⁴⁸ NIFA no invocó la Ley de Propiedad Intelectual y en efecto no hizo una simple referencia a la competencia desleal en su demanda.³⁴⁹ Por lo tanto, MSDIA no fue notificado de que enfrentaba dicha demanda.³⁵⁰

337. **En segundo lugar**, por el contrario, NIFA negó expresa y repetidamente la competencia desleal como base de su demanda,³⁵¹ aseverando, *inter alia*, que su demanda “**no era el caso de una competencia desleal**”;³⁵² que los actos de MSDIA “[**no fueron**] un tipo de competencia desleal, como el demandado afirma absurdamente”³⁵³ y que “**NIFA nunca interpuso una demanda basada en actos de competencia desleal.**”³⁵⁴ Increíblemente, ni Ecuador ni sus expertos –incluido el profesor Aguirre, quien afirma haber revisado en su totalidad el expediente

³⁴⁵ Informe pericial de Páez, en par. 12.

³⁴⁶ Informe pericial de Páez, en párrafos 14, 18.

³⁴⁷ Ver Informe pericial de Aguirre, en par. 3.5 (“el objeto del caso fue establecido como un reclamo civil por indemnización”).

³⁴⁸ Documento probatorio C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 3-4 (énfasis agregado) (“No hay ley que otorgue jurisdicción a un tribunal en especial, **como hace la Ley de Propiedad Intelectual al establecer que los casos de competencia desleal deben ser presentados y decididos por tribunales de derecho administrativo** y, en consecuencia, los tribunales civiles tiene jurisdicción [en este caso]”). Ver también Primer Informe pericial de Córdoba, en par. 28. Aunque “también había referencias a la competencia desleal en estatutos que regulaban industrias específicas como los proveedores de electricidad y telecomunicaciones[,] [e]stas disposiciones estaban limitadas a las actividades reguladas por los estatutos específicos y por lo tanto no eran aplicables a la disputa entre NIFA y MSDIA.” *Id.* en par. 28, pie de página 12.

³⁴⁹ Segundo Informe pericial de Ortega, en par. 14.

³⁵⁰ Segundo Informe pericial de Ortega, en par. 24.

³⁵¹ Memorial de MSDIA, en par. 341. Ver también Declaración del Primer Testigo Ponce Martínez en párrafos 30-31.

³⁵² Documento probatorio C-157, Escrito de NIFA del 9 de octubre de 2008, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 2 (énfasis agregado).

³⁵³ Documento probatorio C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 3-4 (énfasis agregado). Ver también Declaración del Primer Testigo Ponce Martínez en párrafos 30-31.

³⁵⁴ Documento probatorio C-201, Transcripción de la Audiencia, *NIFA contra MSDIA*, CNJ, registrado por el demandado, el 26 de diciembre de 2011, en 1)

de 6.000 páginas y que tuvo la tarea de resumir los procedimientos– hacen mención alguna de estos desmentidos. Ciertamente ellos no niegan que NIFA los hizo.

338. De conformidad con la legislación ecuatoriana, la confirmación expresa de NIFA de no haber interpuesto una demanda por competencia desleal le impedía a la CNJ concluir que MSDIA era responsable sobre esa base.³⁵⁵ Por consiguiente, aun si los estatutos generales de delito civil en los artículos 2214 y 2229 podrían ser citados para incluir la competencia desleal como un asunto general (lo cual, como se explica más adelante,³⁵⁶ no se puede), NIFA dijo repetida y expresamente que no estaba haciendo dicho reclamo. Tal declaración del demandante, en términos generales, en y por sí misma priva al demandado de notificación de que el tribunal no obstante impondrá la responsabilidad sobre dicha base. Esto es aún mayor teniendo en cuenta que, según la legislación ecuatoriana, el tribunal fue impedido de hacerlo. En consecuencia, MSDIA no fue notificada de que podría ser hallada responsable de competencia desleal y por ende no había razón para litigar los méritos legales de dicha demanda.³⁵⁷

339. **En tercer lugar**, en este caso las partes **habían acordado** en sus declaraciones que los tribunales civiles no tenían jurisdicción para decidir los méritos legales de una demanda por competencia desleal. Tanto ante el tribunal de apelaciones como ante la CNJ, NIFA reconoció expresamente que todas las demandas por competencia desleal estaban regidas por la Ley de Propiedad Intelectual (que NIFA no había citado en su demanda) y estaban sujetas a la jurisdicción exclusiva de los tribunales contenciosos administrativos.³⁵⁸ NIFA reconoció además que, si estuviera formulando una demanda por competencia desleal, dicha demanda no podría decidirse en los tribunales civiles en los que había elegido litigar.³⁵⁹ Ésta es precisamente la razón por la cual NIFA repetida y afirmativamente insistió en que no estaba alegando un reclamo por competencia desleal y por la que MSDIA no tenía razón alguna para esperar que la CNJ legislara sobre esa base.

340. MSDIA presentó una objeción jurisdiccional en el litigio *NIFA contra MSDIA*, argumentando que los tribunales civiles no podía decidir los méritos legales de una demanda por competencia desleal. NIFA respondió al argumento jurisdiccional de MSDIA al insistir que no estaba formulando una demanda por competencia desleal y los tribunales inferiores respondieron manteniendo la jurisdicción pero decidiendo el caso sobre la base de principios antimonopolio.³⁶⁰ MSDIA por lo tanto no tuvo notificación de que la CNJ, tribunal civil que las partes habían

³⁵⁵ Segundo Informe pericial de Ortega, en par. 33; *Ver también* Primer Informe pericial de Oyarte, en párrafos 31-33.

³⁵⁶ *Ver abajo* en párrafos 358-365.

³⁵⁷ Segundo Informe pericial de Ortega, en párrafos 33, 34, 36; Informe pericial de Páez, en párrafos 24-32. A excepción del desmentido hecho ante la CNJ el 26 de diciembre de 2011, todo lo demás fue hecho previo al inicio del segundo período probatorio.

³⁵⁸ Documento probatorio C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 3-4 (“No hay ley que otorgue jurisdicción a un tribunal en especial, **como hace la Ley de Propiedad Intelectual al establecer que los casos de competencia desleal deben ser presentados y decididos por tribunales de derecho administrativo** y, en consecuencia, los tribunales civiles tienen jurisdicción [en este caso].”) (énfasis agregado).

³⁵⁹ Documento probatorio C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 3-4.

³⁶⁰ Documento probatorio C-157, Escrito de NIFA del 9 de octubre de 2008, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 2; Documento probatorio C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 3-4.

estado de acuerdo en que no tenía jurisdicción sobre reclamos por competencia desleal, podía decidir sobre la petición de casación de MSDIA sobre la base de la competencia desleal.

341. Ecuador ignora las concesiones de NIFA en el litigio subyacente y alega que no había limitación de jurisdicción a los tribunales civiles sobre demandas por competencia desleal. No obstante, Ecuador no logra identificar un solo caso en el cual los tribunales civiles ejercieron jurisdicción sobre una demanda por competencia desleal en el período durante el cual el estatuto de Ley de Propiedad Intelectual sobre competencia desleal estaba vigente.³⁶¹

342. El hecho que Ecuador no pudiera encontrar un caso es revelador pero no sorprende. Como explica el experto de MSDIA en competencia desleal según la legislación ecuatoriana, Dr. Fernández de Córdoba, “en el momento en que surgió la disputa entre NIFA y MSDIA, los reclamos por competencia desleal estaban regidos exclusivamente por la Ley de Propiedad Intelectual..., y fueron objeto de la exclusiva jurisdicción de los Tribunales Contenciosos Administrativos.”³⁶² En consecuencia, dado que NIFA no interpuso un reclamo por competencia desleal en su denuncia y luego lo niega expresamente, MSDIA no tenía razón alguna de esperar ser hallado responsable de competencia desleal por un tribunal civil.

343. *En cuarto lugar*, según la Ley de Casación ecuatoriana, la CNJ tenía jurisdicción para considerar solo las bases de casación presentadas en las respectivas peticiones de casación de las partes.³⁶³ El Dr. Páez en su primer informe pericial explicaba que ni MSDIA ni NIFA solicitaron que la CNJ corrigiera el fallo de la segunda instancia al decidir el caso sobre las bases de competencia desleal.³⁶⁴ Por consiguiente, la legislación ecuatoriana impidió que la CNJ decidiera el caso sobre la base de competencia desleal. Así MSDIA tenía aún más razón para entender que no podía ser hallado responsable por competencia desleal y no había razón para hacer frente a los méritos de competencia desleal en sus comunicaciones ante la CNJ.

344. Ecuador no discute que la CNJ estuviera limitada para decidir sobre las bases establecidas en las peticiones de casación de las partes, pero alega que MSDIA solicitó que la CNJ anulara los fallos del tribunal inferior por no legislar sobre los méritos de un reclamo por competencia desleal.³⁶⁵ Esto es una flagrante malinterpretación de la petición de casación de MSDIA.

345. En efecto, lo que MSDIA argumentaba era que un reclamo por competencia desleal *no podía ser* decidido por los tribunales civiles.³⁶⁶ El informe del propio experto ecuatoriano, profesor Aguirre, lo dice muy claro. El profesor Aguirre afirma que “la propia petición de casación [de MSDIA] establece que las disputas que involucran competencia desleal *deben haber sido procesadas por los tribunales administrativos en vez de los tribunales civiles*”.³⁶⁷

³⁶¹ Segundo Informe pericial de Córdoba, en par. 15.

³⁶² Segundo Informe pericial de Córdoba, en par. 3.

³⁶³ Ver Informe pericial de Páez, en par. 22.

³⁶⁴ Informe pericial de Páez, en par. 22.

³⁶⁵ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 382.

³⁶⁶ Ver Informe pericial de Páez, en par. 23.

³⁶⁷ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 380 (citando la Opinión Experta de Javier Aguirre Valdez, en par. 6.4).

346. Al argumentar que los tribunales civiles, incluyendo la Sala Civil de la CNJ, no tenían jurisdicción sobre una demanda por competencia desleal, MSDIA *no* estaba solicitando que la CNJ legislara sobre los méritos de ese reclamo; estaba indicando que el caso había sido presentado ante el foro incorrecto y que debía ser desestimado por no tener jurisdicción.³⁶⁸ La respuesta de NIFA no alegaba que la demanda por competencia desleal podría haber sido interpuesta ante los tribunales civiles. Por el contrario, NIFA estaba de acuerdo con que la CNJ no tenía jurisdicción para resolver dicho reclamo³⁶⁹ y expresamente afirmó en sus comunicaciones a la CNJ que **“nunca había interpuesto una demanda basada en los actos de competencia desleal.”**³⁷⁰ MSDIA, en consecuencia, no fue notificada de que podría ser hallada responsable por competencia desleal, y no había razón para litigar los méritos de dicha demanda.³⁷¹

- b) La Decisión de la CNJ se apoyó en las interpretaciones a la legislación ecuatoriana que no podrían haber sido anticipadas por MSDIA y no fueron litigadas por las partes

347. Como se explicó anteriormente, MSDIA no fue notificada de que la CNJ podría declararla era responsable de actos de competencia desleal, porque NIFA expresamente había negado la competencia desleal como base para sus demandas y porque los tribunales civiles no tenían jurisdicción sobre demandas por competencia desleal. Además, MSDIA no podría haberse anticipado o defendido del fallo de la CNJ por responsabilidad, ya que la decisión de la CNJ se fundamentó en principios jurídicos que no estaban basados en la legislación ecuatoriana establecida e incluso eran contrarios a ella.

348. Ecuador insinúa que, al interpretar las disposiciones de la Constitución y el Código Civil para incluir la competencia desleal, así como al dictaminar que MSDIA era responsable fundamentada en dicha construcción, la CNJ estaba simplemente ejerciendo su función “legisladora” y prerrogativa “para interpretar y aplicar la legislación ecuatoriana de una forma evolutiva.”³⁷² Ecuador también alega que MSDIA tenía conocimiento de su potencial responsabilidad por competencia desleal ya que la CNJ pretendía lograr una conclusión de competencia desleal de conformidad a una disposición constitucional y dos estatutos civiles a los cuales NIFA hizo referencia en su denuncia original. Estos argumentos son errados.

- (1) La supuesta función “legisladora” de la CNJ no es una defensa a la demanda de MSDIA por denegación de justicia

349. Aunque la CNJ pueda tener una función “legisladora”, como explica el profesor Oyarte, según el principio de tipificación constitucional, los tribunales ecuatorianos no pueden “llenar un vacío jurídico o interpretar una norma poco clara” para imponer un castigo “por un acto que no

³⁶⁸ Ver Informe pericial de Páez, en par. 23; Segundo Informe pericial de Ortega, en párrafos 27-29.

³⁶⁹ Ver Informe pericial de Páez, en párrafos 25-26; Segundo Informe pericial de Ortega, en par. 30.

³⁷⁰ Documento probatorio C-201, Transcripción de la Audiencia, *NIFA contra MSDIA*, CNJ, registrado por el demandado, el 26 de diciembre de 2006, p.1. Ver también Informe pericial de Paez, en párrafos 24-25; Segundo Informe pericial de Ortega, en párrafos 28-30.

³⁷¹ Ver Segundo Informe pericial de Ortega, en párrafos 33-34, 36.

³⁷² Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos. 320, 322.

está tipificado como infracción por ley.”³⁷³ En otras palabras, los tribunales ecuatorianos pueden imponer sanciones solo donde la ley defina claramente (“tipifique”) la infracción y la sanción; los tribunales no pueden eludir este requisito constitucional al “legislar” o interpretar la ley de “una forma evolutiva.”

350. En un plano más fundamental, aun si la legislación ecuatoriana le permitía a la CNJ “legislar” para imponer sanciones por actos que no estaban tipificados como delitos, MSDIA tenía un derecho al debido proceso de saber cuáles estatutos y principios jurídicos estaba aplicando la CNJ para hacerlo y de expresar sus posiciones con respecto a esos puntos de la ley. Como explica el profesor Paulsson:

“Es asombroso escuchar que un tribunal de las leyes civiles, de las cuales tradicionalmente se habla, tenga una función de creación de leyes”. (Esto fue famosa y enfáticamente rechazado en el artículo 5 del Código Civil francés cuando se creó en 1803: “*Está prohibido que los jueces se pronuncien vía disposición general y reglamentaria sobre las causas que les son presentadas*”). Pero incluso si éste fuera el caso en Ecuador, no impediría que el Tribunal determine si la ley creada aquí por la CNJ era lo suficientemente novedosa, idiosincrática o arbitraria como para evidenciar un delito internacional, como se describe arriba en el párrafo 22. Como lo explico en mi informe anterior, además, ***el cargo contra MSDIA no estaba limitado a la creación por parte de la CNJ de una teoría de competencia desleal sin precedentes, sino que también NIFA lo niega expresamente y a MSDIA se le negó la oportunidad de argumentar sobre eso: Basta con decir que todos los atributos de la decisión de la CNJ deben ser considerados y evaluados***”.³⁷⁴

351. Es indiscutible que la CNJ nunca le otorgó a MSDIA esa oportunidad; además, el basamento de la CNJ en teorías legales que fueron no solo novedosas con relación a la ley ecuatoriana, sino que nunca fueron mostradas a las partes para su discusión durante los procedimientos ante la CNJ, constituye una denegación de justicia a MSDIA.

- (2) MSDIA no fue notificada sobre la novedosa e infundada aplicación de la ley ecuatoriana por parte de la CNJ

352. Ecuador alega que MSDIA tenía conocimiento de las bases sobre las cuales sería finalmente hallado responsable, puesto que la demanda original de NIFA identificaba la disposición y estatutos constitucionales que la CNJ pretendía aplicar. La interpretación de la CNJ de esas disposiciones, no obstante, fue completamente nueva y sin precedentes en la ley ecuatoriana y no podría haber sido anticipada por las partes. Específicamente, la CNJ afirmó, ***por primera vez en la historia ecuatoriana***, que el artículo 244(3) de la Constitución ecuatoriana de 1998 junto con los artículos 2214 y 2229 del Código Civil ecuatoriano, proscribían actos de competencia desleal.

353. De acuerdo con el fallo de la CNJ, las acciones de MSDIA originaron:

³⁷³ Segundo Informe pericial de Oyarte, en par. 49.

³⁷⁴ Segundo Informe pericial de Paulsson, en par. 26 (énfasis agregado).

“...la comisión de un delito, de conformidad con el artículo 244, número 3 de la Constitución Política de 1998, vigente en ese entonces, y los artículos 2214 y 2229, párrafo 1 del Código Civil... dentro de lo que en la doctrina jurídica se conoce como actos de alteración de un competidor, debido a la negativa de vender, en la Ley de Competencia Desleal.”³⁷⁵

354. MSDIA no tenía motivos para anticipar que las disposiciones de la ley ecuatoriana citadas en la demanda de NIFA podrían ser aplicadas para imponer una responsabilidad por competencia desleal, ya que esas disposiciones nunca antes habían sido interpretadas de esa manera. Aun si las disposiciones de la ley ecuatoriana citadas por NIFA fuesen lo suficientemente amplias como para incluir reclamos por competencia desleal - y no lo eran - MSDIA aún no habría tenido la notificación *específica* a la cual tiene derecho, de acuerdo con el derecho internacional.

355. El litigio *Amco Asia Corp. contra Indonesia*, al cual hace referencia MSDIA en su Memorial, es instructivo. Allí la República de Indonesia alegó que el demandante recibió una “advertencia” adecuada de la potencial anulación de sus derechos contractuales cuando el Banco Central del Estado emitió una carta informándole al demandante sobre sus obligaciones de acuerdo con un decreto administrativo que, en términos amplios, establecía una variedad de obligaciones declarativas sobre los inversionistas. El tribunal no estuvo de acuerdo, al señalar *inter alia* que la carta “**no indicaba las razones que motivaron finalmente la anulación.**”³⁷⁶ Según lo explicado por el tribunal:

““[E]sta carta del Banco de Indonesia podría no cumplir con el propósito y función de la advertencia, o advertencias, dispuestas por el Decreto 01/1977. El propósito y la función de esas advertencias son darle al destinatario de las mismas la oportunidad de reparar las fallas allí mencionadas (si hubiere alguna); e incluso en los casos en los que dicho resarcimiento no puede ser ofrecido o hecho, de hecho o en la ley,... **para darle al destinatario de la advertencia la oportunidad de discutir sobre los reclamos administrativos y defenderse de los mismos.** ...en el presente caso, esta protección no estuvo disponible para los demandantes, que fueron así privados del debido proceso... contrario los principios generales del derecho”.³⁷⁷

356. El fallo del caso *Amco* establece que una referencia general a una disposición específica de la ley o reglamento no es suficiente para notificar a un inversionista de las bases sobre las cuales él/ella podría ser hallado responsable. De hecho, el inversionista debe ser notificado específicamente de la teoría o razonamiento sobre la cual subyace la potencial conclusión de

³⁷⁵ Documento probatorio C-203, Fallo de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en la sección 15.

³⁷⁶ Documento probatorio CLM-118, *Amco Asia Corp., et al. contra Republica de Indonesia*, Laudo, de fecha 20 de noviembre de 1984, 1 Informe del CIADI 413, en par. 197 (énfasis agregado).

³⁷⁷ Documento probatorio CLM-118, *Amco Asia Corp., et al. contra Republica de Indonesia*, Laudo, de fecha 20 de noviembre de 1984, 1 Informe del CIADI 413, en par. 198 (énfasis agregado). Ver también Documento probatorio CLM-248, *Marguerite de Joly de Sabla (Estados Unidos) contra Panamá*, VI RIAA 358, Laudo, de fecha 29 de junio de 1933, en 362 (“La afirmación de la falta de notificación indica que, aunque los *edictos* fueron tanto enviados por correo como publicados, los límites del terreno solicitado, tal y como se describen en las solicitudes y posteriormente en los *edictos*, eran por lo general **tan vagos que un terrateniente no podría decir si el terreno que solicitó estaba en su propiedad o no.**”) (énfasis agregado).

responsabilidad. Por lo tanto, el hecho de que la denuncia de NIFA hiciera referencia generalmente al artículo 244(3) de la Constitución ecuatoriana de 1998 y a los artículos 2214 y 2229 del Código Civil no podía, por sí misma, haber notificado a MSDIA de que podría ser responsabilizado de *competencia desleal*. Esto es particularmente cierto, por supuesto, dado que NIFA había negado que estaba haciendo dicho reclamo.

357. Es más, los principios establecidos en la ley ecuatoriana habrían llevado a MSDIA, y cualquier otro litigante razonable, a entender que la responsabilidad por competencia desleal *no podía* estar fundamentada en las disposiciones de la ley ecuatoriana citadas en la denuncia de NIFA.

358. *En primer lugar*, Ecuador alega que los “artículos 2214 y 2229 del Código Civil ecuatoriano *por sí solos* sentaban las bases para que la CNJ concluyera que Merck era responsable del delito de competencia desleal.”³⁷⁸ Dejando de lado las representaciones de NIFA en el litigio subyacente que niega el apoyo en la competencia desleal, e ignorando el hecho de que la CNJ no decidió el caso sobre esta base, la teoría de Ecuador de que los artículos 2214 y 2229 incluían un delito de competencia desleal, distinto de la causa de acción por competencia desleal definida en la Ley de Propiedad Intelectual, no tiene fundamento alguno en la ley ecuatoriana y no podría haber sido anticipado por MSDIA.

359. Como explicaron los profesores Oyarte y Córdoba en sus primeros informes periciales, la Constitución de 1998 exigía que todas las bases de responsabilidad fuesen expresamente definidas (“tipificadas”) de conformidad con la ley.³⁷⁹ Este requisito de tipificación de delitos civiles fue significativo, ya que, antes de que la Constitución de 1998 entrara en vigencia, la Constitución ecuatoriana solo requería la tipificación legal de los delitos penales. La Constitución de Ecuador de 1998 extendió la protección al debido proceso a los reclamos civiles, también, exigiendo que cualquier acto prohibido que diera lugar a una responsabilidad civil debe ser identificado en el Código Civil ecuatoriano.³⁸⁰ El profesor Córdoba explica, “después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1998, no era posible presentar una demanda, por competencia civil o cualquier otro motivo, sin un estatuto que tipificara la conducta como ilícita.”³⁸¹

360. El principio de tipificación está, por supuesto, fundamentado en el requisito de notificación del debido proceso, en el cual se prohíbe la imposición de responsabilidad por hechos en los cuales el actor podría no haber estado al tanto acerca del carácter de ilegalidad. El artículo 2229 del Código Civil tipifica solo ciertos delitos que causan lesiones personales,³⁸² mientras que el artículo 2214 es meramente una disposición de daños generales, que establece que si una persona comete un delito o una infracción, él o ella debe indemnizar a la parte lesionada de cualquier daño resultante. Como explica el profesor Córdoba, “[el artículo 2214] es

³⁷⁸Contra-Memorial de Ecuador, en par. 318 (énfasis agregado). Contra-Memorial de Ecuador, en par. 312 (alegando que los artículos 2214 y 2229 “proveían bases firmemente establecidas y de larga data para dictaminar responsabilidad *por una conducta que constituye* una competencia desleal.”) (énfasis agregado).

³⁷⁹ Primer Informe Pericial de Oyarte, en par. 24; Primer Informe Pericial de Córdoba, en par. 19.

³⁸⁰ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en párrafos 6-7; Segundo Informe Pericial de Oyarte, en párrafos 41-42.

³⁸¹ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 7.

³⁸² Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 8; Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 45.

operativo en aquellos caso donde una parte cometa un delito o falta, *pero en sí no identifique qué actos constituyen un delito o una falta.*”³⁸³

361. Para el momento de la demanda de NIFA, el único estatuto en la legislación ecuatoriana que tipificaba actos de competencia desleal era la Ley de Propiedad Intelectual de 1998, y los reclamos por competencia desleal solo podían ser interpuestos de conformidad con esa ley.³⁸⁴ Por lo tanto, MSDIA no sabía que podía ser hallado responsable por competencia desleal de conformidad con cualquier otro estatuto ecuatoriano.³⁸⁵ Sin duda, la cita que NIFA hace de los artículos 2214 y 2229 en su demanda no notificaba a MSDIA que podría ser considerado responsable de competencia desleal o que debería estar litigando los méritos de un reclamo por competencia desleal.

362. De hecho, los tribunales ecuatorianos han rechazado expresamente la teoría de que una de las partes pueda ser hallada responsable de competencia desleal según los estatutos de delito general del Código Civil. En el caso *Begazuay contra Emprosur*, el tribunal de apelaciones rechazó un reclamo por competencia desleal interpuesto fundamentado en los artículos 2214 y 2229 del Código Civil.³⁸⁶ El reclamo del demandante en ese caso fue presentado previo a la entrada en vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual, pero aún estaba sujeto al requisito de tipificación de la Constitución de 1998.³⁸⁷ Como explica el profesor Córdoba:

“El tribunal dictaminó que el reclamo era inadmisibles porque, para el momento en que fue interpuesta la denuncia en 1994 (cuatro años antes de la promulgación de la Ley de Propiedad Intelectual), *‘los actos de competencia desleal no estaban tipificados en la legislación ecuatoriana.*”³⁸⁸

La decisión del Tribunal de Apelaciones fue avalada por el Tribunal Supremo.³⁸⁹

363. Ecuador no ha identificado un solo caso de competencia desleal presentado fuera de la Ley de Propiedad Intelectual (o fuera de los tribunales contenciosos administrativos, que tienen jurisdicción según esa ley) durante el tiempo en el que el estatuto de competencia desleal en la Ley de Propiedad Intelectual y la Constitución de 1998 estaban vigentes. No existe tal caso o reclamo.³⁹⁰

364. Ecuador y sus expertos han identificado solo un caso, Caso 437, que supuestamente involucraba reclamos por competencia desleal presentados fuera de la Ley de Propiedad Intelectual. Ecuador y sus expertos han interpretado el Caso 437 como *“de suma importancia”*³⁹¹

³⁸³ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 8. *Ver también* Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 46.

³⁸⁴ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 3.

³⁸⁵ Primer Informe Pericial de Córdoba, en par. 15.

³⁸⁶ Documento probatorio CLM-403, Begazuay, Bebidas Gaseosas del Azuay, S.A. contra Emprosur S.A., Sala Cuarta del Tribunal Superior de Cuenca, 9 de noviembre de 2000.

³⁸⁷ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 10.

³⁸⁸ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 11.

³⁸⁹ Documento probatorio CLM-404, Begazuay, Bebidas Gaseosas del Azuay, S.A. contra Emprosur S.A., Tribunal Supremo, Sala Civil y Mercantil, 31 de mayo de 2006.

³⁹⁰ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 15.

³⁹¹ Informe Pericial de Polit García, en par. 12.

y alegan que establece la competencia desleal como “un acto civil ilegal conforme a los artículos 2214 y 2229.”³⁹²

365. Ese caso, sin embargo, no sirve de apoyo para los reclamos de Ecuador. El Caso 437 fue decidido *antes* de la Constitución de 1998 (que primero exigía la tipificación de delitos civiles) y *antes* de la Ley de Propiedad Intelectual de 1998 (la primera en tipificar la competencia desleal).³⁹³ Como explica el profesor Córdoba, “[se] desprende de la decisión del Tribunal en el caso *Begazuay* que, a partir de 1998, la única base en la ley ecuatoriana para una demanda por competencia desleal era la Ley de Propiedad Intelectual.”³⁹⁴ De nuevo, resulta notable y decisiva la incapacidad de Ecuador para citar a *cualquier* autoridad ecuatoriana relevante.

366. *En segundo lugar*, la interpretación de la CNJ de que el artículo 244-3 de la Constitución abarcaba actos de competencia desleal no tenía precedentes, y era inconstitucional y contraria al texto completo de la disposición.³⁹⁵ Por ende, MSDIA, no fue notificada ni tuvo oportunidad de ser escuchada con respecto al apoyo de la CNJ en esta disposición.

367. El artículo 244-3 de la Constitución de 1998 establece que las violaciones antimonopolio deben ser sancionadas de conformidad con la ley: “Dentro del sistema socio-económico de mercado, el Estado deberá: ...Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Fomentar la libre competencia y castigar, según la ley, el monopolio y otras prácticas que lo impidan o distorsionen.”

³⁹²Contra-Memorial de Ecuador, en par. 313 (citando el Informe Pericial de Polit García, en par. 7).

³⁹³ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 15.

³⁹⁴ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 13. Es más, el Caso 437 no establecía un delito civil de competencia desleal semejante al inventado por la CNJ. Como explica el profesor Córdoba, “[en] ese sentido el Caso 437 no estableció ningún reclamo por competencia desleal que sobreviviera a la Ley de Propiedad Intelectual (que, como describí anteriormente, no lo hizo y no podría haberlo hecho), ese reclamo requiere los mismos elementos que se requieren según la Ley de Propiedad Intelectual”. Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 39, en pie de página. 37.

³⁹⁵ A lo largo de 12 páginas de su Contra Memorial, Ecuador alega que “[la] construcción de la CNJ respecto a la ‘competencia desleal’ según la ley ecuatoriana *no puede ser cuestionada* por este tribunal como una declaración válida de la ley ecuatoriana”, porque la malinterpretación de la ley nacional por parte de un tribunal nacional generalmente no origina una denegación de justicia. Ver Contra Memorial de Ecuador, p. 130, título (2)(a) (énfasis agregado); *id.* en parágrafos 287-302. Este argumento capta el sentido. El punto no es si la interpretación manifiestamente errónea que hace la CNJ de la ley ecuatoriana origina directamente una responsabilidad internacional, sino determinar si MSDIA fue notificado de que podría ser hallado responsable por competencia desleal. Como explica el profesor Paulsson, la clara aplicación indebida de la ley ecuatoriana por parte de la CNJ sirve como prueba de que MSDIA fue privada de su derecho a notificación y a una oportunidad de ser escuchada. Ver Segundo Informe Pericial de Paulsson, en par. 26. Además, una decisión judicial notoriamente incorrecta sin duda puede constituir una prueba circunstancial *decisiva* de injusticia procesal fundamental, como sesgo, incompetencia o ausencia del debido proceso: “Una sentencia injusta puede y de hecho a menudo aporta fuertes pruebas de que el tribunal fue deshonesto o, en cambio, da lugar a una fuerte presunción de deshonestidad. Incluso puede aportar *pruebas conclusivas*, si la injusticia fue lo suficientemente flagrante, de manera que la sentencia es de un tipo tal que ningún tribunal honesto y competente podría haber emitido”. Ver Documento probatorio CLM-316, G. Fitzmaurice, *El significado del término ‘denegación de justicia’*, 13 Brit. Y.B. Int’l L. 93, 112 (1932). Ver también Documento probatorio CLM-174, J. Paulsson, DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL (2005), en 98 (“[La] prueba del proceso fallido es que la sustancia de una decisión es tan notoriamente errada que ningún tribunal honesto y competente podría haberla emitido”).

368. El artículo 244-3 *no* hace referencia a los actos de competencia desleal entre mercados individuales participantes. Por el contrario, se refiere al antimonopolio, libre competencia y otros asuntos relacionados con el monopolio, todos los problemas enfocados en el poder del mercado y la competitividad de los mercados. No es de extrañar que no haya ni una sola sentencia en la cual un tribunal ecuatoriano haya argumentado alguna vez que el artículo 244-3 de la Constitución de 1998 incluía actos de competencia desleal.³⁹⁶ En efecto, de acuerdo con el principio de tipificación descrito anteriormente, dicho argumento sería inconstitucional.

369. Además, el artículo 244-3 no es auto excluyente. Da instrucciones a la legislación para aprobar una ley de manera que las violaciones antimonopolio puedan ser sancionadas “de acuerdo a la ley”. Ante esto, no sorprende que la disposición no formó, y nunca había sido considerada para formar, las bases de una causa de acción privada.³⁹⁷ Dado que el artículo 244-3 no hacía referencia a la competencia desleal y no era auto excluyente, MSDIA no tuvo notificación alguna de que podría ser considerado responsable de competencia desleal según el artículo 244-3.

370. *En tercer lugar*, los principios sustantivos de la competencia desleal articulados por la CNJ no tenían base o precedente en la ley ecuatoriana. MSDIA, por lo tanto, no podría haberlos anticipado o haber ofrecido alguna defensa significativa a las bases legales sobre las cuales la CNJ, de manera unilateral, impuso la responsabilidad. En otras palabras, la base legal sobre la cual la CNJ consideró que MSDIA era responsable fue tan novedosa y artificial en lo que respecta a la ley ecuatoriana que MSDIA posiblemente no podría haberla anticipado.

371. La CNJ describió el delito civil del cual supuestamente MSDIA era responsable como “actos de interrupción de competidor, debido a la negativa de vender, en la Ley de Competencia Desleal”.³⁹⁸ No hay precedente en la ley ecuatoriana para dicha teoría, razón por la cual Ecuador y sus expertos tratan de justificar la decisión de la CNJ haciendo referencia a la ley argentina de competencia desleal,³⁹⁹ la ley chilena de responsabilidad pre-contractual⁴⁰⁰ y la ley francesa de delitos.⁴⁰¹ El hecho de que Ecuador y sus expertos no pueden señalar ningún precedente en la ley ecuatoriana para la teoría de la CNJ es revelador; confirma que MSDIA no podría haberse anticipado o defendido de la imposición de la responsabilidad sobre dicha teoría.

372. Como explicó el profesor Córdoba en su primer informe pericial, para el momento en que NIFA presentó su demanda, la ley ecuatoriana sobre competencia desleal no reconocía (y nunca ha reconocido) la “negativa a vender” como base para responsabilidad.⁴⁰² Ecuador no ha sido

³⁹⁶ Memorial de MSDIA, en par. 344; Primer Informe Pericial de Oyarte, en párrafos 15-16, 25; Primer Informe Pericial de Córdoba, en par. 15.

³⁹⁷ Memorial de MSDIA, en par. 355; Primer Informe Pericial de Oyarte, en par. 25; Primer Informe Pericial de Córdoba, en par. 51(e).

³⁹⁸ Documento probatorio C-203, Fallo de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en la sección 15.

³⁹⁹ Ver Informe Pericial de Molina Sandoval, en par. 70.

⁴⁰⁰ Ver Informe Pericial de Parraguez en párrafos 22-34.

⁴⁰¹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 316; Informe Pericial de Aguirre, en par. 6.10.

⁴⁰² Primer Informe Pericial de Córdoba, en par. 27.

capaz de identificar algún precedente en el ordenamiento de Ecuador que califique la negativa a vender un bien en particular como un acto de competencia desleal.⁴⁰³

373. *En cuarto lugar*, en todo caso, la CNJ no consideró elementos clave de cualquier reclamo por competencia desleal.

374. En concreto, la CNJ no consideró si la conducta de MSDIA fue contraria a la industria o a las costumbres aceptadas; si la “negativa a vender” estaba justificada por un interés de MSDIA de proteger su marca⁴⁰⁴; si MSDIA actuó en un intento de desviar los clientes de NIFA y desorganizar los negocios de NIFA; si los clientes de NIFA fueron en realidad desviados y si la negativa a vender condujo a la desorganización de los negocios de NIFA.⁴⁰⁵ En particular, incluso el experto ecuatoriano, profesor Molina Sandoval, reconoce que estos elementos son necesarios para establecer la competencia desleal (aunque no los consideró en su análisis de la decisión de la CNJ).⁴⁰⁶

375. Es incuestionable que estos elementos son distintos a los elementos que comprenden una demanda antimonopolio. También es incuestionable que en el litigio subyacente *NIFA contra MSDIA*, ninguna de las partes fijó una posición sobre cuáles elementos constituyen la “competencia desleal” o hizo algún esfuerzo por alegar si los elementos de una demanda por competencia desleal en otros países estaban apoyados por pruebas. De hecho, no había razón para que alguna de las partes lo hiciera, puesto que ninguno de estos aspectos guardaba relación con la demanda antimonopolio como elemento del caso.⁴⁰⁷

376. De hecho, durante el litigio NIFA reconoció que establecer una demanda por competencia desleal requiere probar el intento de desviar los clientes de un competidor,⁴⁰⁸ un hecho que no pudo demostrar. Pero NIFA dijo que no se le exigió demostrar dicha desviación en este caso *porque no estaba alegando que MSDIA había cometido un acto de competencia desleal*.⁴⁰⁹ El hecho de que las partes no litigaran estos elementos es otra prueba decisiva

⁴⁰³ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 44. De hecho, es particularmente revelador que incluso el experto ecuatoriano, profesor Molina Sandoval, quien analiza la decisión de la CNJ de acuerdo con principios de derecho extranjero, intenta justificar la decisión de la CNJ de acuerdo con *otra* teoría, reformulando el supuesto acto desleal de “negativa a vender” (la teoría inventada por la CNJ) a “demorar, mediante la oferta y negociación de la venta de una planta industrial, la entrada de un competidor en un mercado dado donde la intención no era vender el plan industrial, sino en cambio llegar a un acuerdo no producir o vender un producto dado” Informe Pericial de Molina Sandoval, en par. 31. Ésta última, obviamente, no fue la base de la decisión de la CNJ; tampoco lo fue el supuesto acto de competencia desleal en Ecuador.

⁴⁰⁴ Resulta notable que en el texto de García-Menéndez, el cual habla sobre la competencia desleal, y sirve de apoyo tanto a la CNJ como al experto ecuatoriano, profesor Molina Sandoval, en par. 30, se reconozca que una parte puede defenderse de una demanda por competencia desleal al establecer que su negativa a vender un bien particular estaba justificada por los intereses empresariales legítimos del demandado o su protección de la integridad de su marca. Primer Informe Pericial de Córdoba, en par. 43; Documento probatorio CLM-196, García Menéndez, COMPETENCIA DESLEAL: ACTOS DE DESORGANIZACIÓN DEL COMPETIDOR (2004), en p. 169. Este asunto no fue litigado en el litigio subyacente, porque MSDIA no tenía razón para pensar que debía estar litigando una defensa por un reclamo de competencia desleal.

⁴⁰⁵ Primer Informe Pericial de Córdoba, en par. 52.

⁴⁰⁶ Segundo Informe Pericial de Córdoba, en par. 55.

⁴⁰⁷ Memorial de MSDIA, en par. 363.

⁴⁰⁸ Documento probatorio C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 3-4.

⁴⁰⁹ Documento probatorio C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de

confirmando que ellos estaban claros en que no estaban litigando los méritos de una demanda por competencia desleal.⁴¹⁰ Por tanto, MSDIA no tenía razón para saber que podría ser considerado responsable sobre esa base.

377. **Finalmente**, Ecuador insinúa que MSDIA tenía conocimiento sobre la posibilidad de ser considerado responsable, bajo la teoría de competencia desleal “civil”, ya que “conductas tales como aquellas en las que se presume incurrió Merck, pueden originar una responsabilidad según los principios de responsabilidad pre-contractual, que están bien establecidos en la ley ecuatoriana.”⁴¹¹ Este es un transparente esfuerzo post-hoc para rescatar la decisión de la CNJ. La CNJ no consideró que MSDIA fuera responsable según alguna norma de responsabilidad pre-contractual y NIFA nunca formuló dicha demanda. De hecho, tal como había sucedido con respecto a cualquier reclamo por competencia desleal, NIFA expresamente excluyó cualquier supuesto “principio de responsabilidad pre-contractual,” declarando inequívocamente que su demanda “**no estaba fundamentada en negligencia o responsabilidad pre-contractual del demandando.**”⁴¹² Y en consecuencia, el argumento de Ecuador es completamente equivocado.

378. En todo caso, en Ecuador nunca ha existido ley alguna que aborde el tema de responsabilidad pre-contractual. Como explica el experto de MSDIA en derecho civil en Ecuador, Dr. Francisco Correa:

“Según la ley ecuatoriana, no existe una forma general de ‘responsabilidad civil pre-contractual.’ La ley ecuatoriana protege fuertemente la libertad de contrato y el derecho a rechazar suscribir uno, a pesar de la existencia de negociaciones previas. En otras palabras, la existencia de negociaciones no crea o impone alguna obligación legal cara a cara de las partes negociantes con la contra parte... Como norma general, cualquiera de las partes puede retirarse de las negociaciones en cualquier momento y por cualquier razón”.⁴¹³

Apelaciones, en 3.

⁴¹⁰ Además, como se comenta más adelante, la CNJ no realizó una evaluación independiente del registro de hechos, incluso con respecto a aquellos sobre los cuales se apoyó para respaldar su conclusión de que MSDIA era responsable de competencia desleal. Esos hechos, además de ser insuficientes en materia de ley para establecer la competencia desleal, fueron infundados. El expediente del litigio *NIFA contra MSDIA* demostró que (i) MSDIA efectivamente había intentado vender su planta, y (ii) que empezó negociaciones de buena fe para venderle a NIFA; (iii) también que, incluso después de que la conducta de NIFA causara en MSDIA preocupaciones justificables sobre si NIFA intentaba violar los derechos de propiedad intelectual de MSDIA y engañar a los clientes sobre el origen de las copias genéricas de los medicamentos de MSDIA que podría producir, MSDIA intentó encontrar términos de compromiso sobre los cuales se pudiera aún continuar con la venta, (iv) que de hecho MSDIA le vendió la planta a otro comprador, (v) que las demoras en las negociaciones con NIFA fueron el resultado de la incapacidad de NIFA de asegurar el financiamiento, no de algún esfuerzo de MSDIA para alargar esas negociaciones y (vi) que en última instancia fue NIFA y no MSDIA que rompió las negociaciones. Ver Memorial de MSDIA, en parágrafos 25-36. La incapacidad de la CNJ para considerar el expediente de hechos completo, incluyendo las pruebas presentadas por MSDIA, hizo que ésta adoptara las conclusiones erróneas y sesgadas del tribunal de apelaciones y que fue perjudicial para MSDIA.

⁴¹¹ Contra-Memorial de Ecuador, en párr. 314.

⁴¹² Documento probatorio C-238, Escrito de NIFA del 18 de octubre de 2006, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia.

⁴¹³ Informe Pericial de Correa, en parágrafos 5-6.

379. Incluso el propio experto ecuatoriano, profesor Parraguez, reconoce que no hay “un estándar específico que haga referencia a la responsabilidad pre-contractual” en Ecuador.⁴¹⁴ El único soporte que el profesor Parraguez puede proporcionar para respaldar su argumento sobre la existencia de responsabilidad contractual en Ecuador es una referencia poco entusiasta sobre un pequeño número de decisiones de tribunales no ecuatorianos y comentarios sobre leyes no ecuatorianos y el argumento de que la doctrina puede “*inferirse*” del Código de Comercio ecuatoriano (el cual NIFA nunca citó y que la CNJ nunca aplicó).⁴¹⁵ Pero la ley y la doctrina fuera de Ecuador no establecen la ley en Ecuador, y el argumento del profesor Parraguez sobre posibilidad de “*inferencia*” de la doctrina desde el Código de Comercio es manifiestamente infundada.

380. El Código de Comercio limita la aplicación de responsabilidad pre-contractual estrictamente a las transacciones comerciales definidas, excepto los casos de venta de bienes inmuebles.⁴¹⁶ La existencia de estatutos específicos que establezcan la responsabilidad contractual en ciertas circunstancias específicas posiblemente no podría crear una “inferencia” de que exista alguna doctrina general más amplia. De hecho, como explica el profesor Correa, esto “necesariamente conduce a la conclusión exactamente opuesta: que el poder legislativo ecuatoriano decidió limitar dicha responsabilidad a instancias muy específicas y no adoptar una norma general”.⁴¹⁷

381. Además, incluso si la doctrina general de responsabilidad pre-contractual pudiera “inferirse,” no habría lugar para su aplicación en las negociaciones NIFA-MSDIA, las cuales involucraban la venta de bienes inmuebles. Como explica el profesor Correa, los bienes inmuebles solo pueden venderse y transferirse en Ecuador a través de la ejecución de un instrumento público formal. En cambio, la ley es absolutamente categórica cuando establece que no pueden surgir obligaciones (o expectativas) de meras negociaciones sobre contratos de bienes inmuebles. Los tribunales ecuatorianos rechazan otorgar indemnizaciones por la transferencia fallida de la propiedad incluso si las partes han firmado un contrato privado en el que demuestran su conformidad con todos los términos.

382. En efecto, aun si el comprador ha comenzado a pagar según lo establecido en dicho acuerdo privado, porque el instrumento público no ha sido ejecutado, la única indemnización disponible por la transferencia fallida de una propiedad es la restitución de los pagos ya hechos; no pueden surgir otros derechos o indemnizaciones.⁴¹⁸ Ciertamente, ninguna responsabilidad puede surgir de las negociaciones NIFA-MSDIA por la planta de Valle Chillos, donde ni siquiera se logró la aceptación de todos los términos –ni hablar de algún pago a MSDIA.

383. Es más, incluso si, contrario a los hechos, la responsabilidad pre-contractual pudiera ser una base para considerar que MSDIA era responsable según la ley ecuatoriana, el expediente del litigio *NIFA contra MSDIA* no podía servir de apoyo para dicha conclusión. Las pruebas en el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones establecen que MSDIA actuó de buena

⁴¹⁴ Informe Pericial de Parraguez, en 12.

⁴¹⁵ Informe Pericial de Correa, en par. 9.

⁴¹⁶ Informe Pericial de Correa, en par. 7.

⁴¹⁷ Informe Pericial de Correa, en par. 10.

⁴¹⁸ Informe Pericial de Correa, en par. 17.

fe a lo largo de sus negociaciones e hizo todo el esfuerzo posible para finalizar la venta de su planta farmacéutica a NIFA.

384. Ecuador repite la demanda que hacía NIFA que alegaba que MSDIA planificó desde el principio de las negociaciones introducir “*a última hora*” una propuesta de competencia secretamente diseñada para desviar las negociaciones.⁴¹⁹ Sin embargo, como se explica en el Memorial de MSDIA, MSDIA siempre intentó vender la planta, y de hecho la vendió.

385. MSDIA no consideró pactar una cláusula de no concurrencia al principio de las negociaciones, pero lo hizo justo *después* de que NIFA solicitara y obtuviera registros del Ministerio de Salud ecuatoriano para producir el medicamento Rofecoxib, que representaba la *patente más valiosa en Ecuador* perteneciente a MSDIA, y cuyo derecho exclusivo de comercialización en Ecuador recaía en MSDIA.⁴²⁰ De hecho, *NIFA reconoció* durante las negociaciones que su registro para producir Rofecoxib era incorrecto. En estas circunstancias, era completamente razonable que MSDIA solicitara un acuerdo formal estableciendo que NIFA no usaría la planta de MSDIA para hacer copias de los productos de MSDIA.⁴²¹

386. Es además inconcebible que MSDIA pudiera ser considerada responsable conforme a cualquier doctrina de responsabilidad pre-contractual, dado que las partes expresamente acordaron por escrito que las negociaciones no darían lugar a ninguna obligación entre ellos. Como explica el profesor Correa, dichos acuerdos son legalmente vinculantes y efectivamente

⁴¹⁹Contra-Memorial de Ecuador, en par. 30.

⁴²⁰ Ver Documento probatorio C-7, Correo electrónico de Héctor Tejada (Merck) a Jacob Harel (Merck), de fecha 26 de noviembre de 2002; Documento probatorio C-173, testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en 2-3 (en respuesta la Pregunta 12). El Rofecoxib fue vendido en Ecuador bajo el nombre comercial “Vioxx”. Ver Documento probatorio C-170, Testimonio de Nelson Fernando Bonilla Camacho, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, de fecha 28 de mayo de 2009, en 2 (en respuesta a las Preguntas 9 y 10); Documento probatorio C-138, Carta de Alejandro Ponce Martínez a Miguel García, de fecha 2 de diciembre de 2002.

⁴²¹ Ecuador insinúa que la propuesta de MSDIA era excesivamente amplia ya que abarcaba otros productos distintos al Rofecoxib, incluyendo productos que no estaban en la patente. Contra-Memorial de Ecuador, en par. 33. Pero la solicitud de pacto de no concurrencia de MSDIA abarcó otros productos además del Rofecoxib debido a que las acciones de NIFA con respecto al Rofecoxib dieron lugar a una preocupación más general sobre otras formas mediante las cuales NIFA podría causar daño sustancial a los negocios de MSDIA en Ecuador (además de la violación de los derechos exclusivos de MSDIA con relación al Rofecoxib). Particularmente, el registro de NIFA para el Rofecoxib evidenció su intento de usar la maquinaria y equipos, empleados y el *know-how* en la planta de MSDIA para confundir a los consumidores sobre el origen y calidad de esas copias. Ver, por ejemplo, Documento probatorio C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en 5 (en respuesta a la Pregunta 18). Ante estas preocupaciones, MSDIA habría estado completamente justificado—y estaba en su derecho—de sencillamente terminar las negociaciones a raíz de lo sucedido con el Rofecoxib. En cambio, MSDIA buscó discutir los medios por los cuales continuar con la venta pero también intentó proteger sus intereses empresariales legítimos al proponer un acuerdo según el cual NIFA no produciría copias de los productos de MSDIA en la planta de MSDIA por un período razonable de tiempo después de la venta. *Id.* Además, de hecho, fue *NIFA* (no MSDIA) la que terminó las negociaciones entre las partes. Documento probatorio C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, de fecha 4 de junio de 2009, en 5 (en respuesta a la Pregunta 25). Ver también Documento probatorio C-8, Memorando de Jacob Harel (Merck) a distribución, de fecha 22 de enero de 2003. Ecuador pretende culpar a MSDIA por no comprometerse con NIFA cuando esta última trató de reactivar el acuerdo varios días después de retirarse de la mesa de negociaciones. Ver Contra-Memorial de Ecuador, en par. 41. Pero fue completamente razonable que MSDIA buscara una contra parte más confiable para negociar después del comportamiento errático de NIFA en el curso de las negociaciones entre las partes.

eliminan la responsabilidad pre-contractual entre las partes en las limitadas circunstancias en las cuales pueda surgir en Ecuador.⁴²²

387. En este caso, NIFA y MSDIA acordaron en mayo de 2002,⁴²³ (al inicio de las discusiones) y luego en noviembre de ese mismo año,⁴²⁴ (justo antes del rompimiento de las negociaciones), que de las discusiones que estaban en curso, no surgirían obligaciones para cualquiera de las partes. MSDIA “se reserva[ó] el derecho de terminar las discusiones propuestas por cualquier motivo en cualquier momento” vía un correo electrónico de su agente, Staubach, a NIFA en octubre de 2002.⁴²⁵ En tales circunstancias, la responsabilidad pre-contractual estaba fuera de lugar, incluso si la doctrina fuese aplicable en Ecuador. Ecuador y sus expertos fallaron completamente al abordar estos puntos.

388. Además, incluso si la conclusión de la CNJ de responsabilidad pudiera justificarse por una doctrina implícita de responsabilidad pre-contractual (que no era posible), el fallo de indemnización emitido por la CNJ no sería posible. El comentario foráneo sobre el cual se apoya el profesor Parraguez lo deja claro, la indemnización por demandas de responsabilidad pre-contractual, donde es reconocida, está limitada a los costos directos resultantes de la negociación. El fallo de la CNJ de indemnización por la “oportunidad perdida” de dos años es contrario a cualquier doctrina aceptada de responsabilidad pre-contractual y no tiene asidero alguno en la ley ecuatoriana.⁴²⁶

389. En resumen, el intento de Ecuador por justificar la decisión de la CNJ mediante una especie de demanda por “responsabilidad pre-contractual” —una demanda sobre la cual el fallo de la CNJ no fue decisivo, el demandante nunca pudo demostrar su caso, ni siquiera existía precedentes en la ley ecuatoriana, una demanda que fue excluida por acuerdo entre las partes y que de ningún modo podía justificar un fallo de indemnización por “oportunidades perdidas”— ilustra aún más lo indefendible de la decisión de la CNJ.

2. La decisión de la CNJ no consideró ninguna de las pruebas presentadas por MSDIA y perpetuó otras violaciones procesales graves cometidas por los tribunales inferiores

390. No solo la CNJ emitió un fallo contra MSDIA basado en un fundamento jurídico que no había sido litigado por las partes y sobre el cual MSDIA no fue notificado ni tuvo oportunidad de ser escuchado, sino que además la CNJ emitió un fallo contra MSDIA, en base a un expediente probatorio contaminado y unilateral producto de los procedimientos manifiestamente sesgados y corruptos de los tribunales inferiores.

391. Según lo explicado en el Memorial de MSDIA, la CNJ no corrigió sino que ratificó y adoptó las conclusiones de hecho del tribunal de apelaciones, las cuales estaban basadas

⁴²² Informe Pericial de Correa, en párrafos 19-22.

⁴²³ Documento probatorio C-125, Acuerdo de Confidencialidad entre NIFA S.A. y MSDIA, de fecha 14 de mayo de 2002.

⁴²⁴ Documento probatorio C-5, Resumen de la Reunión entre MSDIA y NIFA, de fecha 20 de noviembre de 2002.

⁴²⁵ Documento probatorio C-232, correo electrónico de Edgardo Jaen a Miguel Garcia, de fecha 3 de octubre de 2002.

⁴²⁶ Informe Pericial de Correa, en párrafos 23-27.

totalmente en las pruebas presentadas por NIFA y que ignoraban *todas* las pruebas presentadas por MSDIA. En concreto, el tribunal de apelaciones erróneamente concluyó que MSDIA había “expresamente rechazado las pruebas con la intención de disipar el veredicto en la primera instancia”,⁴²⁷ en otras palabras, todas las pruebas presentadas por y sobre las cuales se apoya MSDIA. La CNJ agravó su error al considerar que MSDIA era responsable de competencia desleal apoyándose totalmente sobre los hechos “*que pueden encontrarse en las sentencias apeladas [es decir, el tribunal de apelaciones]*”.⁴²⁸

392. La CJN perpetuó las violaciones de los derechos al debido proceso a las que fue sometida MSDIA por parte de tribunales inferiores cuando decidió imponer responsabilidad legal sobre la base de un expediente de hechos viciado del tribunal de apelaciones, el mismo tribunal que se negó a tomar en cuenta la evidencia de MSDIA y mostró claramente y de distintas maneras parcialidad ante la misma.⁴²⁹

393. Ecuador pone en duda que la CNJ se apoyara en las conclusiones de hecho del tribunal de apelaciones pero no ofrece ninguna prueba de que la CNJ realizó una revisión independiente de las pruebas.

394. La CNJ no hizo referencia alguna a las pruebas de MSDIA en su sentencia. Esto es prueba evidente de que la CNJ simplemente adoptó las viciadas conclusiones de hecho del tribunal de apelaciones. Como explica el profesor Ortega, el artículo 115 del Código Procesal Civil exige que el tribunal “exponga en su decisión la evaluación de todas las pruebas presentadas.”⁴³⁰ Esta norma aplica para los tribunales de primera y segunda instancia, incluyendo a la CNJ cuando funge como un tribunal de instancia, como en este caso.

395. Si la CNJ hubiera realizado efectivamente una revisión *de novo* a las pruebas de las partes en los méritos, habría citado las pruebas sobre las cuales se había apoyado. Las pruebas a las que la CNJ hace referencia se encuentran en la sentencia del tribunal de apelaciones y son las pruebas de *NIFA*. El hecho de que la CNJ no hiciera mención de alguna de las pruebas de *MSDIA* demuestra que la CNJ, al igual que el tribunal de apelaciones, no consideró ninguna de las pruebas de MSDIA.⁴³¹ Esto es, por su puesto, totalmente consistente con la declaración expresa de la CNJ donde hacía referencia a los hechos relatados en la sentencia del tribunal de apelaciones al decidir la responsabilidad de MSDIA.⁴³²

396. Ecuador presenta tres contraargumentos, ninguno de los cuales tiene mérito.

397. **En primer lugar**, Ecuador afirma que MSDIA hizo una presentación ante la Corte Constitucional durante la acción interpuesta por NIFA apelando la decisión de la CNJ en la que

⁴²⁷ Memorial de MSDIA, en par. 271 (f); Documento probatorio C-4, Sentencia del Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en 15-16.

⁴²⁸ Informe Pericial de Páez, en par. 35; Documento probatorio C-203, Fallo de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en sección 11.

⁴²⁹ Primer Informe Pericial de Paulsson, en par. 48(f).

⁴³⁰ Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 15 (citando el artículo 115 del Código Procesal Civil (Documento probatorio CLM-190)).

⁴³¹ Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 15; *ver también* Informe Pericial de Páez, en parágrafos 36-37.

⁴³² Documento probatorio C-203, Fallo de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en la sección 15. *Ver también* Segundo Informe Pericial de Ortega, en parágrafos 46-51.

MSDIA admitió que la CNJ había revisado correctamente las pruebas.⁴³³ Pero nuevamente Ecuador malinterpreta la exposición de MSDIA.

398. Como explica el Dr. Alejandro Ponce Martínez, abogado de MSDIA en el litigio *NIFA contra MSDIA*:

“Debido a que el único asunto en la Corte Constitucional era si la CNJ había violado los derechos constitucionales de NIFA, la pregunta de si la CNJ había revisado correctamente las pruebas al considerar responsable a MSDIA era totalmente irrelevante. Por lo tanto, la discusión de MSDIA sobre las pruebas estaba limitada a abordar el argumento específico de NIFA relativo a si la CNJ no había analizado correctamente las pruebas al calcular su fallo de indemnización por 1,57 millones de dólares. La principal respuesta de MSDIA al argumento de NIFA es que este último no puede reclamar que sus derechos fueron violados *porque la CNJ se apoyó en las propias pruebas de NIFA para calcular la indemnización*”⁴³⁴

399. En consecuencia, la presentación de MSDIA no abordó del todo si la CNJ consideró de forma independiente alguna de las pruebas con respecto al dictamen de responsabilidad de la CNJ. Además, el argumento de MSDIA, donde establece que la CNJ consideró solo las propias pruebas de NIFA con respecto a la indemnización, fue totalmente consistente el argumento de MSDIA de que el tribunal de apelaciones, y posteriormente la CNJ, ignoró completa e inadecuadamente las pruebas de MSDIA y consideró solo las de NIFA.

400. *En segundo lugar*, Ecuador admite que la CNJ, en la Cláusula 11 de su decisión, declaró que “los siguientes actos pueden encontrarse en la sentencia apelada,” *es decir*, la sentencia del tribunal de apelaciones. Como se establece en el Memorial de MSDIA, esto refleja que la CNJ adoptó las conclusiones de hecho del tribunal de apelaciones sin realizar su propia evaluación de las pruebas. Ecuador alega que esta declaración debe ser ignorada porque la Cláusula 11 “no tiene nada que ver con el hecho de si la CNJ ‘se apoyó en... las conclusiones del tribunal de apelaciones’ para llegar a esa decisión...”⁴³⁵

401. La posición de Ecuador es indefendible: No cita en su totalidad la declaración de la CNJ, cuyo significado es inconfundible:

“Para proceder conforme a la primera subsección del artículo 16 de la Ley de Casación, y aplicar la decisión apropiada en lugar de una que es rechazada, este Tribunal de Casación hace referencia a los siguientes hechos que pueden encontrarse en la sentencia apelada”.⁴³⁶

402. El artículo 16 establece que cuando la CNJ anula una decisión de un tribunal inferior, la CNJ puede entonces actuar como tribunal de primera instancia y emitir una nueva decisión. Al

⁴³³ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 387.

⁴³⁴ Segundo Declaración como testigo de Ponce Martínez, en par. 102 (énfasis agregado).

⁴³⁵ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 367.

⁴³⁶ Documento probatorio C-203, Fallo de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en sección 15 (énfasis agregado).

hacerlo, la CNJ debe hacer su propia evaluación de las pruebas.⁴³⁷ El significado de la Cláusula 11 en el dictamen de la CNJ es claro: la CNJ, después de anular la sentencia del tribunal inferior, se apoyó en los hechos considerados en la sentencia del tribunal de apelaciones con el fin de proceder como un tribunal de instancia y “emitir la decisión apropiada.” En consecuencia, la insinuación de Ecuador de que las conclusiones de hecho del tribunal de apelaciones eran irrelevantes a la conclusión de la CNJ de responsabilidad es manifiestamente equivocada.

403. *En tercer lugar*, Ecuador afirma que las “conclusiones de la CNJ estaban basadas sobre su propia revisión de las pruebas en lugar de las conclusiones de hecho de los tribunales inferiores.”⁴³⁸ Pero esta posición es inconsistente con la propia declaración de la CNJ al adoptar las conclusiones de hecho del tribunal de apelaciones, discutidas anteriormente, y Ecuador es incapaz de señalar algo en la decisión de la CNJ que sugiere que la CNJ hizo una evaluación independiente de las pruebas.

404. Ecuador identifica solo una instancia de la CNJ que presuntamente revisó las pruebas por sí misma. Ecuador afirma “[es] evidente en la Cláusula 16.9 de la decisión de la CNJ que, como mínimo, el tribunal revisó el correo electrónico del Sr. Harel fechado el 15 de enero de 2003, señalada anteriormente, al establecer el parámetro externo... para el cálculo del fallo de su indemnización a Prophar, ya que en esa Cláusula el tribunal declaró que MERCK hizo su propio cálculo de las pérdidas...”⁴³⁹

405. Pero, nuevamente, el único ejemplo de Ecuador está basado en una engañosa e incompleta cita de la decisión de la CNJ. La sentencia de la CNJ ni siquiera hace referencia al correo electrónico del 15 de enero de 2003.⁴⁴⁰ Por el contrario, en la cláusula 16.9 de la decisión del CNJ, la CNJ está realmente haciendo referencia expresa a la sentencia del tribunal de apelaciones.

406. Ecuador selectivamente cita la decisión de la CNJ, insinuando que la CNJ estaba haciendo una evaluación *independiente* y que las pruebas mostraban que Merck había calculado las pérdidas de NIFA. De hecho, no obstante, la sentencia que cita Ecuador realmente dice: “Además, la *sentencia [es decir, la sentencia del tribunal de apelaciones] establece* que Merck por sí mismo cuantificó las pérdidas...”⁴⁴¹ El resto de la cláusula 16.9 de la sentencia de la CNJ también proviene directamente de la decisión del tribunal de apelaciones (incluyendo una larga cita de esa decisión).⁴⁴²

⁴³⁷ Informe Pericial de Páez, en párrafos 20-21.

⁴³⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 374.

⁴³⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 373.

⁴⁴⁰ De hecho, si la CNJ hubiera realmente revisado el correo electrónico que ahora Ecuador afirma que lo hizo, la CNJ nunca la habría usado como base para establecer la indemnización a NIFA por oportunidades perdidas. Incluso una revisión superficial a ese correo electrónico deja claro que las pérdidas discutidas son las pérdidas de ventas calculadas por MSDIA, no las pérdidas de ganancias. Ver Documento probatorio C-286, Correo electrónico de Jacob Harel a Federico Wintour, et al., de fecha 15 de enero 2003. Ver también Documento probatorio C-252, Testimonio de Luis Eduardo Ortiz, NIFA contra MSDIA, Tribunal de Apelaciones, de fecha 23 de noviembre 2009, en 5-6 (en respuesta a las Preguntas 26-30).

⁴⁴¹ Documento probatorio C-203, Fallo de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en sección 16.9.

⁴⁴² Ver Documento probatorio C-4, Sentencia del Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 23 de

407. Ecuador no señala las otras numerosas referencias en la decisión de la CNJ de las conclusiones de hecho del tribunal de apelaciones. Por ejemplo, la CNJ se apoyó en los hechos presentados en la sentencia del tribunal de apelaciones al establecer un período de dos años para el cálculo de la indemnización, debido a lo que “puede verse” en “*la sentencia misma* del Tribunal Provincial”.⁴⁴³ De manera similar, cuando la CNJ hizo referencia a los hechos subyacentes en la Cláusula 8.2 de su sentencia, la CNJ comenzó su resumen de los hechos cuando declara: “*De la sentencia apelada puede verse...*”. La CNJ seguidamente concluyó: “Esta básica información de fondo está en las primeras cláusulas *de la sentencia apelada...*”.⁴⁴⁴

408. También es de señalar que lo que la CNJ describe como “hechos” son en realidad los argumentos de NIFA – o, como Ecuador diría, un “resumen exacto de los reclamos [de NIFA]” – lo que después apoya la conclusión de que la CNJ, al igual que el tribunal de apelaciones, consideró solo las pruebas de NIFA.⁴⁴⁵ Para cerrar, el único apoyo que Ecuador ofrece para su argumento de que la CNJ realizó una revisión *de novo* de todo el expediente de hecho, incluyendo las pruebas de MSDIA, es la afirmación completamente escueta del profesor Aguirre de que la CNJ hizo tal revisión.⁴⁴⁶ Una revisión a la decisión de la CNJ sencillamente muestra lo contrario.

3. MSDIA nunca ha aceptado la decisión de la CNJ por responsabilidad o rechazado cualquier objeción al oponerse a la apelación de NIFA ante la Corte Constitucional

409. Aunque MSDIA no fue parte de la Acción Extraordinaria de Protección en la Corte Constitucional, MSDIA apareció como una tercera parte interesada, y presentó escritos que se oponían a la solicitud de NIFA de que la Corte Constitucional restableciera el fallo de indemnización del tribunal de apelaciones por 150 millones de dólares. Ecuador alega que en las presentaciones de MSDIA ante la Corte Constitucional, MSDIA “defendió rigurosamente la validez y propiedad de la decisión de la CNJ”⁴⁴⁷ y que sus posiciones en los procedimientos en la Corte Constitucional son inconsistentes con sus argumentos en este arbitraje.⁴⁴⁸ El argumento de Ecuador malinterpreta totalmente la posición de MSDIA frente a los procedimientos de la Corte Constitucional.

410. En primer lugar, el punto de si la decisión de la CNJ fue correcta sobre los méritos no fue ante la Corte Constitucional. El único punto en los procedimientos en la Corte Constitucional fue

septiembre de 2011, en sección 13. Las pruebas sobre las cuales se apoyó el Tribunal de Apelaciones para esta presunta conclusión de hecho fue presentada por NIFA. Segunda Declaración como Testigo de Ponce Martínez, en par. 102.

⁴⁴³ Documento probatorio C-203, Fallo de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en sección 16.10.1.

⁴⁴⁴ Documento probatorio C-203, Fallo de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, sección 8.2.

⁴⁴⁵ Las descripciones en las secciones 8.2 y 11 de la decisión de la CNJ son básicamente idénticas. Ecuador interpreta la descripción posterior como un “resumen exacto de los reclamos [de NIFA].” Contra-Memorial de Ecuador, en par. 365.

⁴⁴⁶ Ver Informe Pericial de Aguirre, en par. 6.9.

⁴⁴⁷ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 80.

⁴⁴⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 359.

si la decisión de la CNJ *violó los derechos constitucionales de NIFA*.⁴⁴⁹ Como resultado, los escritos de MSDIA estaban debidamente enfocados en rebatir los argumentos infundados de NIFA de que la decisión de CNJ que otorgaba 1,57 millones de dólares en indemnización de algún modo violó los derechos constitucionales de *NIFA*. Ni la rectitud de dicha conclusión, ni si algún aspecto de la decisión violó los derechos de MSDIA, fue un punto a tratar en la Corte Constitucional.

411. Debido a que la propiedad de la decisión de la CNJ no fue un punto a tratar en los procedimientos de la Corte Constitucional, el esfuerzo de Ecuador en atribuir relevancia al hecho de que MSDIA no atacó ciertos aspectos de la sentencia de la CNJ en su escrito ante la Corte Constitucional es poco claro. Por ejemplo, Ecuador afirma repetidamente que MSDIA en su escrito presentado ante la Corte Constitucional no atacó la “aplicación del artículo 244(3)” de la Constitución de 1998 que empleó la CNJ como base para la responsabilidad por competencia desleal.⁴⁵⁰ Es cierto que esto no fue el enfoque de los escritos de MSDIA presentados ante la Corte Constitucional, por la simple razón de que ese punto fue presentado ante la Corte Constitucional. Como explica el Dr. Ponce Martínez:

“[Este] argumento malinterpreta la naturaleza de la Acción Extraordinaria de Protección de NIFA. Puesto que el único asunto en ese procedimiento fue si la decisión de la CNJ violó los derechos constitucionales de NIFA, el asunto de si MSDIA pensó que la decisión era correcta o incorrecta no fue relevante. Tales asuntos eran completamente irrelevantes para la investigación de la Corte Constitucional”.⁴⁵¹

412. Sin embargo, MSDIA fue cuidadoso al afirmar repetidamente a lo largo de su escrito para la Corte Constitucional que estaba en desacuerdo con la decisión de la CNJ por responsabilidad. Como explica el Dr. Ponce Martínez, MSDIAS fijó su posición sobre la decisión de la CNJ de forma ambigua al comienzo de su primera presentación ante la Corte Constitucional después de que fue admitida la Acción extraordinaria de NIFA:

“en el primer párrafo del escrito de los primeros méritos de MSDIA ante la Corte Constitucional, MSDIA afirmó que había pagado la indemnización ordenada por la CNJ solo ‘porque no había otras vías disponibles para apelaciones civiles, a pesar de que MSDIA creía que no había bases en la ley ecuatoriana para responsabilizarlo y que NIFA no tenía derecho ninguna indemnización’”.⁴⁵²

413. El Dr. Ponce Martínez identificó “al menos otras 10 instancias en ese solo escrito donde MSDIA reiteró su desacuerdo con que podría ser considerado responsable según cualquier teoría o por algún monto de indemnización.”⁴⁵³ Entre otras cosas, MSDIA afirmó que:

a. “[no] estaba de acuerdo con la afirmación de haber causado daño alguno a NIFA”,⁴⁵⁴

⁴⁴⁹ Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez en par. 95.

⁴⁵⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 308.

⁴⁵¹ Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez en par. 100.

⁴⁵² Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez en par. 96 (citando Documento probatorio R-117, presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional de fecha 3 de abril de 2013 en par. 1).

⁴⁵³ Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez en par. 96 y nota 8.

b. “nunca hubo razón alguna para compensar a [NIFA], ya que [MSDIA] no emprendió ninguna acción ilegal que pudiera haber creado alguna responsabilidad... y, en consecuencia, el reclamo [de] NIFA debió haber sido rechazado [en su totalidad]”.⁴⁵⁵

c. “[no] estuvo de acuerdo con la decisión de la CNJ de ordenar cualquier cantidad de indemnización en lo absoluto”,⁴⁵⁶ y

d. “no está de acuerdo con la decisión de la CNJ en la cual se determina la responsabilidad de MSDIA con respecto a NIFA”.⁴⁵⁷

Por lo tanto, la posición de MSDIA con respecto a la sentencia de la CNJ fue muy clara y totalmente consistente con su posición aquí.

414. Ecuador sin embargo escoge muy selectivamente un puñado de frases aisladas de los escritos de MSDIA, en un esfuerzo por crear una falsa impresión de que MSDIA argumentó en favor de la conclusión de responsabilidad hecha por la CNJ. Por ejemplo, Ecuador argumenta que MSDIA admitió ante la Corte Constitucional que la decisión de la CNJ estuvo “basada en principios jurídicos ecuatorianos reconocidos” (palabras de Ecuador) cuando MSDIA declaró en un escrito que la CNJ “afirmó que el reclamo [de NIFA] se enmarcaba dentro de la competencia desleal y que esta acción está tipificada como un acto civil cuasi-ilegal,” aplicado por la CNJ para concluir que MSDIA es responsable.⁴⁵⁸

415. La cita de Ecuador es altamente engañosa y su interpretación es equivocada. Al colocarla en el contexto adecuado, MSDIA estaba simplemente describiendo que *la CNJ* pretendía que la ley apoyara el argumento de que la decisión no violó los derechos constitucionales de NIFA.⁴⁵⁹ Además, en la frase que le seguía inmediatamente, MSDIA reiteró “*no estar de acuerdo*” con que la CNJ estuviera en lo cierto al considerarla responsable de daños.⁴⁶⁰

416. Ecuador también cita de manera errónea un extracto del escrito de la Corte Constitucional en el cual MSDIA explicó que:

⁴⁵⁴ Documento probatorio R-117, presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional de fecha 3 de abril de 2013, en par. 18.

⁴⁵⁵ Documento probatorio R-117, presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional de fecha 3 de abril de 2013, en par. 19.

⁴⁵⁶ Documento probatorio R-117, presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional de fecha 3 de abril de 2013, en par. 166.

⁴⁵⁷ Documento probatorio R-117, presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional de fecha 3 de abril de 2013, en par. 266.

⁴⁵⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 307 (citando Documento probatorio R-117, presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional de fecha 3 de abril de 2013 en par. 175).

⁴⁵⁹ Como señala el Dr. Ponce Martínez, la traducción de Ecuador de la frase anterior del escrito de MSDIA crea la falsa impresión de que MSDIA intentó comunicar que el razonamiento de la CNJ era correcto. El Dr. Ponce Martínez explica que “[la] palabra ‘afirma’ en español, presenta en el escrito de MSDIA, la cual Ecuador traduce con el sentido ‘afirmó,’ está mejor traducida como ‘declara’ en este contexto”. Segunda Declaración como Testigo de Ponce Martínez, en par. 99.

⁴⁶⁰ Documento probatorio R-117, presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional de fecha 3 de abril de 2013, en par. 175.

“La decisión [de la CNJ] no viola los derechos [de NIFA]..., la decisión [de la CNJ] establece que estos principios [alegados por NIFA] están dentro del marco doctrinal de la competencia ilegal y dictamina que, en la opinión de los jueces, la conducta [de MSDIA] constituyó un acto cuasi ilegal de conformidad con los artículos 2214 y 2229 del Código Civil. La decisión de casación explica las diferencias entre la Ley de Defensa de Competencia y la competencia ilegal y relaciona estos dos conceptos separados a las pruebas y hechos del caso”.⁴⁶¹

417. Nuevamente, la opinión de Ecuador indicando que esta frase constituye un respaldo al razonamiento de la CNJ es totalmente errada. Como explica el Dr. Ponce Martínez, MSDIA “no estaba expresando sus propios puntos de vista sobre la decisión de la CNJ,” sino que estaba “describiéndole a la Corte Constitucional cómo la CNJ había decidido el caso con el fin de establecer que no podía haber violado los derechos de NIFA”.⁴⁶² De nuevo, al describir la decisión de la CNJ, MSDIA fue cuidadoso al “dejar claro que no estaba de acuerdo con el resultado”.⁴⁶³ La interpretación del Dr. Ponce Martínez de las intenciones de MSDIA se confirma con la frase citada en sí, la cual está claramente enmarcada alrededor del asunto de si la decisión de la CNJ “violó los derechos de NIFA” y se esfuerza para describir la conclusión por responsabilidad de la CNJ como un asunto de “la opinión de los jueces”.⁴⁶⁴

418. En resumen, MSDIA no aceptó ni apoyó en su escrito presentado ante la Corte Constitucional, la decisión de la CNJ de dictaminar responsabilidad de MSDIA; por el contrario, dejó en claro su desacuerdo con la decisión. Aun asumiendo que las posiciones de MSDIA en ese procedimiento pudieran de algún modo impedir que MSDIA fijara posiciones contrarias en esta arbitraje—y Ecuador no presenta un fundamento legal que respalde ese argumento—la posición de MSDIA con relación a la conclusión de la CNJ por responsabilidad ha sido totalmente consistente en ambos foros.

4. La decisión de la CNJ fue una sentencia definitiva del poder judicial de Ecuador

419. Como se expone en el Memorial de MSDIA, la responsabilidad internacional de un Estado por denegación de justicia se produce una vez que se ha emitido una sentencia definitiva por un *tribunal de último recurso*.⁴⁶⁵ Las autoridades citadas por Ecuador reconocen que a un demandante solo se le exige agotar las “funciones correctivas ordinarias”⁴⁶⁶ hasta que haya sido dictada una sentencia por “el más alto tribunal *ante el cual un caso es apelable*”.⁴⁶⁷

⁴⁶¹ Contra-Memorial de Ecuador en par. 306 (citando Documento probatorio R-200, presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional de fecha 13 de septiembre de 2013), párrafo 172.

⁴⁶² Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez en par. 98.

⁴⁶³ Segunda Declaración Testimonial de Ponce Martínez en par. 98.

⁴⁶⁴ Documento probatorio R-200, presentación de MSDIA ante la Corte Constitucional de fecha 13 de septiembre de 2013), párrafo 9.

⁴⁶⁵ Memorial de MSDIA, en párrafos. 375-377.

⁴⁶⁶ Ver Documento probatorio CLM-99, J. Paulsson, DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL (2005), en 108; Documento probatorio RLA-10, E.M. Borchard, *Responsibility of States at the Hague Codification Conference*, 24 Am. J. Int'l L. 517, 532 (1930) (énfasis agregado) (explicando que “todas las apelaciones [deben] [] agotarse” como un pre-requisito para la responsabilidad internacional por denegación de justicia).

⁴⁶⁷ Documento probatorio RLA-5, E.M. Borchard, *THE DIPLOMATIC PROTECTION OF CITIZENS ABROAD* (1919), en

420. Ecuador no niega que la CNJ fuese la última instancia en el litigio NIFA contra MSDIA. El experto ecuatoriano, Profesor Javier Aguirre Valdéz, está de acuerdo con que “[l]a Corte Nacional de Justicia es el *máximo tribunal en Ecuador*”.⁴⁶⁸

421. Ecuador tampoco niega que la sentencia de 1,57 millones de dólares la CNJ contra MSDIA no haya sido objeto de apelaciones. El experto ecuatoriano, Juan Francisco Guerrero del Pozo, coincide en que “en cuanto a la sentencia definitiva dictada por la Corte Nacional de Justicia, no había otros recursos disponibles ante la jurisdicción ordinaria”.⁴⁶⁹ El Profesor Guerrero del Pozo explica que “*ningún recurso vertical podía ser permitido*, dado el hecho de que *el sistema de justicia ordinaria de Ecuador no tiene ni ha tenido ningún otro órgano superior al que la parte pueda apelar para revisión de la sentencia dictada en el recurso de casación*”.⁴⁷⁰

422. Por lo tanto, la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ contra MSDIA fue la decisión final dictada por un tribunal ecuatoriano de última instancia en el litigio *NIFA contra MSDIA*. Debido a que la sentencia no fue objeto de ninguna otra apelación, fue inmediatamente ejecutada contra los bienes de MSDIA en Ecuador, y se le ordenó a MSDIA pagar la sentencia (lo cual hizo). Como reconocen las propias autoridades en derecho internacional del Ecuador, dicha sentencia da lugar a la responsabilidad internacional de un Estado por denegación de justicia.

423. Aunque Ecuador no niega que la CNJ fue el tribunal de última instancia en el litigio *NINA contra MSDIA*, Ecuador, sin embargo, sostiene que la sentencia de la CNJ no podía dar lugar a la responsabilidad internacional por denegación de justicia. Específicamente, Ecuador afirma que incluso aunque la decisión de la CNJ violara los derechos al debido proceso de MSDIA, la decisión de la CNJ no constituiría una denegación de justicia, porque MSDIA optó por no presentar lo que el Ecuador manifiesta habría sido una acción de garantía “*separada e independiente*”⁴⁷¹ en su totalidad para impugnar la sentencia de la CNJ —específicamente, una “acción *extraordinaria* de protección” en la Corte Constitucional de Ecuador.⁴⁷²

198 (énfasis agregado); Documento probatorio RLA-111, *Case of Amos B. Corwin contra Venezuela*, UNRIAA vol. XXIX 260, 268 (“la responsabilidad de un estado comienza solo cuando el *tribunal de último recurso*, accesible por medios razonables, ha actuado sobre el caso”) (énfasis agregado); Documento probatorio RLA-17, F.K. Nielsen, *INTERNATIONAL LAW APPLIED TO RECLAMATIONS* (1933), en 28 (explicando que una denegación de justicia “puede estar basada solo en una decisión de un tribunal de último recurso”); Documento probatorio CLM-34, *ATA Construction, Industrial and Trading Company contra el Reino Hachemita de Jordania*, Causa CIADI N°. ARB/08/2, Laudo de fecha 18 de mayo de 2010, en par. 107 (explicando que la denegación de justicia surge de una decisión emitida por una “*instancia judicial final*”) (énfasis agregado).

⁴⁶⁸ Segundo Informe Pericial de Aguirre, en par. 6.2. *Ver también* Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 10 (“La CNJ es el *máximo tribunal de la rama judicial de Gobierno [de Ecuador]*”). (énfasis agregado). (énfasis agregado).

⁴⁶⁹ Informe Pericial de Guerrero del Pozo, en par. 20 (énfasis agregado).

⁴⁷⁰ Informe Pericial de Guerrero del Pozo, en par. 19 (énfasis agregado).

⁴⁷¹ Informe Pericial de Guerrero del Pozo, en par. 12 (énfasis agregado). *Ver también* Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 19 (que explica que una acción extraordinaria de protección “es una *acción separada y no una apelación*”). (énfasis agregado). En efecto, la Corte Constitucional ha explicado que una acción extraordinaria de protección no puede siquiera ser llevada hasta el juicio subyacente “no puede ser impugnada por recursos verticales (apelación, etc.) o recursos horizontales (reversión)”, es decir, hasta que una decisión “haya sido emitida por el *tribunal de última instancia*”. Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 8, nota al pie 2 (en el que se cita CLM-

424. Como se explica a continuación, el argumento de Ecuador simplemente no puede sostenerse. La CNJ es la máxima corte civil, no hay derecho a apelación a una decisión de la CNJ, y esa decisión es final e inmediatamente ejecutable. Como consecuencia, introducir una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional de Ecuador no habría pospuesto la ejecución de la sentencia de la CNJ o eximido a MSDIA de sus obligaciones bajo las leyes ecuatorianas de pagar esa sentencia. Por otra parte, incluso si MSDIA hubiese presentado una acción extraordinaria de protección y hubiese prevalecido, **la Corte Constitucional no tenía autoridad** para ordenar a NIFA (que ni siquiera hubiera sido parte en esa acción) reembolsar la sentencia a MSDIA. Por lo tanto, la Corte Constitucional no hubiese podido remediar efectivamente el daño causado a MSDIA por la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ.

425. En el momento en que la CNJ emitió la sentencia final e inmediatamente ejecutable contra MSDIA, que los tribunales ecuatorianos ejecutaron y que MSDIA pagó, hubo una denegación de justicia completa y viable según lo previsto en el Tratado.⁴⁷³

- a) MSDIA no tenía la obligación de llevar a cabo una acción extraordinaria de protección ya que la Corte Constitucional no podía ofrecer un recurso efectivo.

426. MSDIA no tenía la obligación de introducir una acción extraordinaria de protección, porque la Corte Constitucional no podía proveer a MSDIA con un recurso efectivo a partir de la denegación de justicia inherente en la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ.

427. Ecuador reconoce que un demandante no está obligado a agotar los recursos locales que no ofrecen “probabilidad razonable de un recurso efectivo”.⁴⁷⁴ Como afirma el Profesor Amerasinghe, **“aquellos recursos que son inefectivos o inadecuados no necesitan ser agotados”**.⁴⁷⁵

428. “Al foro internacional corresponde realizar una determinación internacional, sobre una base caso por caso, en cuanto a si un recurso está o no razonablemente disponible, ya sea en términos de adecuación o eficacia”.⁴⁷⁶ Por ejemplo, el requisito de agotar los recursos internos ha sido considerado inaplicable cuando tales recursos “dan todos los indicios de ser **claramente inadecuados o insatisfactorios**”⁴⁷⁷ o son ineficaces,⁴⁷⁸ en cuyo caso “[l]os tribunales locales

187, Sentencia de la Corte Constitucional No. 068-10-SEP-CC, fechada 27 de enero de 2011, página 41) (énfasis agregado). Por lo tanto, una acción extraordinaria de protección no constituye necesariamente una apelación vertical o recurso horizontal y, en consecuencia, la sentencia de la CNJ califica como una sentencia de un tribunal de última instancia.

⁴⁷² Contra-memorial de Ecuador, en par. 192.

⁴⁷³ Ver Primer Informe Pericial de Paulsson, en par. 56; Segundo Informe Pericial de Paulsson, en párrafos 11-19.

⁴⁷⁴ Ver Contra-memorial de Ecuador, en par. 206; Informe Pericial de Amerasinghe, en par. 19 (“**Los recursos inefectivos no necesitan ser agotados**”). (énfasis agregado); Informe Pericial de Caflisch, en par. 16. Ver también Documento probatorio CLM-334, Comisión de Derecho Internacional (Dugard) Tercer Reporte sobre Protección Diplomática, Doc. ONU. A/CN/4/523 (2002), en 6, en par. 19.

⁴⁷⁵ Informe Pericial de Amerasinghe, en par. 16 (énfasis agregado).

⁴⁷⁶ Documento probatorio CLM-99, J. Paulsson, Denegación de justicia en el derecho internacional (2005), en 113

⁴⁷⁷ Documento probatorio CLM-320, A.V. Freeman, LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN LA DENAGACIÓN DE JUSTICIA (1970) en 420-421. Ver también Elemento probatorio RLM-6, *La demanda de Ambatielos (Grecia contra. Reino Unido)*, Fallo, fechado 6 de marzo de 1956 (“[G]eneralmente se considerada que la ineficacia de los recursos disponibles, sin estar legalmente determinada, también puede ser

carecen notoriamente de independencia”,⁴⁷⁹ como resultado de la corrupción o presión exterior,⁴⁸⁰ o si “las circunstancias en que [la] denegación de justicia fue producida pueden revelar la *inutilidad y desesperanza de otros procedimientos*.”⁴⁸¹ Como el Profesor Paulsson explica:

“[L]a ‘interrogante crucial’ es si un recurso legal ‘da la posibilidad de una reparación efectiva y medios suficientes de reparación efectiva’. Esto está ausente cuando los ‘recursos internos no ofrecen ninguna posibilidad de una reparación efectiva’, por ejemplo, cuando ‘los tribunales locales no tienen la competencia para otorgar un recurso idóneo y adecuado para el extranjero...

“[E]l principio que indica que los recursos locales deben ser agotados ordinariamente se... *fundamenta en su prospecto razonable de proporcionar una cura efectiva para el daño del que se aqueja*”.⁴⁸²

429. Como resultado de estas limitaciones en el requerimiento, los comentaristas han reconocido que el requerimiento de agotar los recursos locales es “*en práctica... más bien un obstáculo de poca altura y poroso*, más un banco de arena que una presa”.⁴⁸³ Según lo explica el Juez Lauterpatch en su opinión frecuentemente citada en el caso de los *Préstamos Noruegos*:

“[E]l requisito de agotamiento de los recursos locales *no es una regla meramente técnica o rígida*. Es una regla que los tribunales internacionales han aplicado *con un grado considerable de flexibilidad*”.⁴⁸⁴

atribuida a circunstancias que no permiten ninguna esperanza de reparación para ser colocada en el uso de esos recursos”).

⁴⁷⁸ Primer Informe Pericial de Paulsson, en par. 55 (que explica que un demandante no necesita agotar los recursos que “no proporcionarían una reparación significativa al mal del que se aqueja”). Ver también Documento probatorio CLM-52, *El caso de los barcos finlandeses (Finlandia contra. Gran Bretaña)*, III RIAA 1479, fechado 9 de mayo de 1934, en 1503 (“Las partes en el presente caso, sin embargo, acuerdan—y con razón— que la regla de los recursos locales no aplica cuando no haya recurso efectivo”.); Documento probatorio RLA-55, *The Loewen Group, Inc. y Raymond Loewen vs. Estados Unidos de América*, ARB(AF)/98/3, Fallo, fechado 26 de junio de 2003, en párrafos 165-167.

⁴⁷⁹ Documento probatorio RLM-30, J. Paulsson, Denegación de justicia en el derecho internacional, en 118 (2005) (énfasis agregado).

⁴⁸⁰ Ver Documento probatorio RLM-39, *Estados Unidos de América contra. Gran Bretaña (Robert E. Brown)*, Fallo, fechado 23 de noviembre de 1923, Vol. VI UNRIAA 120 (1923), en 129.

⁴⁸¹ Documento probatorio CLM-320, A.V. Freeman, La responsabilidad internacional de los Estados en la denegación de justicia (1970), en 422 (énfasis agregado).

⁴⁸² Segundo Informe Pericial de Paulsson, en párrafos 14-15 (énfasis agregado) (que cita el Documento probatorio CLM-335, Comisión de Derecho Internacional, *Artículos en borrador sobre protección diplomática* (2006), art. 14, cmt. 4).

⁴⁸³ Documento probatorio CLM-363, C. Romano, *La regla del agotamiento previo de los recursos locales: Teoría y práctica en los procedimientos de derechos humanos internacionales*, en Cortes internacionales y el desarrollo del derecho internacional (2013), en 564 (énfasis agregado). Ecuador reconoce que el requisito del agotamiento se debe aplicar de manera flexible y con respecto a las circunstancias de hecho. Ver Contra-memorial de Ecuador, en párrafos 206-227.

⁴⁸⁴ Documento probatorio CLM-278, *Opinión separada del Juez Sir Hersch Lauterpatch en algunos préstamos noruegos (Francia contra. Noruega) Sentencia (6 de julio de 1957)*, 1957 I.C.J. Informe 9, en pág. 39 (énfasis agregado). Ver también Documento probatorio CLM-320, A.V. Freeman, La responsabilidad internacional de los Estados en la

430. Acá, como explicamos con mayor detalle en las secciones siguientes, hay tres razones por las que una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional no habría proporcionado un recurso efectivo para MSDIA, y que, por tanto, MSDIA no tenía obligación alguna de llevar a cabo dicha acción:

- a. Primero, porque la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ era ejecutable inmediatamente y la ejecución no hubiera podido ser suspendida con una resolución pendiente de una acción extraordinaria de protección de la Corte Constitucional, la nulidad de la sentencia de la CNJ por parte de la Corte Constitucional no habría evitado el daño causado a MSDIA por esta sentencia. Por tanto, los tribunales de Ecuador obligaron a MSDIA a pagar la sentencia dentro de las semanas siguientes a la decisión emanada de la CNJ y la Corte Constitucional no ofrecía medios para evitar dicha obligación.
- b. Segundo, aunque MSDIA hubiese prevalecido en una acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional hubiese carecido de autoridad para ordenar a NIFA el reembolso de los 1,57 millones de dólares que MSDIA ya le había cancelado en concordancia con la sentencia de la CNJ. No está totalmente claro cómo un resultado favorable de la Corte Constitucional podría haberse ocupado de la denegación de justicia de la CNJ.
- c. En tercer lugar, la corrupción y parcialidad que afectan el sistema judicial de Ecuador hicieron que cualquier recurso subsiguiente, incluso una acción extraordinaria de

denegación de justicia (1970) en 418 (“[L]a ley internacional ha dotado la regla con una flexibilidad diseñada para servir a los fines prácticos. De la misma manera, hay *muchas circunstancias* según las cuales un estricto, literal agotamiento de los recursos locales es considerado innecesario”. (énfasis agregado). Ecuador y su experto, el Profesor Amerasinghe, argumentan que se requiere de un demandante para establecer que los recursos restantes son “manifiestamente inútiles. Ver Contra-memorial de Ecuador, en par. 201; Informe Pericial de Amerasinghe, en parágrafos 20-24. Sin embargo, el estándar de la “inutilidad manifiesta” ya no es una buena ley, y los comentaristas y tribunales contemporáneos han reconocido que una norma mucho menos rígida gobierna la determinación de si un recurso es o no “eficaz”. Ver Segundo Informe Pericial de Paulsson, en parágrafos 12. Ver también Documento probatorio CLM-309, Dugan, et al., Arbitraje inversionista-Estado (2008), en 350-351 (que menciona que el test de “inutilidad manifiesta” ha sido “descrito como muy estricto” y ha sido rechazado en el tercer informe de Dugard sobre protección diplomática, que expone una formulación más permisiva: “no proporcionar posibilidad razonable alguna de un recurso efectivo”); Documento probatorio CLM-99, J. Paulsson, Denegación de justicia en derecho internacional (2005), en 117; Documento probatorio CLM-347, D. Mummery, *El contenido de la obligación de agotar los recursos locales*, 58 Am. J. Int’l L. 389, 401 (1964) (que explica que el concepto de “inutilidad manifiesta” “contribuye muy poco a la precisión y objetividad del pensamiento”). De hecho, los propios escritos del Profesor Amerasinghe han criticado el razonamiento detrás de la norma de “inutilidad manifiesta”, al señalar que “la ausencia de justificación a la aplicación de *un criterio tan estricto* del remedio por parte de los extranjeros a los recursos locales cuando, pragmáticamente hablando, se esperaría que los litigantes puedan en circunstancias normales no gastar tiempo y dinero en ejercer el recurso disponible, si parece razonable y no muy probable de que pudieran llegar a tener éxito”. Documento probatorio CLM-293, C. Amerasinghe, *La regla de los recursos locales en una perspectiva apropiada*, 36 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 726, 752 (1976). Mientras que el tribunal recientemente aplicó la norma de “inutilidad manifiesta” en *Apotex contra. Estados Unidos*, sólo lo hizo luego de que *ambas partes* solicitaran la aplicación de dicha norma. Ver Documento probatorio RLA-122, *Apotex, Inc. contra El Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Fallo sobre jurisdicción y admisibilidad, fechado 11 de junio de 2013, en par 268 (teniendo en cuenta que el criterio de la “inutilidad manifiesta” era “*prueba común de las partes*”) (énfasis agregado); Segundo Informe Pericial de Paulsson, pág. 8, nota al pie 12.

protección en la Corte Constitucional, fuera inútil. De hecho, la decisión de la Corte Constitucional en la acción extraordinaria de protección introducida por NIFA, deja en claro que ésta no es un recurso efectivo. Como se discute a continuación,⁴⁸⁵ la decisión de la Corte Constitucional fue manifiestamente irracional, y tuvo el efecto de restituir la decisión del tribunal de apelaciones, que impuso una obligación de 150 millones de dólares contra MSDIA sin base concebible en los hechos o en la ley ecuatoriana—una decisión que la misma CNJ manifestó que se basaba en “una explicación y aplicación incorrecta” de la ley y concedió indemnizaciones que “carec[ían] de toda proporción”, y que Ecuador reconoce en su contra-memorial que era indefendible.⁴⁸⁶ Lo absurdo del resultado en la Corte Constitucional representa una clara evidencia de que el proceso en dicho tribunal, al igual que el proceso en todos los niveles en el caso NIFA contra MSDIA, fue profundamente defectuoso y carente de imparcialidad, y que la Corte Constitucional no hubiese podido proporcionar un recurso efectivo con respecto a la violación de derechos de MSDIA en la CNJ.

Cualquiera de estas razones es fatal para la afirmación de Ecuador de no poder hacerse responsable por la denegación de justicia que resultó en una sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ porque MSDIA no introdujo una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional de Ecuador.

- (1) La Corte Constitucional no podría haber pospuesto la ejecución de la sentencia de la CNJ.

431. Para que un recurso local sea efectivo, debe ser “*capaz de reparar la queja del litigante*”.⁴⁸⁷ El experto ecuatoriano, Profesor Amerasinghe, reconoce que no es necesario agotar los recursos locales cuando “no satisfacen el objeto buscado por el demandante”,⁴⁸⁸ como en el caso en que el tribunal o tribunal local carece de autoridad para revertir el daño causado a un litigante extranjero debido a la sentencia impugnada.⁴⁸⁹

432. En este caso, es indiscutible que el único recurso disponible para MSDIA en la Corte Constitucional no habría reparado el daño a MSDIA. Como explica el experto de MSDIA en derecho constitucional, Profesor Oyarte, si MSDIA hubiese presentado una acción extraordinaria de protección contra la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ y hubiese prevalecido, la sentencia (a lo sumo) habría sido *anulada* por la Corte Constitucional:

“El Dr. Guerrero del Pozo describe las consecuencias de que una [acción extraordinaria de protección] fuese concedida por la Corte Constitucional con respecto a una decisión tomada por la CNJ: *la decisión impugnada se anula* y diferentes jueces de la CNJ

⁴⁸⁵ Ver *abajo* pars. 475-493.

⁴⁸⁶ Contra-memorial de Ecuador, en par. 76.

⁴⁸⁷ Segundo Informe Pericial de Paulsson, en par. 14.

⁴⁸⁸ Informe Pericial de Amerasinghe, en par. 27.

⁴⁸⁹ Ver Informe Pericial de Amerasinghe, en par. 19-20 (en el que se cita el Documento probatorio CLM-52, *Demanda de los armadores finlandeses (Finlandia contra. Gran Bretaña)*, UNRIAA, Fallo, fechado 9 de mayo de 1934, en 1504).

vuelven a escuchar el recurso de casación y emiten una nueva decisión sin cometer los errores detectados por la Corte Constitucional “.⁴⁹⁰

433. Sin embargo, la potencial anulación de la sentencia del CNJ no habría subsanado el daño causado a MSDIA por la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ porque la sentencia habría sido ejecutada *antes de* su anulación por parte de la Corte Constitucional.⁴⁹¹ Como lo explica el Profesor Oyarte, la sentencia del 21 de septiembre de 2012 de la CNJ que falló a favor de NIFA los 1,57 millones de dólares era ejecutable inmediatamente bajo las leyes ecuatorianas.⁴⁹² De hecho, tras la emisión de la decisión de la CNJ, el 28 de noviembre de 2012, el tribunal de primera instancia de Ecuador, al cual se remitió el caso para la ejecución de la sentencia, ordenó a MSDIA pagar la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ dentro de las siguientes 24 horas.⁴⁹³ MSDIA cumplió con esta obligación legalmente vinculante y pagó los 1,57 millones de dólares al día siguiente, el 29 de noviembre de 2012.⁴⁹⁴

434. Más aún, la Corte Constitucional carecía de la autoridad para suspender la ejecución de la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ. Como explica el Profesor Oyarte:

“Introducir una acción extraordinaria de protección *no podrá suspender la ejecución de la decisión judicial subyacente*. Más aún, debido a que la legislatura quería evitar tácticas dilatorias con respecto a la ejecución de resoluciones judiciales, la ley prohíbe la concesión de medidas provisionales en una acción extraordinaria de protección. Por lo tanto, *aun cuando una parte demuestre que se verá perjudicada por lo demás, la Corte Constitucional está legalmente impedida para retrasar el cumplimiento de la decisión impugnada*”.⁴⁹⁵

435. Debido a que la presentación de una acción extraordinaria de protección podría, a lo sumo, haber dado lugar a la anulación de una sentencia que ya había sido ejecutada en contra de MSDIA, no habría proporcionado a MSDIA un recurso efectivo para la denegación de justicia resultante de la decisión de la CNJ. Como explica el Profesor Paulsson, al citar el tribunal *Ambatielos*, “[I]os recursos que *no pudieron rectificar la situación* no pueden ser certificados por el Estado demandado como recursos que impiden una acción internacional”.⁴⁹⁶

⁴⁹⁰ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 15 (en el que se cita el informe de Guerrero del Pozo, en par. 40).

⁴⁹¹ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 16 (en el que se explica que la anulación “*no habría ayudado a MSDIA, porque la sentencia que le obligaba a pagar 1,57 millones de dólares ya había sido ejecutada*”). (énfasis agregado).

⁴⁹² Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 13.

⁴⁹³ Documento probatorio C-207, Orden del Tribunal de Primera Instancia del 28 de noviembre de 2012, NIFA contra MSDIA, en 1.

⁴⁹⁴ Documento probatorio C-208, Escrito de pago, MSDIA, NIFA contra MSDIA, Tribunal de Primera Instancia, fechado 29 de noviembre de 2012, en 1; Documento probatorio C-209, Orden del Tribunal de Primera Instancia del 29 de noviembre de 2012, NIFA contra MSDIA.

⁴⁹⁵ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 13 (énfasis agregado).

⁴⁹⁶ Segundo Informe Pericial de Paulsson, en par. 16 (en el que se cita el Elemento probatorio RLA-21, *Demanda de Ambatielos (Grecia contra Estados Unidos)*, Fallo, fechado 6 de marzo de 1956, XII, UNIRIAA 83 (1956) en 119) (énfasis agregado). La pregunta sobre si la Corte Constitucional ofreció a MSDIA un recurso “efectivo” es diferente a la pregunta sobre si le ofreció un recurso “razonablemente disponible”. Mientras la potencial anulación de la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ por parte de la Corte Constitucional fue dejada sin efecto por el hecho de que la sentencia era de ejecución inmediata, la posibilidad de ejecución de la sentencia también tuvo

- (2) Una acción extraordinaria de protección no habría podido resultar en un reembolso a MSDIA de los 1,57 millones de dólares que MSDIA había pagado.

436. Adicionalmente, una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional no habría proporcionado a MSDIA un recurso efectivo porque la Corte Constitucional no tenía la autoridad para adjudicar la devolución de los 1,57 millones de dólares que MSDIA estaba obligada a pagar para cumplir con la sentencia de la CNJ. La Corte Constitucional tampoco hubiese podido ordenar el reembolso de los gastos innecesarios asumidos por MSDIA en el transcurso del litigio NIFA contra MSDIA.

- (a) La Corte Constitucional no tiene la autoridad para ordenar el reembolso.

437. Como explica el Profesor Oyarte, incluso cuando (como en este caso) la sentencia subyacente ha sido forzada y su anulación deje de proporcionar al demandante cualquier reparación práctica, la Corte Constitucional carece de la autoridad para ordenar el acreedor en fallo reembolsar sus ganancias mal habidas:

“Dado que la acción extraordinaria de protección es una acción individual y no un recurso de apelación, **la Corte Constitucional no puede emitir una sentencia de reemplazo para ordenar la devolución de las cantidades abonadas previamente.** Por lo tanto, cuando la Corte Constitucional emite un juicio sobre una acción extraordinaria de protección, se limita únicamente a la anulación de la decisión impugnada; **no dice nada sobre la reparación económica y no ordena la devolución de los pagos efectuados por orden de la decisión que fue anulada** “.⁴⁹⁷

438. Por lo tanto, la consecuencia de tener éxito en una acción extraordinaria de protección habría sido que MSDIA regresara a la CNJ para enfrentar otra decisión con respecto a las demandas de NIFA, con el riesgo de otra sentencia en su contra, pero sin la posibilidad de la devolución del dinero que erróneamente ya se le había obligado a pagar.

439. La incapacidad de la Corte Constitucional para ordenar a NIFA la devolución a MSDIA de los 1,57 millones de dólares que MSDIA pagó para cumplir con la sentencia de la CNJ hace que una acción extraordinaria de protección sea un recurso ineficiente en cuestión de derecho internacional en estas circunstancias. Como lo explica Freeman, “el recurso a los tribunales

repercusiones en la disponibilidad del recurso de la Corte Constitucional. Como reconoce Ecuador, el tribunal *Loewen* explicó que cuando las “ramificaciones financieras de la amenaza de ejecución” de una sentencia son significativas en relación con los activos de la demandante, entonces un recurso local no está “razonablemente disponible” en la medida en que carece de la capacidad suspender la ejecución de la sentencia. Ver Contra-memorial de Ecuador, en par. 217-218. Ver también Documento probatorio RLM-55, *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen contra Estados Unidos de América*, ARB(AF)/98/3, Fallo, fechado 26 de junio de 2003, en par. 207-208. Por lo tanto, dado que la CNJ afirma la sentencia de 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones contra MSDIA, claramente MSDIA no requeriría introducir una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional que impugnara la decisión de la CNJ.

⁴⁹⁷ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 19 (énfasis agregado).

locales [no es] necesario... *cuando dichos tribunales no tien[en] facultad para conceder una indemnización.* ⁴⁹⁸ En términos más amplios:

“[El requisito de agotamiento de los recursos locales] claramente no pretende extenderse a los casos en que la oportunidad de apelar es una que *no podría traer resultados prácticos para el demandante extranjero.* Como consecuencia, el derecho internacional no insiste en la institución de procedimientos ineficaces que sólo implicarían un incremento de los desembolsos por litigios a la parte interesada. Un ‘recurso’ que no ofrece ninguna esperanza de obtener una *reparación eficaz* no es digno de ese nombre y no cae dentro del ámbito de la norma [de agotamiento]”. ⁴⁹⁹

440. Por lo tanto, la Corte Constitucional no era un recurso efectivo porque carecía de la capacidad de ordenar reembolso. Como explica el Profesor Paulsson:

“Como suceden las cosas en el presente, el daño acá es la sentencia de 1,57 millones de dólares que Ecuador ordenó a MSDIA pagar (sin posibilidad de sobreseimiento) y los gastos innecesarios asumidos por MSDIA durante el litigio que llevó a esa sentencia final. Recurrir a la Corte Constitucional no era un recurso eficaz para este tipo de daños. Tomando como cierta la suposición de que la Corte Constitucional no podrá ordenar la devolución de las cantidades pagadas en cumplimiento de la sentencia impugnada, *MSDIA no podía obtener reparación a través de un recurso extraordinario*”. ⁵⁰⁰

- (b) La anulación de la sentencia de la CNJ no habría creado una base legal efectiva para el reembolso de los 1,57 millones de dólares previamente pagados.

441. Ecuador argumenta que, aunque la Corte Constitucional no podría haber ordenado a NIFA devolver el pago de la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ, la anulación potencial de la sentencia de la CNJ hubiese podido “cimentar las bases para recuperar el monto” de NIFA. ⁵⁰¹ Específicamente, el experto ecuatoriano, Profesor Guerrero del Pozo, argumenta

⁴⁹⁸ Documento probatorio CLM-320, A.V. Freeman, La responsabilidad internacional de los Estados en la denegación de justicia (1970), en 427 (énfasis agregado). Freeman se refiere al arbitraje de los *Barcos Finlandeses*, en el que el árbitro denegó la aseveración de Gran Bretaña de que un recurso debe ser agotado incluso si éste no puede “*ciertamente... conceder compensación alguna*”. Documento probatorio CLM-51, Finlandia contra Gran Bretaña, Fallo, fechado 9 de mayo de 1934, en pág. 1497. Como explicó el árbitro, un litigante extranjero no está obligado a sufrir “pérdida de dinero y tiempo yendo a tribunales, sólo para agotar lo que para él – al menos por el momento – debe ser un recurso muy insatisfactorio”. *Id.*

⁴⁹⁹ Documento probatorio CLM-320, A.V. Freeman, La responsabilidad internacional de los Estados en la denegación de justicia (1970), en 423-424 (primer énfasis agregado, segundo énfasis en el original). Ver Documento probatorio CLM-295, C.F. Amerasinghe, Recursos locales en el derecho internacional (2004) en 205 (“Cuando está claro que el recurso a una apelación o referencia a otro tribunal o corte no sería una fuente de reparación adecuada, *el extranjero está exento de gastar su dinero y tiempo*”). (énfasis agregado). Ver también Documento probatorio CLM-330, ILC Artículos sobre la responsabilidad del Estado en actos erróneos (2001), artículo 44, Comentario (5) (en el que se explica que no se requiere que el demandante agote un recurso que *no ofrece posibilidad de reparar la situación*) (énfasis agregado); Documento probatorio CLM-291, García Amador, *Responsabilidad internacional: Tercer informe*, 2 Y.B. Int'l L. 55 (1958), en 55 (en el que se señala que los recursos locales deben permitir al demandante “*obtener[...] reparación apropiada*”) (énfasis agregado).

⁵⁰⁰ Segundo Informe Pericial de Paulsson, en par. 15.

⁵⁰¹ Contra-memorial de Ecuador, en par. 227.

que MSDIA hubiese podido invocar la anulación de la sentencia de la CNJ en uno de los dos procedimientos *separados* contra NIFA, como base para lograr la devolución de los 1,57 millones de dólares de la sentencia de la CNJ:

“1). El juez asignado para hacer cumplir la decisión judicial de la Corte Constitucional puede ordenar las medidas de ejecución necesarias para la restitución de dichos pagos o,

2). En caso de que la Corte Constitucional no haya ordenado el pago de la restitución, se crearía un ‘pago sin causa’ en virtud del cual, a la persona que hizo los pagos, se le otorgaría una acción civil ordinaria acelerada en la pudiera obtener el reembolso del pago por parte de la parte receptora”.⁵⁰²

442. Como explica el Profesor Oyarte, ninguna de las alternativas de Ecuador refleja correctamente las consecuencias de una anulación de la sentencia de la CNJ por parte de la Corte Constitucional.

- (i) La sentencia de la Corte Constitucional no estaría sujeta a procedimientos de ejecución a nivel del tribunal de primera instancia

443. El primer escenario planteado por el Profesor Guerrero del Pozo carece de bases en la ley ecuatoriana. Como explica el Profesor Oyarte, podrían no existir bases para que una corte de primera instancia emitiera “medidas de ejecución... para la restitución” de la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ porque una decisión de la Corte Constitucional ***no habría desencadenado procedimientos de ejecución a nivel de los tribunales de primera instancia.***⁵⁰³ En cambio, ya que la Corte Constitucional no hubiese podido anular la sentencia de la CNJ, la ***CNJ*** (y no tribunal de primera instancia alguno) hubiese tenido la obligación de llevar a cabo la orden de la Corte Constitucional volviendo a adjudicar el caso NIFA contra MSDIA.⁵⁰⁴

444. Incluso si (contrario a la ley) una decisión de la Corte Constitucional que anulara la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ hubiese desencadenado procedimientos de ejecución a nivel de los tribunales de primera instancia, no hubiese habido base legal para que el tribunal de primera instancia ordenara “las medidas de ejecución necesarias para la restitución de... pagos” hechos por MSDIA en cumplimiento de la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ. Como el Profesor Oyarte explica:

“La regla general es que las sentencias sólo producen efectos en los propios casos en los que son emitidas, y con respecto a las partes involucradas. El destinatario de una decisión de la Corte Constitucional es la autoridad, organismo o persona ‘contra cuyos actos u omisiones la acción ha sido presentada’, en este caso, los jueces. ***Ya que NIFA no podía tomar parte en el procedimiento de acción extraordinaria de protección, nunca podría ser el ‘destinatario de la decisión judicial’***”⁵⁰⁵

⁵⁰² Informe Pericial de Guerrero, en par. 43.

⁵⁰³ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 18.

⁵⁰⁴ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 18.

⁵⁰⁵ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 21.

445. La opinión del Profesor Oyarte es respaldada por lo que ciertamente ocurrió en los tribunales ecuatorianos luego que la Corte Constitucional resolvió la acción extraordinaria de protección de NIFA. Luego que la Corte Constitucional concedió la acción de NIFA y anuló la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ, la decisión de la Corte Constitucional no fue enviada a un tribunal de primera instancia para su ejecución.⁵⁰⁶ La Corte Constitucional tampoco ordenó a NIFA devolver el dinero de MSDIA ni ordenó a tribunal alguno comenzar procedimientos de ejecución para la devolución del dinero pagado por MSDIA.⁵⁰⁷ Por el contrario, el caso simplemente fue devuelto a la CNJ con una indicación para que la CNJ volviera a escuchar las peticiones de casación de las partes y dictara una nueva decisión.

446. Por tanto, incluso si MSDIA hubiese llevado a cabo una acción extraordinaria de protección y hubiese prevalecido, la Corte Constitucional no hubiese podido ordenar a NIFA devolver los 1,57 millones de dólares que habían sido pagados por MSDIA y no hubiese podido instruir a ningún otro tribunal ordenar tal restitución.

- (ii) El requisito de agotar los recursos locales no abarca una nueva acción civil por enriquecimiento injusto

447. El segundo escenario hipotético de Ecuador es igualmente equivocado. No existe mecanismo dentro de la normas de procedimientos civiles de Ecuador en el que MSDIA hubiese podido hacer valer una reclamación *dentro* del litigio de NIFA contra MSDIA para recuperar de NIFA su pago de 1,57 millones de dólares bajo la teoría del “pago sin causa”. Por lo tanto, para que MSDIA pueda exigir la devolución de la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ después de la anulación de esa sentencia por parte de la Corte Constitucional, MSDIA hubiese tenido que comenzar un procedimiento totalmente nuevo contra NIFA en una corte de primera instancia ecuatoriana.

448. Como explica el Profesor Oyarte:

“No hay un procedimiento especial o ‘expedito’ para una acción por pago sin causa. Como el mismo Dr. Guerrero afirma, el recurso disponible para un pago sin causa es una ‘acción civil ordinaria’. Por lo tanto, MSDIA *hubiese tenido que iniciar una nueva acción ordinaria contra NIFA bajo la teoría de que la anulación de la sentencia de la CNJ resultase en que NIFA hubiese recibido un pago sin causa*”.⁵⁰⁸

449. La sugerencia de Ecuador de que el requisito de agotar los recursos locales hubiese requerido que MSDIA iniciara un *tercer* procedimiento (adicional al litigio original de NIFA contra MSDIA y a la acción extraordinaria de protección) carece de méritos por cinco causas independientes.

450. **Primero**, como se analiza en detalle más adelante, está bien establecido que el agotamiento de los recursos locales requiere seguir un litigio hasta conseguir una decisión final

⁵⁰⁶ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 21 (énfasis agregado).

⁵⁰⁷ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 23 (énfasis agregado).

⁵⁰⁸ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en 23.

de un tribunal de última instancia.⁵⁰⁹ Iniciar una acción civil contra NIFA, nueva y completamente separada, para exigir la devolución de los 1,57 millones de dólares pagados bajo la ahora anulada sentencia de la CNJ según la teoría del “pago sin causa”, claramente no es un paso dentro del camino ordinario del litigio NIFA contra MSDIA. El hecho de que una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional de Ecuador no hubiese podido proporcionar a MSDIA el recurso que intentaba procurar, en ausencia de un proceso para entablar una demanda completamente nueva con procedimientos completamente nuevos, hubiese hecho inefectiva la acción de la Corte Constitucional. Simplemente, no se requiere buscar una demanda nueva e independiente una vez que una sentencia final y ejecutable ha sido impuesta por el tribunal de última instancia.

451. **Segundo**, como explica el Profesor Oyarte, una acción civil separada contra NIFA, en la que teóricamente MSDIA hubiese intentado procurar la devolución de la sentencia de 1,57 millones de dólares bajo pago sin causa, o la teoría del enriquecimiento injusto, habría sido objeto de las defensas legales de NIFA y su resultado hubiese sido incierto y, por lo tanto, hubiese tomado años en resolverse.⁵¹⁰ Como explica Freeman, el requisito de agotamiento de los recursos locales está sujeto a limitaciones “racionales”, que excusan a un demandante de tener que entablar litigios perpetuos en los tribunales locales antes de poder buscar un recurso en un foro internacional:

“No se requiere que [un demandante] comience *una serie de litigios posiblemente interminables*, que tienen el propósito de corregir algún acto erróneo previo de un funcionario. La obligación de un extranjero de agotar los recursos municipales antes de solicitar la protección de su gobierno debe, como el Juez declaró, ‘entenderse de una manera racional, que dicha obligación no haga ilusorios los derechos de los extranjeros’”.⁵¹¹

452. **Tercero**, cualquiera de dichos procedimientos hubiera sido ineficaz a la luz del hecho de que NIFA no podría haber recibido la orden de mantener en depósito el importe de la sentencia del CNJ en espera de la resolución de la reivindicación de MSDIA para la recuperación de dichos importes.⁵¹² Como explica el Profesor Paulsson:

⁵⁰⁹ Ver abajo pars 461-471.

⁵¹⁰ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 23.

⁵¹¹ Documento probatorio CLM-320, A.V. Freeman, La responsabilidad internacional de los Estados en la denegación de justicia (1970), en 418-419 (énfasis agregado). El experto ecuatoriano, Profesor Amerasinghe, ha reconocido que el requisito de agotar los recursos locales no debería ser interpretado para solicitar a un demandante seguir largos e ineficientes recursos locales que, en efecto, limiten el acceso del demandante a un foro internacional. Ver Documento probatorio CLM-293, C. Amerasinghe, *La regla de los recursos locales en una perspectiva apropiada*, en 749 (“Es evidente que el gasto de tiempo y dinero están relacionados de forma directamente proporcional a la eficiencia de la justicia en este principio. Cuando las posibilidades de justicia efectiva son altas, es más razonable esperar que el extranjero gaste tiempo y dinero yendo a través del sistema municipal, aun cuando eventualmente pueda no estar satisfecho y se le requiera en última instancia buscar solución a nivel internacional. Por el contrario, cuando las posibilidades de justicia efectiva son bajas, es menos razonable esperar tal gasto de tiempo y dinero antes de que un extranjero aplique los procedimientos internacionales”).

⁵¹² Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 13, nota al pie 8 (en el que se explica que “una vez la sentencia [que es objeto de una acción extraordinaria de protección] sea ejecutada, la parte ganadora de una demanda legal no tiene obligación alguna de salvaguardar el dinero; dado que no hay medidas provisionales en una acción extraordinaria de protección, ninguna medida de salvaguarda puede ser dictada para garantizar alguna devolución posible del pago, en

“Ecuador no soluciona adecuadamente su denegación de justicia *al incitar a MSDIA a perseguir a NIFA para resarcir una parte de los daños forjados*

“El techo del problema acá es la naturaleza defectuosa de la sentencia de la CNJ y su incapacidad para posponer su ejecución. Para el momento en que la Corte Constitucional emitió su fallo, los bienes de MSDIA, una vez transferidos a NIFA, se habrían disipado o quedado fuera del alcance de MSDIA. Como Ecuador no proporcionó a MSDIA medios efectivos para recobrar los fondos pagados a NIFA y para borrar los otros daños causados por la denegación de justicia, contrajo responsabilidad internacional”.⁵¹³

453. **Cuarto**, claramente MSDIA no habría tenido razones para creer que obtendría un recurso efectivo al iniciar una nueva demanda legal contra el mismo adversario en la misma corte civil cuando todo indicaba que dichos tribunales civiles estaban parcializados a favor de NIFA y era bastante probable que hubiesen sido corrompidas en los procedimientos anteriores. Como se explica a continuación, el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones en el litigio NIFA contra MSDIA—los *mismos tribunales* en las que MSDIA habría tenido que litigar un presunto alegato de “enriquecimiento injusto” contra NIFA, sistemáticamente privó a MSDIA de su derecho al debido proceso y manipuló el registro probatorio para generar un resultado que fue favorable para NIFA.⁵¹⁴

454. El requisito de agotar los recursos locales no obliga al demandante a agotar recursos que muy probablemente generan un fallo desfavorable. Como *el propio experto de Ecuador*, Profesor Amerasinghe, ha reconocido:

“[P]ragmáticamente hablando, se espera que los litigantes no gasten tiempo y dinero llevando a cabo recursos disponibles, *si parece razonable más que altamente probable que no puedan tener éxito*. El argumento en el caso de extranjeros es aún más convincente. En su caso lo que está involucrado no es en realidad escoger entre invocar recursos o fallar completamente en asegurar la reparación al no invocar recursos, como es el caso con el litigante ordinario. Es una elección entre invocar recursos a ambos niveles, tanto local como internacional, y no invocar recursos a nivel local mientras se invocan recursos a nivel internacional que sí podrían resultar en una reparación adecuada”.⁵¹⁵

caso de que la sentencia haya sido dejada sin efecto por la Corte Constitucional”).

⁵¹³ Segundo Informe Pericial de Paulsson, en parágrafos 16-17 (énfasis agregado).

⁵¹⁴ Ver abajo, parágrafos 494-676.

⁵¹⁵ Documento probatorio CLM-293, C. Amerasinghe, *La regla de los recursos locales en una perspectiva apropiada*, en 752 (énfasis añadido). Ver también Documento probatorio CLM-347, D Mummery, *El contenido de la obligación de agotar los recursos locales*, 58. Am. J. Int'l L. 389,400-401 (1964) (“Por ejemplo, en una situación en la que el mejor consejo legal local sugiere que es ‘altamente improbable’ que el hecho de recurrir aún más a los recursos locales se traduzca en una disposición favorable para el demandante, la conclusión correcta puede ser que los recursos internos hayan sido agotados si el costo involucrado en seguir adelante es considerablemente mayor que la posibilidad de cualquier satisfacción resultante; de lo contrario, si poco o ningún problema o costo está involucrado en seguir adelante.”); Documento probatorio CLM-320, *Antoine Fabiani (no. 1) (Francia contra Venezuela)*, en Moore, *Arbitrajes*, Vol. IV, en 4904 (“Sería, en efecto, inaceptable solicitar a Fabiani declarar estos errores en la administración de justicia de los tribunales venezolanos activos, de los que durante años había exigido sin éxito la ejecución de una sentencia irreprochable y proporcionó el exequátur requerido por las leyes territoriales...”).

455. *Quinto*, y en cualquier caso, la supuesta capacidad del MSDIA para buscar en pleno los 1,57 millones de dólares de la sentencia en una *nueva* acción por enriquecimiento injusto no habría remediado el daño que sufrió MSDIA como consecuencia de la denegaciones de justicia cometidas por los tribunales de Ecuador en el litigio de NIFA contra MSDIA. Como explica el Profesor Paulsson (y como Ecuador *reconoce* en su Contra-memorial), los daños a MSDIA no se limitan a la sentencia de la CNJ, sino que también incluyen los considerables costes legales generados durante el litigio NIFA contra MSDIA.⁵¹⁶ Debido a que la Corte Constitucional carecía de la autoridad para adjudicar estos costes legales, o incluso para proporcionar una base para su recuperación a través de una acción posterior por enriquecimiento injusto, “[u]na medida extraordinaria... llevaba *a lo sumo* la promesa de abordar *parcialmente* el daño sufrido por MSDIA como resultado de la sentencia definitiva y ejecutable de la CNJ”.⁵¹⁷

456. Como explica el Profesor Paulsson:

“[A]ún cuando MSDIA hubiese podido recuperar de NIFA el monto total de la sentencia, seguirían quedando por fuera los costes legales innecesarios generados por las denegaciones de justicia de Ecuador. Dichos costes, como fue explicado anteriormente, *no podrían haber sido adjudicados por la Corte Constitucional*. ...

“[U]na acción extraordinaria no ofrecía la posibilidad de reparación adecuada para MSDIA luego de haber sido obligada a pagar a NIFA la sentencia de 1,57 millones de dólares. *Incluso la anulación hecha por la Corte Constitucional y la recaudación por parte de MSDIA del dinero pagado a NIFA, no habrían eliminado la responsabilidad de Ecuador por su denegación de justicia*”.⁵¹⁸

- (3) El sistema judicial de Ecuador carece notoriamente de independencia y es objeto de influencia impropia y corrupción.

457. Finalmente, una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional de Ecuador no hubiese proporcionado un recurso efectivo para MSDIA porque los tribunales ecuatorianos carecen notoriamente de independencia y son objeto de influencia impropia y corrupción. Todo indicaba que los tribunales civiles habían sido corrompidos por el adversario de MSDIA en el litigio NIFA contra MSDIA, y MSDIA no tenía razón alguna para creer que podría obtener una decisión justa e imparcial de la Corte Constitucional.

458. Los recursos locales no son “razonablemente disponibles” cuando hay una “carencia notoria de independencia”, como resultado de corrupción.⁵¹⁹ Como el Profesor Amerasinghe explica en su tratado sobre la responsabilidad del Estado:

“De acuerdo con el mismo principio de independencia, los tribunales ordinarios legalmente instituidos no serán de provecho como medio de adjudicación, si el poder judicial no es independiente. Así pues, *cuando los tribunales están atestados de jueces*

⁵¹⁶ Primer Informe Pericial de Paulsson, en par. 66; Segundo Informe Pericial de Paulsson, en par. 15.

⁵¹⁷ Segundo Informe Pericial de Paulsson, en par. 16 (énfasis agregado).

⁵¹⁸ Segundo Informe Pericial de Paulsson, en par. 15,18 (énfasis agregado).

⁵¹⁹ Documento probatorio CLM-99, J. Paulsson, Denegación de justicia en el derecho internacional (2005), en 118

*corruptos, aun cuando parezcan actuar de conformidad con las leyes municipales, habría una denegación de justicia o una ausencia de reparos”.*⁵²⁰

Citando el comentario a los Artículos en borrador sobre protección diplomática de la ILC, el Profesor Caflisch también observa que un demandante es eximido de la obligación de agotar los recursos locales cuando “los tribunales locales carecen manifiestamente de independencia”.⁵²¹

459. Como se explica en mayor detalle más adelante, cada nivel del sistema judicial de Ecuador es objeto de una corrupción penetrante, como numerosas organizaciones internacionales prominentes han reconocido.⁵²² En consecuencia, MSDIA, así como otros litigantes extranjeros en Ecuador, carece de razones para creer que una acción extraordinaria de protección sería fallada de manera no parcializada u honesta.⁵²³

460. Por lo tanto, como el Profesor Paulsson explica:

“[L]a inutilidad también puede ser establecida cuando un demandante puede demostrar que el sistema como un todo es defectuoso de origen, como que el demandante o su demanda no tenían posibilidad razonable de tener éxito. Si es acreditada, la descripción dada por MSDIA del sistema judicial de Ecuador como sistemáticamente corrupto y carente del debido proceso, considerada junto con las tribulaciones encaradas por MSDIA en este caso, podría soportar sus hallazgos de que ningún esfuerzo adicional de MSDIA en buscar un recurso en los tribunales ecuatorianos sería útil”.⁵²⁴

⁵²⁰ Documento probatorio CLM-292, C. Amerasinghe, Responsabilidad del Estado por daños a extranjeros (1967), en 99 (énfasis arregado). Ver también Documento probatorio CLM-293, C. Amerasinghe, *La regla de los recursos locales en una perspectiva apropiada*, 36 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 726, 757 (1976) (en el que se explica que “el prejuicio contra extranjeros, la corrupción o la ausencia de independencia judicial... lleva[...] a la decisión de exceptuar al demandante de agotar los recursos locales”). El principio de que un demandante no requiere agotar recursos locales corrompidos es consecuente con la regla más amplia de que un recurso local no es “efectivo” si invariablemente fallara de manera adversa al demandante extranjero. Ver, por ejemplo, documento probatorio CLM-260, *S.S. Lisman (Estados Unidos, Gran Bretaña)*, III RIAA 1767, en 1773-1774, 1793 (en el que se explica que el demandante no requiere agotar los recursos locales que “habría sido vano y tonto haber perseguido”, cuando la sentencia bajo apelación “habría sido inevitablemente afirmada”).

⁵²¹ Informe Pericial de Caflisch, en par. 16. En su informe, el Profesor Amerasinghe argumenta que la evidencia de MSDIA sobre la corrupción omnipresente en el sistema judicial de Ecuador es insuficiente para establecer que la Corte Constitucional no habría sido un recurso razonablemente disponible. Específicamente, el Profesor Amerasinghe demanda que la evidencia de tal corrupción debe ser particularizada al recurso local que el demandante no ha agotado. Informe Pericial de Amerasinghe, en par. 32. Este argumento carece de soporte y está errado. Ver Segundo Informe Pericial de Paulsson, en par. 19. De hecho, en el arbitraje de Robert E. Brown, el tribunal se basó en evidencias de corrupción sistemática para concluir que el demandante no necesitaba agotar recursos adicionales. Ver Documento probatorio RLM-39, *Estados Unidos de América contra Gran Bretaña (Robert E. Brown)*, Fallo, fechado 23 de noviembre de 1923, Vol. VI UNRIIAA 120 (1923), en 129. Los escritos del mismo Profesor Amerasinghe dejan claro que la evidencia sistemática de corrupción y otros defectos procesales es relevante para determinar si recursos adicionales serían inefectivos. Ver Documento probatorio CLM-295, C.F. Amerasinghe, *Recursos locales en el derecho internacional* (2004), en 210 (“[L]a ausencia del debido proceso de ley en el sistema legal del anfitrión o Estado acusado es *claramente* una buena excusa para no agotar recursos”.); *id.* en 208 (“[L]a ausencia de independencia de los tribunales ha sido sostenida para exceptuar al extranjero o demandante de recurrir a los tribunales”).

⁵²² Ver abajo pars. 677-725.

⁵²³ Ver abajo pars. 726-731.

⁵²⁴ Segundo Informe Pericial de Paulsson, en par. 19.

- b) En las circunstancias de este caso, no habría sido razonable solicitar a MSDIA proseguir con una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional de Ecuador.

461. Incluso aparte de la falta de efectividad de la Corte Constitucional, no sería razonable condicionar la responsabilidad del Ecuador por denegación de justicia en el agotamiento por parte de MSDIA de un remedio tangencial y extraordinario en la Corte Constitucional de Ecuador, seguido de un tercer pleito contra MSDIA para hacer efectivo cualquier juicio ganado allí, después de más de *nueve años* de litigio en los tribunales civiles del Ecuador. Como explica el Profesor Paulsson:

“La víctima de una denegación de justicia no está obligada a ... idear *aplicaciones indirectas o extravagantes más allá de la trayectoria normal de un intento frontal de tener la sentencia por la que fue tratada injustamente por un* lado, o que se le conceda el juicio que se le negó”.⁵²⁵

De hecho, por más de cien años, comentaristas y facultativos internacionales de relevancia, entre ellos A.V. Freeman y Stelio Sfériadès, han observado que los demandantes no requieren proseguir con recursos extraordinarios después de que una sentencia ha sido dictada en un tribunal de última instancia.⁵²⁶

462. Sin tales límites razonables en el requisito de agotar los recursos locales, los Estados podrían evadir la responsabilidad internacional de manera efectiva mediante la afirmación de la existencia de uno o más recursos oscuros que un demandante debe explorar, en tiempo y gastos considerables, antes de ser capaz de buscar en un foro internacional el alivio al que tiene

⁵²⁵ Documento probatorio CLM-99, J. Paulsson, Denegación de justicia en el derecho internacional (2005), en 113 (énfasis argegado). Como el Magistrado Schwebel reconoció en *Estados Unidos de América contra Italia*, el requisito de agotar los recursos locales está sujeto a “límites sensibles”: “[C]uando el fondo de las cuestiones de un caso ha sido litigado definitivamente en los tribunales de un Estado, la norma no requiere que esas cuestiones también hayan sido litigadas por la presentación de todos los argumentos jurídicos pertinentes que cualquier foro municipal podría haber sido capaz de aprobar”.) Documento probatorio CLM-282, *Estados Unidos de América contra Italia*, Informes ICJ, 15, pág. 94.

⁵²⁶ Documento probatorio CLM-320, A.V. Freeman, La responsabilidad internacional de los Estados por la denegación de justicia (1970), en 419; Documento probatorio CLM-370, S. Sfériadès, *Le Problème de L'accès des Particuliers a des Jurisdictions*

Internationales, en 51 Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye (1935), en 77 (“*no puede esperarse que los individuos agoten los recursos extraordinarios* que puedan ser reconocidos por nuestro Código de Procedimiento”). (énfasis agregado). Del mismo modo, en su comentario exhaustivo sobre el predecesor del Artículo 35 de la Convención Europea, que exige el agotamiento de los recursos locales como condición previa a la admisibilidad de una demanda, el Departamento de Derechos Humanos de la Comisión Europea ha explicado:

“Por otra parte, se ha acordado que *procedimientos extraordinarios* como civile requête (solicitud de nuevo juicio), *la prise partie (demanda en contra de un juez)*, recours en revision (solicitud de nuevo juicio en la causa penal), etc. *no están comprendidos en el ámbito de aplicación de [la] regla [del agotamiento de los recursos locales en virtud del derecho internacional consuetudinario]*.

“[La] regla [del agotamiento de los recursos locales en virtud del derecho internacional consuetudinario], por lo tanto, *sólo aplica para los recursos ordinarios* disponibles de acuerdo a la ley local para la parte perjudicada”.

Documento probatorio CLM-313, Comisión Europea de los Derechos Humanos, Nota del Departamento de Derechos Humanos referente al Artículo 26 de la Convención, fechado 5 de septiembre de 1955, en 12 (énfasis agregado).

derecho. Como explicó el árbitro en el arbitraje *Montano* (*Estados Unidos de América contra Perú*), al concluir que el demandante no estaba obligado a presentar una nueva acción contra el funcionario del gobierno (un alguacil), quien fue acusado de haber cometido una denegación de justicia:

“La obligación de un extraño de agotar los recursos que las naciones tienen para la obtención de la justicia, antes de solicitar la protección de su gobierno, debe ser entendida de una ***manera racional***, que dicha obligación no ***haga ilusorio el derecho del extranjero***”.⁵²⁷

463. La decisión en el arbitraje entre Estados Unidos y Egipto (el arbitraje “*Salem*”), que Freeman discute, es instructiva. En *Salem*, un ciudadano estadounidense alegó que una comisión egipcia de reclamaciones cometió denegación de justicia.⁵²⁸ Luego de que un tribunal egipcio de última instancia dictara sentencia contra el demandante estadounidense, Estados Unidos respaldó su demanda y presentó un arbitraje contra Egipto.

464. Egipto argumentó que el ciudadano estadounidense “aún no había agotado todos los recursos locales” porque no había introducido una *recours en requête civile* (una solicitud para reabrir) contra la decisión de la comisión de reclamaciones.⁵²⁹ Sin embargo, el tribunal denegó este argumento, al hacer notar que el demandante no requería agotar los recursos que “reabrirían un proceso previamente cerrado por un tribunal de última instancia”:

“Sin embargo, la regla de agotamiento de los recursos nacionales no es reconocida por la ley internacional como absoluta. Los tribunales internacionales que han lidiado con esta objeción la han sentenciado de acuerdo a las circunstancias. ... En este caso debe ser considerado que el *recours en requête civile* no es un recurso regular pero ***trata de reabrir un proceso que ya ha sido cerrado por una sentencia de última instancia. Como regla es suficiente si un demandante ha traído su demanda hasta la máxima instancia del sistema judicial***”.⁵³⁰

465. Como explica Christopher Dugan, el fallo *Salem* ilustra que” [p]ara que la regla de los recursos locales tenga una ***aplicación práctica***, los tribunales deberían tomar una ***vista realista*** del sistema judicial doméstico, siguiendo la estimación de la CIJ de que la labor de un

⁵²⁷ Documento probatorio CLM-251, *El caso Montano* (*Estados Unidos de América contra Perú*), Arbitrajes, Vol. II (1898), en 1630, 1637 (énfasis agregado).

⁵²⁸ Documento probatorio RLA-16, *Estados Unidos de América contra Egipto* (*Salem*), Fallo, fechado 8 de junio de 1932 U.N.R.I.A.A. 1161.

⁵²⁹ Documento probatorio RLA-16, *Estados Unidos de América contra Egipto* (*Salem*), Fallo, fechado 8 de junio de 1932 U.N.R.I.A.A. 1161.

⁵³⁰ Documento probatorio RLA-16, *Estados Unidos de América contra Egipto* (*Salem*), Fallo, fechado 8 de junio de 1932 U.N.R.I.A.A. 1161, 1189 (énfasis agregado). Ecuador se basa en un pasaje del libro del Profesor Amerasinghe, *Los recursos locales en el derecho internacional*, en el que el Profesor Amerasinghe cita el caso *Salem* por la proposición de que “[un] recurso para *recours en requête civile* con el fin de reabrir un proceso que ha sido finalizado en una sentencia en apelación... h[a] sido considerado como [un] recurs[o] que debió haber sido agotado”. Ver *Contra-Memorial de Ecuador*, en par. 201 (en el que se cita el Documento probatorio RLA-61, C. Amerasinghe, *Los recursos locales en el derecho internacional* (2da ed. 2004), en 183-189). Sin embargo, la interpretación de *Salem* del Profesor Amerasinghe está obviamente errada y es contradicha por el lenguaje pleno del fallo del tribunal en dicho caso.

demandante extranjero es *no agotar cada recurso teóricamente posible*".⁵³¹ A pesar de que el recours en requête civile en controversia en el caso Salem estaba claramente disponible y pudo potencialmente haber desocupado la sentencia adversa introducida por el tribunal de última instancia, el tribunal, sin embargo, sostuvo que el demandante no estaba obligada a agotarlo.

466. Acá, como los propios expertos de Ecuador reconocen, la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ contra MSDIA llevó a finalizar el litigio NIFA contra MSDIA, y dejó a MSDIA sin la capacidad de apelar la sentencia en alguna corte de instancia superior. Para que MSDIA pudiera impugnar colateralmente la sentencia de la CNJ en la Corte Constitucional, habría requerido introducir (en palabras de los expertos ecuatorianos) una "*acción separada e independiente*" contra la CNJ ante la Corte Constitucional.⁵³² Bajo el nombre de "acción extraordinaria de protección", esta acción separada e independiente habría sido "extraordinaria" en numerosos aspectos.

467. Como explica el profesor Oyarte, una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional habría enfrentado a MSDIA contra los jueces de la CNJ. NIFA, "la [otra] parte... en el litigio subyacente", no habría sido un demandado en el proceso ante la Corte Constitucional.⁵³³ Por otra parte, a diferencia de un recurso ordinario de apelación a la sentencia del CNJ, "[l]a Corte Constitucional no analiza los hechos de un caso, no evalúa pruebas y no interpreta la ley, *ni aplica la ley a los hechos del caso particular*".⁵³⁴

468. Una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional de Ecuador es similar a un alivio otorgado en el arbitraje *Salem*.⁵³⁵ Como explica el profesor Oyarte, la parte que una acción extraordinaria de protección busca reabrir procedimientos que ya han sido cerrados.

De haber sido concedida, una acción extraordinaria de protección tiene el efecto de reabrir un procedimiento judicial que ha llegado a término con el fin de salvaguardar derechos constitucionales... [L]a corte que emitió la decisión debe entonces decidir de

⁵³¹ Elemento probatorio CLM-309, C. Dugan, et al., Arbitraje inversionista-Estado (2008), en 363-364.

⁵³² Informe Pericial de Guerrero del Pozo, en par. 12 (énfasis agregado). Ver también Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 19 (en el que se explica que una acción extraordinaria de protección "es una *acción separada y no una apelación*"). (énfasis agregado).

⁵³³ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 8.

⁵³⁴ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 12 (énfasis agregado).

⁵³⁵ Ecuador argumenta que el tribunal en *Loewen contra Estados Unidos de América* "claramente contempla el recurso a jurisdicciones paralelas, por ejemplo, el procedimiento previsto en el Capítulo XI del Código de Bancarrota de los Estados Unidos". Contra-Memorial de Ecuador, en par. 200, nota al pie 311. Sin embargo, el tribunal de *Loewen* sólo indicó la circunstancia "en la que sería razonable esperar un demandante falto de dinero para introducir un recurso [de protección] bajo [la ley de bancarrota] *a manera de ejercer un derecho de apelación disponible*". Elemento probatorio RLA-55, *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen contra Estados Unidos de América*, ICSID caso número ARB(AF)/98/3, Fallo, fecha do 26 de junio de 2003, en par. 209 (énfasis agregado). Por lo tanto, el tribunal de *Loewen* consideró lo razonable de los procedimientos de garantía sólo en el contexto de considerar la justificación alegada por el demandante al no agotar un recurso directo. *Id. Loewen* no soporta el argumento de Ecuador de que sería razonable requerir de un recurso para tal recurso de garantía adicional a, y después de, todas las apelaciones directas que han sido introducidas y perdidas ante un tribunal de última instancia.

nuevo el caso sin cometer las violaciones constitucionales destacadas por la Corte Constitucional”.⁵³⁶

469. En una acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional no puede hacer más que reabrir el caso e instruir que sea sentenciado de nuevo. En otras palabras, la Corte Constitucional carece de las facultades de revisión de un tribunal ordinario. El alcance limitado de una acción extraordinaria de protección es consistente con el hecho de que la Corte Constitucional no es ni siquiera una parte del sistema judicial de Ecuador. Como explica el profesor Oyarte:

“[L]a CNJ es el tribunal de mayor instancia de la rama judicial del gobierno, [pero la Corte Constitucional] **no pertenece a ninguna de las ramas del gobierno**. Es un órgano separado de las ramas judicial, legislativa y administrativa o gubernamental, y actúa como un control constitucional sobre las otras ramas”.⁵³⁷

470. Como consecuencia, la Corte Constitucional no ejerce ninguna “autoridad o toma de decisión sobre estas otras ramas”.⁵³⁸ Como explica el profesor Oyarte:

“De acuerdo con esta función limitada, bajo ninguna circunstancia puede la Corte Constitucional ordenar o instruir a la CNJ sobre cómo fallar en un caso. Como la misma Corte Constitucional ha dicho, esto significaría no sólo ejercer una autoridad jurisdiccional que no posee, sino que también violaría el principio de independencia judicial – que establece que una rama judicial es independiente de las otras ramas de gobierno, incluso de la Corte Constitucional”.⁵³⁹

471. En resumen, no se puede esperar que MSDIA vaya *fuera* de la rama judicial de Ecuador para agotar un proceso totalmente nuevo en una Corte que ni siquiera ejerce autoridad de apelación sobre los tribunales que sistemáticamente denegaron justicia a MSDIA. Esto es especialmente cierto cuando, como el mismo experto de Ecuador admite, se habría requerido que MSDIA llevara a cabo **otros procedimientos, en otros tribunales, para tener alguna posibilidad de dar** efecto a una sentencia potencialmente favorable en la Corte Constitucional. Luego de más de **nueve años** de litigio en los tribunales de Ecuador, está claro que no hubiera sido razonable requerirle más años de litigio continuo, en múltiples procedimientos en múltiples tribunales, antes de permitir a MSDIA valerse de los derechos a los que está titulado bajo el Tratado.

* * * * *

472. En resumen, Ecuador no tiene una seria defensa ante la demanda de MSDIA de que la sentencia de 1,57 millones de dólares de la sentencia de la CNJ fue una denegación de justicia. La CNJ encontró a MSDIA responsable de competencia desleal, a pesar de las reiteradas renunciaciones expresas de NIFA sobre el cargo de competencia desleal y a pesar de que ambas partes habían acordado expresamente que los tribunales civiles no tenían jurisdicción sobre tal

⁵³⁶ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 9.

⁵³⁷ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 10 (énfasis agregado).

⁵³⁸ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 10.

⁵³⁹ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 11.

demanda. La CNJ impuso responsabilidad a MSDIA bajo los estatutos de que no puede ser ni había sido interpretada para procurar una base para competencia desleal y sin procurar a MSDIA una notificación o una oportunidad para ser escuchada. Adicionalmente, la CNJ no corrigió las violaciones al debido proceso que MSDIA había sufrido en los tribunales de menor instancia, sino que por el contrario, adoptó las conclusiones de hecho de esos tribunales, lo que perpetúa esas denegaciones de justicia.

473. Ecuador hace sólo dos esfuerzos reales para defender la decisión de la CNJ. Su primer esfuerzo – insistir en que la reducción de la CNJ de la indemnización por daños de 150 millones de dólares a 1,57 millones de dólares fue una victoria de grandes proporciones para MSDIA que remedió las violaciones en los tribunales de menor instancia⁵⁴⁰– obviamente no es una respuesta. La noción de que no hay daño en una sentencia de siete cifras impuesta sin el debido proceso de ley – o de que una sentencia de tal magnitud puede ser impuesta sin importar los principios de igualdad y procesos regulares – es obviamente insostenible. El hecho es que una sentencia sustancial fue impuesta sin notificación ni oportunidad para ser escuchada. Eso es denegación de justicia.

474. El segundo esfuerzo de Ecuador – sugiriendo que MSDIA no agotó los recursos locales en Ecuador porque no inició una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional de Ecuador⁵⁴¹ (seguida por una tercera acción buscando todavía recobrar el dinero que MSDIA había sido erróneamente obligado a pagar) – ignora la naturaleza y las limitaciones de proceder bajo las leyes ecuatorianas. La sentencia de la CNJ fue final, ejecutable y no apelable ante ninguna otra corte en Ecuador, Ecuador obligó a MSDIA a pagarla en su totalidad. Por ende, no era necesario mayor agotamiento de recursos para que MSDIA invocara sus derechos bajo el Tratado. Más aún, una acción en la Corte Constitucional de Ecuador habría sido colateral, contra los jueces de la CNJ y no contra NIFA, y no podría haber proporcionado a MSDIA la solución que buscaba. Por eso no había un recurso efectivo o razonable que MSDIA pudiese proseguir.

5. La decisión de la Corte Constitucional fue manifiestamente irracional y expone a MSDIA a daños adicionales.

475. El memorial de MSDIA se enfocó en la denegación de justicia resultante de la sentencia de 1,57 millones de dólares. Como se discutió anteriormente, al momento en que MSDIA introdujo su memorial, esa sentencia, que fue emitida por el tribunal de mayor instancia en Ecuador, ya había sido ejecutada contra MSDIA, y MSDIA ya había pagado la citada sentencia. Pero, como luego resultó ser, la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ no era el final de la historia en el litigio de NIFA contra MSDIA.

476. Posterior al pago de los 1,57 millones de dólares de la sentencia de la CNJ por parte de MSDIA, NIFA introdujo una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional de Ecuador. La acción extraordinaria de protección de NIFA era una nueva acción legal, iniciada contra los jueces de la CNJ que habían emitido la sentencia de 1,57 millones de dólares a favor de NIFA, en la que NIFA aseveró que el panel de la CNJ había violado los derechos constitucionales de NIFA al reducir el monto de la indemnización por daños de 150 millones de

⁵⁴⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 280.

⁵⁴¹ Contra-Memorial de Ecuador, Sección V.

dólares a 1,57 millones de dólares. En concordancia con la ley procesal ecuatoriana, NIFA sólo nombró a los jueces de la CNJ como la contra parte en ese procedimiento; MSDIA no era una de las partes.

477. El 16 de enero de 2013, la Corte Constitucional admitió la acción extraordinaria de protección de NIFA, y el 12 de marzo de 2014, la Corte Constitucional emitió una decisión a favor de NIFA, con la anulación de la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ. La Corte Constitucional restableció la sentencia de 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones contra MSDIA y devolvió el caso a un nuevo panel de jueces de la CNJ para reconsiderar las peticiones de casación de las partes.

478. Como asunto inicial, ya que los tribunales de Ecuador obligaron a MSDIA a pagar la sentencia final impuesta por la CNJ, y ya que el fallo de la Corte Constitucional no (tal como bajo la leyes ecuatorianas no podía) obligó a NIFA a devolver los fondos,⁵⁴² su decisión para anular la decisión de la CNJ no soluciona la denegación de justicia a MSDIA ni remedia el daño causado por dicha denegación de justicia. De hecho, el fallo deniega aún más la justicia a MSDIA al exponerla a una segunda sentencia de 150 millones de dólares por el mismo alegato por el que ya se le ha declarado responsable y se le ha obligado a pagar daños y perjuicios.

479. La conducción de la Corte Constitucional en la acción extraordinaria de protección de NIFA fue irracional e ilustra aún más la parcialidad sistemática contra MSDIA que impregna todos los niveles de los tribunales ecuatorianos. Adicionalmente, la decisión de la Corte Constitucional refleja que las decisiones de esa corte son tan susceptibles de influencia impropia como – y no más capacitadas para seguir el estado de derecho que – los tribunales civiles ecuatorianos. La decisión de la acción extraordinaria de protección de NIFA es plena confirmación de que MSDIA no puede recibir un recurso efectivo de parte de ningún nivel de sistema judicial ecuatoriano.

480. La acción extraordinaria de protección de NIFA alegó que la CNJ violó los derechos constitucionales de NIFA al reducir el monto de la indemnización por daños de 150 millones de dólares a 1,57 millones de dólares.⁵⁴³ En su petitorio, NIFA solicitó a la Corte Constitucional que volviera a evaluar la evidencia y estableciera una nueva indemnización por daños:

“Con el fin de reparar plenamente los derechos constitucionales de NIFA SA, *le pido a la Corte fijar una compensación monetaria* de acuerdo con los daños causados a mi cliente, una compensación que debe ser calculada *con base en la evidencia debidamente revisada* en el proceso, desde la que el objetivo de los parámetros se puedan extraer con el fin de establecer su cantidad”.⁵⁴⁴

481. Bajo la ley ecuatoriana, el cálculo de los daños monetarios no es gobernado por los principios constitucionales, sino por las disposiciones de las leyes civiles regulares. La evaluación incorrecta de evidencia por parte de un tribunal o el cálculo incorrecto de daños no es

⁵⁴² Documento probatorio C-285, Fallo de la Corte Constitucional.

⁵⁴³ Documento probatorio C-205, Acción extraordinaria de protección de NIFA, Corte Constitucional, fechado 19 de noviembre de 2012.

⁵⁴⁴ Documento probatorio C-205, Acción extraordinaria de protección de NIFA, Corte Constitucional, fechada 19 de noviembre de 2012.

una violación constitucional. Como explica el profesor Oyarte, por tanto, tales errores no están sujetos a la revisión de la Corte Constitucional: “La Corte Constitucional no es una cuarta instancia que puede volver a valorar la evidencia, y mucho menos reemplazar la sentencia impugnada con otra”.⁵⁴⁵ La solicitud de NIFA de que la Corte Constitucional volviera a valorar la evidencia y estableciera una nueva indemnización por daños era, por tanto, totalmente impropia bajo las leyes ecuatorianas.

482. Debido a que la solicitud de NIFA estaba fuera de la jurisdicción de la Corte Constitucional y era inconsistente con la ley ecuatoriana, la acción extraordinaria de protección de NIFA no debió haber sido admitida, y la Corte Constitucional debió haber ejercido su discreción para negarse a escuchar la acción extraordinaria de protección de NIFA. El profesor Oyarte explica que la solicitud de NIFA hizo “*su demanda totalmente inadmisibile, y es sorprendente que dicha demanda haya sido admitida*”.⁵⁴⁶ Mientras que un mero error jurídico por parte de la Corte Constitucional no sería, en sí mismo, una denegación de la justicia en el derecho internacional, la decisión de la Corte de admitir la acción extraordinaria de Protección de NIFA era tan manifiestamente carente de fundamento legal que indica serios defectos - y una ausencia de imparcialidad - en el funcionamiento de la Corte Constitucional.

483. No sólo fue decisión de la Corte Constitucional admitir para revisión la acción extraordinaria de protección de NIFA manifiestamente sin fundamento jurídico, sino que su decisión sobre los méritos de la acción extraordinaria de Protección de NIFA también era manifiestamente irracional. La Corte Constitucional anuló la sentencia de 1,57 millones de dólares de la CNJ, porque supuestamente la sentencia de la CNJ hizo referencia a un memorándum que no estaba en el expediente de las actuaciones de los tribunales inferiores.

484. El memorándum en cuestión, Memorándum No. 1942-DP-DPP, fue emitido por el Consejo de la Judicatura Ecuatoriano (“CDLJ”) en mayo de 2012, luego de que la decisión del tribunal de apelaciones había sido emitida y mucho después de la clausura del período probatorio en dicho tribunal. En el Memorándum No. 1942-DP-DPP, el CDLJ reportó entre sus hallazgos que uno de los expertos señalados por el tribunal, el Sr. Cristian Cabrera —quien emitió el informe pericial de los daños en el cual el tribunal de apelaciones otorgó una indemnización de 150 millones de dólares a NIFA—no estaba calificado para ser un experto en daños.⁵⁴⁷ El CDLJ encontró que erróneamente había emitido una acreditación como experto en daños al Sr. Cabrera “debido a un error involuntario por falta de información”.⁵⁴⁸ El memorándum del CDLJ explicó que por esa razón el CDLJ estaba suspendiendo la acreditación del Sr. Cabrera como experto en daños.⁵⁴⁹

⁵⁴⁵ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 54.

⁵⁴⁶ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 54 (énfasis agregado).

⁵⁴⁷ El memorándum del CDLJ concluyó que el Sr. Cabrera sólo estaba calificado para ser perito en “contabilidad y auditoría”.

⁵⁴⁸ Documento probatorio C-63, Memorándum de Wilson Rosero Gómez, Jefe de Recursos Humanos, a Iván Escandón, Director provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, fechado 31 de mayo de 2012; Elemento probatorio C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA contra MSDIA*, fechado 21 de septiembre de 2012, sección 16.5.

⁵⁴⁹ Documento probatorio C-63, Memorándum de Wilson Rosero Gómez, Director Nacional de Personal, a Iván Escandón, Director provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, fechado 31 de mayo de 2012.

485. El Memorandum No. 1942-DP-DPP obviamente era relevante para la revisión de la decisión del tribunal de apelaciones por parte de la CNJ. La Corte Constitucional sostuvo que la CNJ no debió haber considerado el memorandum del CDLJ, porque no podía considerar evidencia que no estaba en el expediente de las actuaciones de los tribunales inferiores. El pronunciamiento de la Corte Constitucional no tiene sentido y es contrario a la ley ecuatoriana.

486. *Primero*, es evidente de cara a la sentencia de la CNJ que la referencia de la CNJ al Memorandum No. 1942-DP-DPP no era relevante para su decisión. La CNJ había rechazado de lleno el cálculo en daños por 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones por razones independientes, incluso antes de referirse al memorandum del CDLJ. En particular:

a. En el párrafo 16.2, la CNJ rechaza la indemnización por daños del tribunal de apelaciones, que estaba basada en el informe pericial del Sr. Cabrera, por ser descaradamente absurda y carente de soporte, y destaca que el monto de la indemnización era “¡¡equivalente a cien (100) veces el valor de la planta industrial objeto de la fallida negociación!! ... carece de toda proporción”.⁵⁵⁰

b. La CNJ encontró que la base de la responsabilidad de MSDIA era un acto de competencia desleal, no una violación antimonopolio. El cálculo de la indemnización hecho por el Sr. Cabrera estaba basado en una supuesta violación a la ley antimonopolio.⁵⁵¹ El rechazo por parte de la CNJ del análisis de daños del Sr. Cabrera surgió de su decisión sobre responsabilidad, entre otras cosas.

c. En el párrafo 16.3, la CNJ señaló que el Sr. Cabrera “hizo un cálculo de daños y perjuicios tomando en cuenta las proyecciones de ventas a futuro, basado en la producción y costos de ventas” del mercado completo de genéricos farmacológicos en Ecuador. Luego, en el párrafo 16.6, la CNJ explica que ese enfoque fue un error: “[U]na vez más se puede ver cómo la sentencia de tribunales menores confunde ‘Ley Antimonopolio’ con un caso que corresponde a un asunto de ‘Ley de Competencia Desleal’, usando un parámetro nacional de ventas de productos genéricos para un caso en particular, con el factor agravante de que ni siquiera se refiere a la venta de una droga en específico, sino más bien a las ventas de una planta industrializada como ha sido expuesto innumerables veces”.

487. Ecuador está de acuerdo con que la decisión de la CNJ de rechazar el informe del Sr. Cabrera no tuvo relación alguna con el memorandum del Consejo de la Judicatura. Como explica Ecuador en su Contra-memorial, la CNJ “rechazó el informe de los cálculos de daños” en el reporte del Sr. Cabrera “basado en que este se fundamenta en un parámetro que no [tiene] relación alguna ni con [NIFA] ni con [MSDIA]”, pero sí con un análisis del mercado de

⁵⁵⁰ Documento probatorio C-203, Sentencia de la CNJ, NIFA contra MSDIA, fechada 21 de septiembre de 2012, sección 16.2 (que sostiene que la indemnización por daños del tribunal de apelaciones era “¡¡equivalente a cien (100) veces el valor de la planta industrial objeto de la fallida negociación!! ... carece de toda proporción”.)

⁵⁵¹ Documento probatorio C-45, Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, introducido ante el Tribunal de Apelaciones, NIFA contra MSDIA, pág. 10.

farmacéuticos genéricos relacionado con la base de la ley antimonopolio de la decisión del Tribunal de apelaciones que... la CNJ ya había rechazado anteriormente en su decisión”.⁵⁵²

488. En resumen, la decisión de la CNJ deja claro que la CNJ no descartó el informe del Sr. Cabrera por el Memorándum No. 1942-DP-DPP. En cambio, la CNJ determinó que el cálculo por daños del tribunal de apelaciones, y el informe del Sr. Cabrera en el que confió, estaba basado en una teoría legal errada y era de origen inverosímil.

489. **Segundo**, la CNJ no trató el Memorándum No. 1942-DP-DPP como una evidencia. Dicho memorándum, obviamente, no podía ser usado para aprobar o desaprobado la extensión de daños pretendidos por NIFA.⁵⁵³ Más bien, el memorándum sólo es pertinente a la pregunta de qué peso la CNJ debería dar a una pieza de evidencia que estaba en el expediente, a saber, el informe pericial del Sr. Cabrera. El Memorándum No. 1942-DP-DPP, que ni siquiera existía al momento de la decisión del tribunal de apelaciones, contiene información importante sobre la evidencia en la cual se basó la decisión del tribunal de apelaciones.

490. De hecho, es absurdo sugerir que el CNJ no podía considerar la información que posteriormente salió a la luz que muestra que la base probatoria para la decisión del tribunal de apelaciones no es fiable. Cabe destacar que la Corte Constitucional no encontró fallas con la conclusión del CDLJ de que el Sr. Cabrera no está calificado para servir como perito de cálculo daños, pero la Corte Constitucional, sin embargo, devolvió el caso a la CNJ e instruyó a la CNJ para que obviara el hecho de que el Sr. Cabrera no está calificado y que su informe no es fiable. Éste es un resultado absurdo.

491. Bajo estas circunstancias, la referencia de la CNJ al Memorándum N ° 1942-DP-DPP no podría haber constituido una violación de manera verosímil de los derechos constitucionales de NIFA, mucho menos una violación “grave”, como se requiere por la ley ecuatoriana para que la Corte Constitucional decidiera al menos admitir una acción extraordinaria de protección para su consideración por méritos, y mucho menos otorgar indemnización.⁵⁵⁴

492. La sentencia irracional de la Corte Constitucional una vez más expone a MSDIA a la sentencia del tribunal de apelaciones de indemnizar a NIFA con 150 millones de dólares alegando violaciones antimonopolio por parte de MSDIA. Como se discute en la Sección D más adelante, la sentencia del tribunal de apelaciones – que Ecuador básicamente ha admitido es indefensible – era el resultado de muy serias violaciones al debido proceso y corrupción judicial flagrante y es, indiscutiblemente, una denegación de justicia. Como explica el profesor Paulsson:

⁵⁵² Contra-Memorial, en par. 284 (que cita el Documento probatorio C-203, Sentencia de la CNJ, NIFA contra MSDIA, de fecha 21 de septiembre de 2012, en párrafos 16.4, 16.6.)

⁵⁵³ Como explica el profesor Oyarte: “Hacer referencia a este memorándum en la sentencia no significa que la CNJ lo valoró como evidencia, porque valorar una evidencia pasa por verificar, probar o corroborar la verdad o falsedad de los argumento planteados durante el juicio. Nada en la sentencia indica que la División de Casación usó el memorándum para verificar, probar o corroborar el monto de los daños”. Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 57.

⁵⁵⁴ Segundo Informe Pericial de Oyarte, en par. 53 (un requisito para la admisión de una acción extraordinaria de protección es que esa admisión “cure una violación grave a los derecho[s] constitucionales”).

“Obviamente la anulación de la decisión de la CNJ no procura reparo a MSDIA. Debido a que significa la posibilidad de otra sentencia firme y ejecutable y no puede proporcionar una compensación completa por los daños a MSDIA derivados de la primera sentencia firme y ejecutable, la anulación de hecho agrava la situación”.⁵⁵⁵

493. Bajo el pretexto de remediar una supuesta violación de los derechos constitucionales de NIFA, la Corte Constitucional ha dado efecto a violaciones genuinas y flagrantes de los derechos constitucionales de MSDIA. La Corte Constitucional fue aparentemente imperturbable ante la perspectiva de imponer una indemnización de 150 millones de dólares por daños y perjuicios contra MSDIA, hecha sin referencia a ninguna evidencia ofrecida por MSDIA y apoyada sólo por un informe de un “experto” elaborado por alguien a quien el mismo poder judicial ecuatoriano ha determinado no es un experto. Como se señaló anteriormente, el absurdo de los resultados en la Corte Constitucional es notable evidencia de que el proceso en ese tribunal, al igual que el proceso a cualquier otro nivel en el caso NIFA contra MSDIA, era profundamente defectuoso y carente de imparcialidad.

C. *La sentencia de 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones es una denegación de justicia.*

494. El Memorial de MSDIA estableció que ningún tribunal honesto y competente podría haber llegado a las decisiones del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones en el caso *NIFA contra MSDIA*, que impusieron a MSDIA pagar a NIFA 200 millones de dólares y 150 millones de dólares respectivamente por los supuestos de daños y perjuicios debido a lucro cesante.⁵⁵⁶ Como se señaló anteriormente, la decisión de la CNJ de revocar la sentencia del tribunal de apelaciones determinó que la sentencia del tribunal de apelaciones “carecía de todo fundamento jurídico en la legislación ecuatoriana y era ilógica y desproporcionada.

495. El fallo ha sido readmitido y MSDIA, una vez más, se enfrenta a una sentencia de 150 millones de dólares que es manifiestamente irracional, que carece de todo fundamento jurídico o de los hechos, que fue el producto de procedimientos con errores graves en los tribunales inferiores y que, obviamente, fue influenciado por la corrupción judicial.

496. En su Contra-Memorial, Ecuador ni siquiera trata de defender el contenido de la sentencia del tribunal de apelaciones (o, para el caso, la sentencia del tribunal de primera instancia). En particular, Ecuador no ofrece ninguna justificación legal o de hechos a la adjudicación del tribunal de apelaciones de **150 millones de dólares** en daños y perjuicios por la venta fallida de una planta de fabricación de 1,5 millones de dólares a una empresa con sólo 2.165 dólares en ganancias anuales.⁵⁵⁷ Tampoco Ecuador hace ningún esfuerzo para defender, o incluso abordar, la conclusión del tribunal de apelaciones de que MSDIA era responsable de una violación antimonopolio a pesar de la ausencia de una ley antimonopolio en Ecuador al momento del litigio subyacente.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Segundo Informe Pericial de Paulsson, pág. 11, nota al pie 24.

⁵⁵⁶ Memorial de MSDIA, en párrafos 53-61, 118-126.

⁵⁵⁷ Memorial de MSDIA, en par. 126.

⁵⁵⁸ Memorial de MSDIA, en párrafos 118, 42, -43.

497. En cambio, como se establece a continuación, Ecuador ignora o reconoce las tres bases fundamentales de la demanda de MSDIA con respecto al fallo del tribunal de apelaciones. En particular, éstos son, tal como se establece en el Memorial de MSDIA, (i) la irracionalidad manifiesta de las conclusiones del tribunal de apelaciones sobre responsabilidad por daños y perjuicios, que son evidencia de un procedimiento profundamente defectuoso, (ii) las irregularidades procesales significativas en los procedimientos en los tribunales de menor instancia, que negaron a MSDIA la oportunidad de ser escuchado y condujeron a un registro probatorio contaminado y parcializado, y (iii) la abrumadora evidencia de la corrupción en el sistema judicial de Ecuador, incluso con respecto a los jueces que fueron responsables de las sentencias del litigio *NIFA contra MSDIA*.

498. **Primero**, el fallo del tribunal de apelaciones era tan manifiestamente irracional que probablemente ningún tribunal honesto y competente hubiese podido haber llegado a esa decisión. Las conclusiones del tribunal sobre la responsabilidad y los daños y perjuicios son evidencia de que el tribunal se vio influenciado por el sesgo y la corrupción y no se apegó al estado de derecho.⁵⁵⁹

499. Ecuador no hace ningún esfuerzo en absoluto por defender el contenido de la sentencia del tribunal de apelaciones y no niega que la sentencia careciera de una posible base jurídica y de hecho. Ecuador anuncia la decisión de la CNJ, que criticó duramente la aplicación por parte del tribunal de apelaciones de una teoría inexistente de responsabilidad antimonopolio y el cálculo de una indemnización por daños “desproporcionada”.⁵⁶⁰ Sin embargo, como se ha explicado anteriormente, la confianza de Ecuador en la sentencia de la CNJ fue mal aconsejado, a la luz de la posterior reincorporación del fallo del tribunal de apelaciones por parte de la Corte Constitucional.⁵⁶¹

500. **Segundo**, las actuaciones de los tribunales de instancias menores violaron sistemáticamente los derechos al debido proceso de MSDIA bajo el derecho internacional, incluso su derecho a un juicio justo, su derecho a presentar pruebas en su defensa y su derecho a ser escuchado en los elementos de hecho y de derecho de la demanda de NIFA. Entre otras irregularidades graves, el tribunal de primera instancia recibió el testimonio de la **único testigo de los hechos** presentada por NIFA sin la presencia de un abogado de MSDIA, y el tribunal de apelaciones ignoró arbitrariamente las opiniones de los expertos altamente acreditados **que nombró** cuando sus opiniones favorecieron a MSDIA y, en su lugar, los reemplazó con una nueva lista de expertos no calificados cuyas opiniones no se le permitió refutar a MSDIA. Ecuador no cuestiona (ni puede cuestionar) que estas irregularidades en los tribunales de menor instancia socavaron los derechos de MSDIA y evidenciaron la parcialidad inadmisibles en los tribunales.

501. **Tercero**, la evidencia convincente de la corrupción sistemática en los tribunales civiles de Ecuador, junto con la evidencia de que los actores específicos involucrados en el litigio *NIFA contra MSDIA* tienen una historia de corrupción judicial, confirma que las violaciones procesales y las decisiones manifiestamente irracionales en ese caso no eran el resultado de un error

⁵⁵⁹ Ver MSDIA, Memorial, en 273-275.

⁵⁶⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 76.

⁵⁶¹ Ver arriba en parágrafos 475-493.

judicial. Ecuador no coincide con algunas de las autoridades específicas en las que MSDIA confía, pero Ecuador no puede negar que hay una abrumadora cantidad de evidencia de la corrupción judicial en Ecuador. No ofrece evaluaciones independientes que lleguen a una conclusión diferente. Ni podría, cuando el propio Presidente de Ecuador y otros funcionarios citan rutinariamente la corrupción judicial como un problema profundo que requiere amplias reformas judiciales.

502. La única respuesta verdadera de Ecuador a la sentencia del tribunal de apelaciones en su Contra-Memorial fue decir que la decisión no fue relevante porque había sido subsanada por la decisión de la CNJ.⁵⁶² Ahora que Ecuador ha perdido esa línea de defensa, su último argumento restante será un reciclaje de su estribillo de que la sentencia del tribunal de apelaciones no es una decisión” final “del tribunal de mayor instancia de Ecuador. Sin embargo, como veremos más adelante, luego de más de diez años de litigio en los tribunales de Ecuador, y después de haber visto a los tribunales de todos los niveles del sistema judicial de Ecuador denegar la justicia a MSDIA y emitir decisiones que están motivados por el prejuicio y la influencia indebida en lugar del estado de derecho, y después de haber pagado una “decisión definitiva” impuesta sin el debido proceso sólo para ser objeto de otra 100 veces mayor, MSDIA claramente no tiene ningún recurso efectivo ante los tribunales de Ecuador. Por lo tanto, MSDIA ha agotado sus recursos en Ecuador, y es libre de perseguir sus recursos bajo la jurisdicción internacional por la denegación de justicia resultante del fallo de 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones.

1. La sentencia del tribunal de apelaciones fue manifiestamente irracional.

503. Según lo establecido en el Memorial de MSDIA, la ahora resucitada sentencia del tribunal de apelaciones (al igual que la sentencia del tribunal de primera instancia anterior a ésta) era manifiestamente irracional. Dicha sentencia encontró a MSDIA responsable bajo una teoría de responsabilidad antimonopolio, a pesar de que Ecuador no tenía ley antimonopolio, y adjudicó a NIFA **150 millones de dólares** por daños y perjuicios por lucro cesante que NIFA supuestamente habría obtenido si MSDIA hubiera optado por vender a NIFA, y no a otro licitador, su planta de fabricación Chillos Valley, que fue valorada por las partes en sólo 1,5 millones de dólares.⁵⁶³

504. En su Contra-Memorial, Ecuador no niega que no hay ninguna base concebible para la adjudicación del tribunal de apelaciones de 150 millones de dólares por daños y perjuicios. Ecuador tampoco niega que no había ninguna base en la legislación ecuatoriana para que MSDIA fuera considerada responsable de conformidad con los principios de antimonopolio, a la luz de la ausencia de **alguna** ley antimonopolio en Ecuador. En lugar de apoyar la indemnización por daños y perjuicios del tribunal de apelaciones o su razonamiento jurídico, Ecuador cita con aprobación, y en varias ocasiones, la conclusión de la CNJ de que la adjudicación del tribunal de apelaciones por daños y perjuicios era totalmente infundada como una cuestión de derecho y que era “desproporcionada” a cualquier medida imaginable de supuestos por daños y perjuicios a NIFA.⁵⁶⁴

⁵⁶² Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos 384-389.

⁵⁶³ Memorial de MSDIA, en par. 118-126.

⁵⁶⁴ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 76.

505. Ecuador tampoco niega que la irracionalidad manifiesta de la sentencia del tribunal de apelaciones es evidencia independiente y decisiva de que MSDIA sufrió una denegación de justicia. Como se explica en *Mondev contra Estados Unidos de América*, en la cual se basa Ecuador, una decisión “claramente inapropiada y vergonzosa” por parte de un tribunal nacional sirve como prueba convincente de que un inversionista extranjero ha sufrido una denegación de justicia.⁵⁶⁵ De hecho, el propio experto de Ecuador, el profesor Amerasinghe, ha reconocido que una denegación de justicia “se produce cuando una sentencia manifiestamente injusta se ejecuta contra un litigante que será sometido a un trato discriminatorio o arbitrario”.⁵⁶⁶

506. Como explica Sir Gerald Fitzmaurice:

“Una sentencia injusta puede, y a menudo, *conllevar efectivamente una fuerte evidencia de que el tribunal fue deshonesto, o más bien plantea una fuerte presunción de falta de honradez*. Incluso puede proporcionar pruebas concluyentes, si la injusticia es suficientemente flagrante, por lo que la sentencia es de un tipo que posiblemente ningún tribunal honesto y competente podría haber dado”.⁵⁶⁷

507. En este caso, es indiscutible que ningún tribunal honesto o competente podría haber llegado a la indemnización desproporcionadamente masiva por daños impuesta por el tribunal de apelaciones o su imposición de responsabilidad como una cuestión de una ley antimonopolio inexistente.

- a) La indemnización por daños del tribunal de apelaciones fue manifiestamente irracional.

508. Como explica el profesor Paulsson en su Informe pericial, “el excesivo y desproporcionado fallo por daños y perjuicios en el juzgado de primera instancia y el tribunal de apelaciones son una indicación de que el proceso de NIFA contra MSDIA representó la antítesis del debido proceso”.⁵⁶⁸ Como se explicó anteriormente, Ecuador no refuta (y en su lugar *reconoce*) que la adjudicación excesiva por daños y perjuicios del tribunal de apelaciones es motivo para determinar una denegación de justicia.

509. Según lo establecido en el Memorial de MSDIA, la adjudicación del tribunal de apelaciones por lucro cesante de 150 millones de dólares fue:

- a. casi **70.000 veces** las ganancias totales del querellante de 2.165 dólares en 2002;⁵⁶⁹
- b. **100 veces** la valuación de la planta hecha por las partes, como se reflejó en un precio de compra propuesto de 1,5 millones de dólares;⁵⁷⁰ y

⁵⁶⁵ Documento probatorio RLA-54, *Mondev Int'l Ltd. contra Estados Unidos de América*, CIADI, caso número ARB(AF)/99/2, Fallo, fechado 11 de octubre de 2002, en par. 127.

⁵⁶⁶ Documento probatorio CLM-295, C.F. Amerasinghe, *Recursos locales en el derecho internacional* (2004), en 90.

⁵⁶⁷ Documento probatorio CLM-316, G. Fitzmaurice, *El significado del término denegación de justicia*, 13 Brit. Y.B. Int'l L. 93, 112-113 (1932) (énfasis agregado).

⁵⁶⁸ Primer Informe Pericial de Paulsson, en par. 47.

⁵⁶⁹ Documento probatorio C-20, Informe de Rolf Stern, Tribunal de apelaciones NIFA contra MSDIA, fechado 4 de junio de 2009, en 26 (traducción al inglés en 28).

c. cerca de **10 veces** el **total de las ventas** del mercado farmacéutico genérico de todo Ecuador en 2002, que fue sólo 20,4 millones de dólares (las **ganancias** totales de todos los fabricantes de farmacéuticos genéricos sobre ventas que habrían sido una fracción de ese monto).⁵⁷¹

510. En pocas palabras, ningún tribunal honesto y competente podría haber concluido que la conducta de MSDIA causó a NIFA una pérdida de ganancias de 150 millones de dólares.⁵⁷² De hecho, la evidencia más inverosímil y optimista que NIFA ofreció para soportar la extensión del supuesto daño que sufrió, y la única evidencia que el tribunal de primera instancia citó en apoyo de su adjudicación por daños y perjuicios, era un “plan de negocios” elaborado por NIFA en octubre de 2002 con el fin de obtener financiamiento para la compra. El “plan de negocios” de NIFA prevé que el beneficio agregado total que NIFA podría ganar de la planta de MSDIA entre 2003 y 2012 sería de 12,9 millones dólares, menos de 1,3 millones de dólares por año.⁵⁷³

511. El “plan de negocios” de NIFA fue construido bajo supuestos claramente irreales, que incluyen que NIFA gozaría de ventas significativas de Rofecoxib, lo que habría violado los derechos de propiedad intelectual de MSDIA, y lograría un margen de utilidad que excedía el beneficio máximo del 20% permitido por las leyes ecuatorianas que regulan el precio de los medicamentos.⁵⁷⁴ Pero incluso el excesivamente optimista plan de NIFA, que constituyó su

⁵⁷⁰ Documento probatorio C-5, Resumen de la reunión entre MSDIA y NIFA, fechado 20 de noviembre de 2002 (cuando se establece un precio potencial de compra de 1,5 millones de dólares); Documento probatorio C-6, correo electrónico de Miguel García, Gerente General de NIFA, para Edgardo Jaén (Staubach), fechado 25 de noviembre de 2002 (en el que se indica el acuerdo de García con el resumen de MSDIA); Documento probatorio C-10, Demanda de NIFA, NIFA contra MSDIA, Tribunal de primera instancia, fechado 16 de diciembre de 2003, en 6 (en el que se menciona el acuerdo de las partes en la reunión en Panamá).

⁵⁷¹ Documento probatorio C-20, Informe de Rolf Stern, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de apelaciones, fechado 4 de junio de 2009, en 15 (traducción al inglés en 16) (en el que se calculan las ganancias de mercado ecuatorianos de farmacéuticos genéricos en 2002).

⁵⁷² La indemnización de **200 millones de dólares** otorgada por el tribunal de primera instancia era, por supuesto, mucho más desproporcionada que cualquier medida racional de las supuestas pérdidas de ganancia de NIFA.

⁵⁷³ Documento probatorio C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de apelaciones, fechado 4 de junio de 2009, en 3-4 (en el que se resumen las inverosímiles suposiciones del plan de negocios de NIFA). En el tribunal de apelaciones, la **única** evidencia que NIFA introdujo para soportar su demanda por daños y perjuicios fue una hoja de cálculo electrónica que contenía “datos de mercado” y supuestas proyecciones de venta que NIFA dijo que habían sido preparadas por la compañía de investigación de mercados IMS-Ecuador. Como se expone en el Memorial de MSDIA, el “informe” de IMS-Ecuador que tenía NIFA no estaba certificado, inconsistente con los datos certificados que IMS-Ecuador había proporcionado a MSDIA previamente, e indicaba a primera vista que la mayoría de sus datos habían sido proporcionados por NIFA, no por IMS-Ecuador. Ver Memorial de MSDIA, en pars. 81-84. Pero aun dejando de lado todos sus defectos, el “informe” de IMS-Ecuador para NIFA concluyó que NIFA sólo tenía 28 millones de dólares en ventas perdidas. Aunque el cálculo era absurdamente alto, esas ventas adicionales habrían resultado en menos de 1 millón de dólares en pérdidas de beneficios al margen de utilidad histórico de NIFA. Documento probatorio C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, introducido en el Tribunal de apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, fechado 4 de junio de 2009, en 22 (traducción al inglés en 19). (cálculo de margen de utilidad anual de NIFA basado en las declaraciones de impuestos de NIFA introducidas en el registro del tribunal ecuatoriano). Al aplicar el margen de utilidad promedio entre 2003 y 2006 de 3,2% en pérdidas de ventas a 28 millones de dólares, se traduce en un lucro cesante de tan sólo menos de 900.000 dólares.

⁵⁷⁴ Primera declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 43; Documento probatorio C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, introducido ante el NIFA contra MSDIA, Tribunal de Apelaciones, 15 de julio de 2011, en pág. 25 (traducción al inglés en 21); Documento probatorio C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 4 de junio de 2009, en 3-4 (en las que se resumen las suposiciones

principal evidencia de daños y perjuicios, se ubicó en **137 millones de dólares** por debajo de la indemnización adjudicada por el tribunal de apelaciones (y **187 millones de dólares** por debajo de 200 millones de dólares de la indemnización adjudicada por el tribunal de primera instancia en la demanda de lucro cesante).⁵⁷⁵ Ni el tribunal de apelaciones ni el tribunal de primera instancia hicieron esfuerzo alguno en explicar la disparidad entre la indemnización adjudicada por daños y la evidencia aducida por NIFA.

512. Ecuador no discute que la indemnización de 150 millones de dólares otorgada por el tribunal de apelaciones, que ahora ha sido rehabilitada por la Corte Constitucional de Ecuador, es completamente indefendible y constituye una denegación de justicia. En ninguna parte de las 257 páginas de su Contra-Memorial, Ecuador hace el más mínimo intento para argumentar que la adjudicación por daños y perjuicios era sostenible de alguna manera. La adjudicación por daños y perjuicios del tribunal de apelaciones es, por sí sola, tan indignante y, en palabras de la CNJ, carente de proporciones que establece, en sí mismo, que MSDIA era objeto de denegación de justicia.

- b) El hallazgo del tribunal de apelaciones de que MSDIA cometió una violación antimonopolio es irracional y contrario a todos los principios aceptados de la ley antimonopolio.

513. Ecuador tampoco cuestiona que la aplicación en el tribunal de apelaciones de una teoría legal antimonopolio que **no existía bajo las leyes ecuatorianas** fue una denegación de justicia. Como explica el profesor Paulsson:

“Salidas sorprendentes de los patrones establecidos de razonamiento o resultados, **o la aparición repentina de una regla de hecho y derecho cuando ninguna había existido**, debe ser visto con el mayor escepticismo si su efecto es el de desventaja a un extranjero”.⁵⁷⁶

514. Como se explica más adelante, Ecuador no cuestiona que no hubiesen leyes antimonopolio vigentes en Ecuador al momento en que MSDIA y NIFA establecieron negociaciones para la venta de la planta (es decir, al momento de la conducta en que el tribunal pretendía la sanción). Por otra parte, aún si hubiera habido una ley de antimonopolio vigente, la supuesta aplicación del tribunal de primera instancia de los principios de la ley antimonopolio estaba completamente divorciada de los principios ampliamente aceptados de la ley antimonopolio. De hecho, ningún tribunal competente que aplique los principios reconocidos del derecho antimonopolio podría haber mantenido a MSDIA como responsable tomando en cuenta esa base.

- (1) No había ley antimonopolio en Ecuador al momento de las negociaciones entre MSDIA y NIFA.

irreales del plan de negocios de NIFA).

⁵⁷⁵ Documento probatorio C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 4 de junio de 2009, en 3--4 (en el que se resumen las inverosímiles suposiciones del plan de negocios de NIFA).

⁵⁷⁶ Documento probatorio CLM-174, J. Paulsson, *Denegación de justicia en el derecho internacional* (2005), en 200 (énfasis agregado).

515. El Artículo 244, Numeral 3, de la Constitución Política de Ecuador de 1998, que estaba vigente al momento de las negociaciones entre MSDIA y NIFA, estipula una política a favor de la libre competencia, y dirigió al gobierno para promulgar la legislación:

“Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, fomentar la libre competencia y sancionar, de acuerdo con la ley, prácticas monopólicas y otras prácticas que lo impiden y distorsionen”.⁵⁷⁷

516. El texto mismo del artículo 244 (3) deja claro que el artículo 244 (3) no establece por sí mismo las normas de antimonopolio dentro de Ecuador, sino más bien dirige al gobierno a hacerlo a través de la legislación. Como explica el experto en ley antimonopolio de MSDIA, Dr. Andrés Calderón López:

“La Constitución de 1998 reconoció la libre competencia como uno de los objetivos de la política económica de Ecuador. Sin embargo, no establecía la política antimonopolio; por ejemplo, la definición específica de los lineamientos de lo que constituiría una conducta anti-competitiva ilícita y punible. Por el contrario, proveía que el Estado debía establecer leyes que linearan los parámetros y las consecuencias de violarlos”.⁵⁷⁸

517. Sin embargo, como describe en detalle el informe del Dr. Calderón, en los años siguientes a la adopción de la Constitución de 1988, “ninguna ley que definiera una conducta anti-competitiva o estableciera los parámetros legales para la libre competencia estaba vigente en Ecuador”.⁵⁷⁹

518. En 2002, el año que comenzaron las negociaciones entre MSDIA y NIFA, la legislación de Ecuador trató y fracasó en dos oportunidades en su intento por promulgar leyes antimonopolio.⁵⁸⁰ Comentaristas en sus narraciones en 2003, el año en que NIFA inició su demanda legal contra MSDIA, notaron estos fracasos en la promulgación de leyes, y comentaron que “Ecuador todavía no tiene un marco institucional dirigido a combatir prácticas anti-competitivas y promover la competencia”.⁵⁸¹

519. Como el Dr. Calderón explica en detalle, el mismo Ecuador confirma en múltiples oportunidades que no había ley antimonopolio vigente en Ecuador entre 2000 y 2005, en el contexto de las discusiones entre los Estados miembros de la Comunidad Andina y en propuestas posteriores para establecer parámetros anti-monopólicos internos en Ecuador.⁵⁸²

⁵⁷⁷ Documento probatorio CLM-183, Constitución de la República de Ecuador de 1998, art. 244.

⁵⁷⁸ Informe Pericial de Calderón López, en par. 13.

⁵⁷⁹ Informe Pericial de Calderón López, en par. 14.

⁵⁸⁰ Informe Pericial de Calderón López, en párrafos 15-16.

⁵⁸¹ Informe Pericial de Calderón López, en par. 17 (en el que se cita el CLM-314, Fallo, Alejandro y Eduardo Quintana. “Construyendo una estrategia común: el derecho de la competencia en la comunidad andina”, en THEMIS 47, 2003, en 190).

⁵⁸² Informe Pericial de Calderón López, en párrafos 19-24; Documento probatorio C-227, Informe de la segunda reunión de los expertos gubernamentales en libre competencia de la Comunidad Andina, 3 de marzo de 2000, en 11; Documento probatorio C-228, Informe de la tercera reunión de los expertos gubernamentales en libre competencia de la Comunidad Andina, 13 de noviembre de 2001, en 7; Documento probatorio C-9, Informe de la cuarta reunión de los expertos gubernamentales en libre competencia de la Comunidad Andina, 1ro de agosto de 2003, en 2; Documento probatorio C-13, Carta del Dr. Oswaldo Molestina Zavala, Ministro de Comercio Exterior,

520. La discusión de Ecuador de una posible adopción de leyes antimonopolio culminó en Decreto Ejecutivo del 14 de marzo de 2009, en el que el presidente de Ecuador, Rafael Correa, anunció la creación de una autoridad de competencia de Ecuador y la adopción de las normas antimonopolio por primera vez en Ecuador, a través de la incorporación de una norma existente de la Comunidad Andina.⁵⁸³ En dicho decreto, el Presidente Correa declaró que “*Ecuador no tenía una regulación interna para la protección de la competencia económica*” tampoco en 2005 o al momento del decreto.⁵⁸⁴

521. No fue sino hasta Octubre de 2011 que Ecuador promulgó regulaciones antimonopolio internas a través del proceso legislativo normal.⁵⁸⁵

522. Por tanto, es perfectamente claro, y es indiscutido por Ecuador en este arbitraje que, al momento de las negociaciones entre NIFA y MSDIA para la venta de la planta de MSDIA, Ecuador no tenía ley antimonopolio, y no había reglas antimonopolio vigentes dentro del país. La aceptación en el tribunal de apelaciones de una sentencia contra MSDIA que impusiera responsabilidad por una supuesta violación de la ley antimonopolio, por ende, careció de todo basamento en la ley ecuatoriana y fue una denegación de justicia.

(2) La sentencia del Tribunal de Apelaciones era contraria a cualquier principio reconocible de ley antimonopolio.

523. Debido a que no había ley antimonopolio vigente en Ecuador, no había base en la cual atribuir responsabilidad a MSDIA por supuestas violaciones antimonopolio. Pero así hubiese habido tal ley, la supuesta aplicación de normas antimonopolio por parte del tribunal de apelaciones no puede ser reconciliada con ningún principio de ley antimonopolio reconocido tal como son ampliamente reconocidos alrededor del mundo. Ningún tribunal competente que aplique los principios reconocidos del derecho antimonopolio podría haber responsabilizado a MSDIA tomando en cuenta esa base. Como deja claro el informe del Dr. Calderón, el tribunal de apelaciones fracasó incluso en identificar, mucho menos aplicar, algunos de los principios antimonopolio más básicos reconocidos en otros sistemas judiciales.

524. Es importante notar que MSDIA no está alegando que el tribunal de apelaciones aplicó los principios antimonopolio incorrectamente. Más bien, el punto de MSDIA es que el tribunal no identificó o aplicó en absoluto ningún principio legal posiblemente aplicable. Éste no es un alegato de error jurídico; es un alegato de falta absoluta del estado de derecho y una decisión arbitraria, presuntamente corrupta.

525. A diferencia del tribunal de primera instancia, que había sugerido que aparentemente MSDIA había abusado de una posición dominante en el *mercado farmacéutico* ecuatoriano,⁵⁸⁶ el

Industrialización, Pesca y Competitividad de Ecuador, para Allan Wagner, Secretario General de la Comunidad Andina, 11 de mayo de 2005.

⁵⁸³ Informe Pericial de Calderón López, en par. 25; Documento probatorio C-19, Decreto Ejecutivo No. 1614 de la República del Ecuador, 14 de marzo de 2009.

⁵⁸⁴ Informe Pericial de Calderón López, en par. 25; Documento probatorio C-19, Decreto Ejecutivo No. 1614 de la República del Ecuador, 14 de marzo de 2009, en 1 (énfasis agregado).

⁵⁸⁵ Informe Pericial de Calderón López, en par. 13; Documento probatorio CLM-195, Ley orgánica de regulación y control del poder de mercado, fechada 13 de octubre de 2011.

⁵⁸⁶ Informe Pericial de Calderón López, en par. 63. Como explica el Dr. Calderón, la conclusión del tribunal de

tribunal de apelaciones concluyó que MSDIA abusó de una posición dominante en el *mercado de bienes raíces del Ecuador*. Como explica el experto en ley de competencia de MSDIA, Dr. Calderón, el análisis del tribunal de apelaciones en apoyo a esta conclusión no puede aplicarse incluso a los preceptos más básicos de la ley antimonopolio.⁵⁸⁷

526. Primero, la conclusión del tribunal de que MSDIA tenía una posición dominante en el mercado inmobiliario comenzó de la presunción no probada de que “el único producto (sin sustitutos)” en el mercado relevante al asunto “era precisamente la planta industrial específica que fue puesta en venta por MSDIA”.⁵⁸⁸ Como explica el Dr. Calderón, el razonamiento de la Corte en este sentido es irreconciliable con los principios de antimonopolio generalmente aceptados, ya que un enfoque de este tipo, por definición, siempre daría lugar a una declaración de responsabilidad:

“[D]esde la perspectiva del derecho de la competencia, el análisis de sustituibilidad no debe incluir sólo las características o condiciones del activo demandado por un consumidor en particular, sino más bien las características de acuerdo a las necesidades de cualquier consumidor razonable. Cuando se aplica al caso específico, la pregunta no debería ser: ¿Qué condiciones requiere un edificio a manera de que NIFA pueda competir en el mercado farmacéutico? Sino más bien: **¿qué condiciones requiere un edificio para que una empresa farmacéutica eficiente pueda competir en el mercado?** Este principio es esencial para la ley de competencia, ya que sin él, todos los demandantes tendrían libertad para definir su propio mercado especializado relevante, no obstante y sin razón, de una manera que garantizaría que el litigio prevalecería”.⁵⁸⁹

527. Más aún, con el fin de llegar a esta conclusión, el tribunal de apelaciones “asumió que no era posible construir una nueva planta farmacéutica, o convertir una estructura existente para ese uso”:

“Pero las plantas industriales farmacéuticas no son elementos que se encuentran en la naturaleza. Por el contrario, son el resultado de una inversión, una decisión de negocios

primera instancia careció de esencia alguna. Entre otros errores de ley, el tribunal de primera instancia no hizo esfuerzo alguno en definir la relevancia del mercado en el que MSDIA supuestamente sostuvo y abusó su supuesta posición “dominante”, un “*error básico de la ley de competencia*”. *Id.* En par 45. Asimismo, el tribunal de primera instancia violó “normas de la ley de competencia tal como se entienden en cualquier parte del mundo” al no analizar bien si MSDIA tenía una posición dominante en cualquier mercado pertinente o si la conducta de MSDIA afectó la *competencia* en el mercado, un error que “ninguna autoridad judicial competente aplicando la Ley Competición haría”, *id.* En 106-109. El tribunal de primera instancia también llegó a conclusiones de hecho que eran rotundamente contrarias a los hechos indiscutibles en el expediente, por lo que sugiere que MSDIA tenía poder de mercado para excluir productos de NIFA del mercado farmacéutico ecuatoriano (a pesar de que MSDIA tenía una cuota de mercado de apenas el 3% del mercado farmacéutico ecuatoriano en 2002) y que MSDIA utilizó ese poder para evitar que NIFA compitiera legalmente en cualquier mercado concebible (aunque MSDIA no impidió o interfirió, en modo alguno, con la expansión de los negocios de NIFA, o con la capacidad de NIFA para introducir nuevos productos, comprar otras instalaciones o construir sus propias instalaciones). Documento probatorio C-35, Informe de Diego Petrecolla, Tribunal de Apelaciones NIFA contra MSDIA, fechado 10 de marzo de 2011, en 7-8. En cualquier caso, los principios antimonopolio no podían haber impuesto ninguna obligación en absoluto a MSDIA para vender su planta, mucho menos a NIFA.

⁵⁸⁷ Informe Pericial de Calderón López, en par. 50.

⁵⁸⁸ Informe Pericial de Calderón López, en par. 50.

⁵⁸⁹ Informe Pericial de Calderón López, en par. 55. (énfasis en el original).

para construir una estructura con los condiciones físicas y técnicas necesarias para la producción farmacéutica. Así, en la misma forma como la construcción de una nueva casa para residir es una alternativa a la compra de una casa ya existente, un sustituto natural para la compra de una planta industrial existente consiste en la construcción de una nueva”.⁵⁹⁰

528. Como explica el Dr. Calderón, él no ha identificado un solo caso en cualquier parte del mundo “en el que la venta de una planta industrial en particular, haya sido considerada en sí misma como un mercado de referencia”.⁵⁹¹ Esto se debe a que “[e]l alto [grado de] competencia en el mercado de bienes raíces hace que sea inconcebible que un edificio en general, o una fábrica en particular, puedan ser considerados como insustituibles y, por tanto, como un mercado de referencia en sí mismo”.⁵⁹² En opinión del Dr. Calderón, “ningún tribunal competente, imparcial, que aplique correctamente los principios del derecho de competencia, podría haber llegado a esta conclusión”.⁵⁹³

529. Dr. Calderón explica, además, que el hallazgo del tribunal de apelaciones de que MSDIA tenía una posición dominante es igualmente incompatible con los principios básicos de la legislación antimonopolio, y los resultados de una cascada de errores jurídicos y de lógica:

530. Primero, “porque la Corte ya había restringido incorrectamente el mercado de referencia a una sola pieza de bienes raíces”, concluyó que MSDIA controlaba el 100% del mercado de referencia.⁵⁹⁴

531. Segundo, a pesar de su enfoque en el *mercado de bienes raíces*, el tribunal procedió a describir el supuesto poder de MSDIA en el *mercado farmacéutico*. Como explica el Dr. Calderón, “inconsistencia del tribunal ... se manifiesta con la delimitación del mercado de referencia y la consideración de las circunstancias de un mercado diferente con el fin de definir la existencia de una posición de dominio”.⁵⁹⁵

532. Por último, el tribunal concluye que el hecho del poder de mercado de MSDIA no requiere pruebas, al afirmar que MSDIA “es una empresa multinacional de gran poder económico, que opera en todo el mundo y tiene un volumen de ventas enorme. La capacidad y la fuerza del acusado es un hecho que no requiere prueba, ya que es de dominio público”.⁵⁹⁶ Como explica el Dr. Calderón, “[e]s impactante desde una perspectiva de derecho de la competencia que un Tribunal simplemente asuma que el acusado poseía una posición dominante sin analizar las pruebas pertinentes a esa conclusión”.⁵⁹⁷ De nuevo, él no conoce ningún otro caso en el

⁵⁹⁰ Informe Pericial de Calderón López, en par. 53.

⁵⁹¹ Informe Pericial de Calderón López, en par. 58.

⁵⁹² Informe Pericial de Calderón López, en par. 58.

⁵⁹³ Informe Pericial de Calderón López, en par. 60.

⁵⁹⁴ Informe Pericial de Calderón López, en par. 65.

⁵⁹⁵ Informe Pericial de Calderón López, en par. 69.

⁵⁹⁶ Documento probatorio C-4, Sentencia del NIFA contra MSDIA, Tribunal de Apelaciones, con fecha del 23 de septiembre de 2011, en 13-14.

⁵⁹⁷ Informe Pericial de Calderón López, en par. 70.

mundo en el cual un tribunal, reclamando la aplicación de los principios de la ley de libre competencia, haya hecho tal hallazgo.⁵⁹⁸

533. En su Contra-Memorial, Ecuador sostiene que el tribunal de apelaciones actuó correctamente al suponer que MSDIA tenía un poder de mercado importante, ya que tenía el poder de “confiar en la información disponible al público” en virtud del Artículo 27 del Código Orgánico de Funcionamiento Judicial, que establece: “Los jueces sólo toman decisiones basados en los materiales proporcionados por las partes. No se requiere prueba de hechos públicos y notorios porque el juez puede declararlas como parte del expediente para llegar a su decisión”.⁵⁹⁹

534. El argumento de Ecuador es erróneo. En particular, el tribunal de apelaciones no identificó el Artículo 27 como base para su decisión de asumir el hecho en disputa sobre el poder de mercado de MSDIA. No hay ninguna base en el expediente o en la sentencia del tribunal para concluir que el tribunal ejercía alguna autoridad supuesta bajo esta disposición y, por lo tanto, el argumento de Ecuador parece ser un esfuerzo de racionalización a posteriori.

535. En dado caso, el Artículo 27 no habría proporcionado una base legal bajo la ley ecuatoriana en la que el tribunal hubiese podido asumir un hecho en disputa que comprenda un elemento de la demanda, como el hecho que de MSDIA hubiese poseído o no poder dominante de mercado. El Artículo 27 requiere que el tribunal decida el caso basado en la evidencia introducida por las partes, pero otorga una excepción limitada a la regla por hechos públicos indiscutibles, “hechos que son conocidos por todos, y no están sujetos a debate o diferentes opiniones”.⁶⁰⁰

536. El Artículo 27 no permite que un tribunal asuma que un hecho, como el poder de mercado de MSDIA, constituya un elemento de disputa de un reclamo.⁶⁰¹ Como el Dr. Jaime Ortega (experto en derecho procesal ecuatoriano) explica: “[C]iertamente, el Artículo 27 no exige al demandante de tener que probar los puntos clave de su demanda”.⁶⁰² Más aún, lejos de “no requerir pruebas”, la abrumadora evidencia en el expediente, incluso evidencia proveniente de los mismos expertos señalados por el tribunal, mostró que MSDIA *no* tenía poder dominante de mercado.⁶⁰³

537. Por último, sobre la base de las premisas erróneas descritas anteriormente, el tribunal de apelaciones concluyó que la supuesta negativa de MSDIA en vender su planta de fabricación violaba los principios antimonopolio ya que la planta constituye una “instalación esencial”.⁶⁰⁴

⁵⁹⁸ Informe Pericial de Calderón López, en par. 70.

⁵⁹⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 499.

⁶⁰⁰ Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 78; Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 53.

⁶⁰¹ Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 78; Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 53.

⁶⁰² Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 53.

⁶⁰³ La evidencia en el expediente (y el dominio público) estableció de manera concluyente que el mercado farmacéutico ecuatoriano era altamente competitivo y que, lejos de poseer un poder de mercado desproporcionado, MSDIA sólo tenía una cuota de mercado del 3% en el mercado farmacéutico ecuatoriano en 2002 (al momento de la transacción en cuestión). Documento probatorio C-35, Informe de Diego Petrecola, NIFA contra MSDIA, Tribunal de Apelaciones, fechado 10 de marzo de 2011, en 7-8.

⁶⁰⁴ Documento probatorio C-4, Sentencia del NIFA contra MSDIA, Tribunal de Apelaciones, fechado 23 de septiembre de 2011, en 12.

Como el Dr. Calderón explica, la aplicación por parte del tribunal de la llamada “doctrina de la facilidad esencial” también era contraria a los principios básicos de la legislación antimonopolio.

538. La doctrina de las instalaciones esenciales es una teoría específica de legislación antimonopolio que sostiene que un participante del mercado que controla ciertos insumos indispensables para una actividad comercial debe permitir el acceso a los insumos, incluso a sus propios competidores en el mercado. Un insumo se considera una “instalación esencial” “sólo cuando es imposible o extremadamente difícil la duplicación de las instalaciones existentes, ya sea porque es física o jurídicamente imposible de duplicar, o porque una segunda instalación no es económicamente viable en el sentido de que no generaría suficientes ingresos para cubrir sus costos”.⁶⁰⁵

539. Por lo tanto, la doctrina de las instalaciones esenciales se asocia principalmente con “industrias con redes y mercados con condiciones que son propias de un monopolio natural”, tales como los servicios públicos, donde los costos y las barreras de entrada hacen que sea económicamente inviable replicar la inversión que un operador dominante hizo inicialmente en un recurso.⁶⁰⁶ Como resultado, la solución para bloquear el acceso a una “instalación esencial” no es una venta forzada (que no abordaría el problema), sino que es, normalmente, una orden para que la instalación se comparta en condiciones razonables.⁶⁰⁷

540. Como explica el Dr. Calderón, la aplicación por parte del tribunal de apelaciones de la doctrina de las instalaciones esenciales a la planta de fabricación MSDIA se basó en la suposición absurda “de que [la] planta de MSDIA era indispensable para la participación en el mercado de producción farmacéutica”.⁶⁰⁸ El tribunal de apelaciones no procuró ningún soporte para esa conclusión.⁶⁰⁹

541. De hecho, como el Memorial de MSDIA describe en detalle, el expediente contenía numerosas pruebas, no refutadas de que NIFA tenía varias alternativas disponibles con las cuales se podría haber ampliado su capacidad de producción después que las negociaciones con MSDIA fracasaron.⁶¹⁰ Dr. Calderón no pudo identificar ningún caso en ninguna jurisdicción “en el que un edificio como una planta industrial haya sido considerado como una instalación esencial”.⁶¹¹

542. En definitiva, el tribunal de apelaciones, al igual que el tribunal de primera instancia antes de ese, pretendió atribuir a MSDIA la responsabilidad bajo una teoría que no tenía ninguna base en la ley ecuatoriana, o las leyes de cualquier otro país, y que no encontró soporte en el expediente. Ningún tribunal justo e imparcial podría haber confirmado la demanda de NIFA.

⁶⁰⁵ Informe Pericial de Calderón López, en par. 85 (en el que se cita el Documento probatorio CLM-310, Comisión Europea, Documento de trabajo de Dirección General de Competencia sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado a las exclusiones abusivas. Bruselas, diciembre de 2005, en par. 229 en pág. 635).

⁶⁰⁶ Informe Pericial de Calderón López, en par. 88.

⁶⁰⁷ *Ver, por ejemplo*, Documento probatorio CLM-22, *MCI Communications contra. American Tel. & Tel. Co.*, 708 F.2da 1081, 1132-33 (7ma Cir. 1983) (en el que se solicita a un proveedor de telecomunicaciones que permita el acceso a la red de servicio local, sobre el que mantuvo un monopolio, a los competidores en servicio de larga distancia).

⁶⁰⁸ Informe Pericial de Calderón López, en par. 86.

⁶⁰⁹ Informe Pericial de Calderón López, en par. 87.

⁶¹⁰ *Ver, por ejemplo*, Memorial de MSDIA, en párrafos 78, 101.

⁶¹¹ Informe Pericial de Calderón López, en par. 89.

2. Los procedimientos del tribunal de primera instancia violaron el derecho al debido proceso de MSDIA

543. El Memorial de MSDIA estableció que los procedimientos en el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones fueron marcados por violaciones graves y reiteradas de los derechos de MSDIA al debido proceso. Dichas violaciones incluyen, entre otras:

- a. la falla del tribunal de primera instancia en permitir que el abogado de MSDIA asistiera al interrogatorio del único testigo de los hechos de NIFA (en cuyo testimonio el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones se basaron);
- b. el rechazo del tribunal de apelaciones, sin explicación, de los informes bien razonados preparados por expertos bien acreditados designados por el tribunal;
- c. la sustitución, por parte del tribunal de apelaciones, de esos expertos por un segundo equipo de expertos designados por el tribunal, que carecían de las credenciales pertinentes, que fueron nombrados en circunstancias muy irregulares y sin justificación, y cuyo testimonio no se le permitió a MSDIA impugnar;
- d. la negativa injustificada del tribunal de apelaciones para considerar cualquiera de las pruebas presentadas o invocadas por MSDIA, y la consideración de sólo las pruebas presentadas por NIFA; y
- e. la falla del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones en proporcionar a MSDIA la notificación oportuna de las decisiones importantes.

544. Estas actuaciones del tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones fueron calculadas para negar a MSDIA la oportunidad de ser escuchada y de presentar su defensa en los tribunales ecuatorianos. Los tribunales manipularon transparentemente el expediente de los hechos para excluir o ignorar la evidencia a favor de MSDIA y evitar que MSDIA impugnara las pruebas invocadas por NIFA. Lo hicieron con el fin de crear un expediente de hechos en el que podían confiar para fundamentar un hallazgo predeterminado de responsabilidad contra MSDIA

545. Por lo tanto, como el Profesor Paulsson explicó en su primer Informe pericial, a MSDIA se le denegó en varias ocasiones la justicia en el curso de estas actuaciones irregulares en el litigio de NIFA contra MSDIA.⁶¹² El derecho internacional no permite a los tribunales nacionales “ignorar abiertamente[...]” las “reglas de procedimiento... *en perjuicio manifiesto al extranjero*”.⁶¹³ Pero eso es precisamente lo que el tribunal apelaciones y tribunal de primera instancia hicieron, mediante la manipulación de sus propias normas de procedimiento, en un esfuerzo para privar a MSDIA la oportunidad de refutar las “pruebas” en su contra o para tener su propia evidencia considerada por los tribunales. Como explican los comisionados en el caso *Chattin*:

⁶¹² Primer Informe Pericial de Paulsson, en párrafos 35-38.

⁶¹³ Documento probatorio CLM-166, J. Irizarry y Puente, El Concepto de “denegación de justicia” en América Latina, 43 Mich. L. Rev. 383, 403-404, (1944).

“La irregularidad de los procesos judiciales se prueba con referencia a la ausencia de investigaciones adecuadas, la insuficiencia de confrontaciones, la negación de ofrecer la oportunidad a los acusados de conocer todos los cargos que se le imputan, la demora injustificada de los procesos, haciendo las audiencias públicas una mera formalidad, y una *ausencia continua de seriedad por parte de la Corte*”.⁶¹⁴

546. El Contra-Memorial de Ecuador argumenta que las violaciones procesales señaladas por MSDIA son las decepciones ordinarias de cualquier litigante sin éxito.⁶¹⁵ Ecuador también sugiere que el abogado del MSDIA en ese procedimiento era responsable de muchas de las decisiones de los tribunales sobre las pruebas.⁶¹⁶ Como veremos más adelante, y como fue abordado en detalle en la respuesta a las declaraciones de testigo por parte del Dr. Ponce Martínez (abogado de MSDIA en el litigio NIFA contra MSDIA) y el Informe pericial del Dr. Ortega, no hay base para ninguna de estas afirmaciones.

547. El expediente del litigio NIFA contra MSDIA muestra claramente que MSDIA, directamente y en repetidas ocasiones, solicitó oportunidades para confrontar la evidencia en su contra y se quejó de la negativa de los tribunales de permitirle ser escuchado. El Dr. Ponce Martínez y el Dr. Ortega también explican que las acciones del tribunal de primera instancia y el tribunal de apelación no guardaban conformidad con la legislación procesal ordinaria ecuatoriana e indican claramente la parcialidad de los tribunales contra MSDIA.

548. Al igual que con su defensa de la sentencia de la CNJ y su incapacidad para hacer frente a la irracionalidad manifiesta de fondo del fallo del tribunal de apelaciones, Ecuador tampoco aborda los hechos más fundamentales con respecto a las violaciones procesales del debido proceso en los tribunales de menor instancia.

549. Llama la atención que Ecuador no hace esfuerzo alguno para defender a los expertos designados por el tribunal en cuyos informes el tribunal de apelaciones confió. Ecuador no cuestiona que esos expertos carecían de la preparación necesaria y más tarde fueron descalificados por el Consejo de la Judicatura Ecuador, que encontraron que ellos nunca deberían haber sido acreditados como expertos. Ecuador tampoco disputa que los informes de dichos expertos son, a primera vista, totalmente ilógicos y absurdos. Por el contrario, Ecuador cita con aprobación la decisión de la CNJ rechazando categóricamente el razonamiento de esos expertos.⁶¹⁷

550. La única defensa de Ecuador de los informes periciales en que se basó el tribunal de apelaciones es decir que esos expertos fueron designados de conformidad con los procedimientos establecidos por la ley ecuatoriana y, por lo tanto, el contenido de sus informes está fuera de la impugnación.⁶¹⁸ Como explicamos abajo, es un error por dos razones.

⁶¹⁴ Documento probatorio CLM-120, *B.E. Chatten* (Estados Unidos de América) contra los Estados Unidos de México, IV R.I.A.A. 282 (1927), en par. 30.

Ver también id. en par. 22 (en el que se señala que el hecho de no proporcionar al acusado una oportunidad de interrogar a los testigos era procesalmente irregular).

⁶¹⁵ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 6.

⁶¹⁶ *Ver, por ejemplo*, Contra-Memorial de Ecuador, en par. 403, 410.

⁶¹⁷ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 76.

⁶¹⁸ *Ver, por ejemplo*, Contra-Memorial de Ecuador, en par. 463.

551. Primero, incluso si los tribunales ecuatorianos se adhirieron a la letra de la ley procesal ecuatoriana, no es defensa si sus decisiones fueron motivadas por el sesgo o la corrupción o si aplicaron las leyes procesales del Ecuador de una manera que privó a MSDIA de los derechos fundamentales al debido proceso bajo la ley internacional. Segundo, Ecuador está errado al afirmar que el tribunal de apelaciones actuó apegado a la ley procesal ecuatoriana. El expediente de la designación de expertos del tribunal demuestra que el tribunal desestima el derecho procesal ecuatoriano y su determinación para diseñar un expediente de prueba pericial que fundamentaría una decisión de responsabilidad contra MSDIA y la concesión de una enorme indemnización por daños a favor NIFA.

552. Ecuador tampoco tiene respuesta real al hecho de que MSDIA fue excluido de asistir a los testimonios orales del único testigo de los hechos de NIFA, que testificó en dos ocasiones separadas y sin la presencia de un abogado de MSDIA. Ecuador no niega que el abogado del MSDIA hizo saber al tribunal en varias ocasiones que deseaba y pretendía asistir a la declaración del testigo de NIFA, y no niega que el tribunal de primera instancia tomó el testimonio de la testigo, en dos ocasiones, mientras el abogado del MSDIA no estaba presente.

553. La única respuesta de Ecuador es argumentar que el tribunal actuó de manera compatible con el derecho procesal ecuatoriano y que si el abogado de MSDIA hubiese sido más diligente, hubiera podido asistir al testimonio.⁶¹⁹ Esta defensa a medias del tribunal de primera instancia no es seria. El argumento de Ecuador se basa en interpretaciones formalistas injustificadas del derecho procesal ecuatoriano y hace caso omiso de la práctica de la justicia ecuatoriana y el registro efectivo del procedimiento de primera instancia en este caso.

554. Las defensas de Ecuador de las numerosas irregularidades procesales en el tribunal apelaciones y tribunal de primera instancia son igualmente inútiles. Visto como un todo, el registro de los procedimientos en el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelación demuestra claramente un esfuerzo por parte de los tribunales en manipular sus procesos con el fin de generar apoyo para un resultado predeterminado. Cabe destacar que Ecuador no logra identificar un *solo* caso o comentario internacional para la propuesta de que la conducta de sus tribunales era permisible como una cuestión de derecho internacional. Como se explica más adelante, la defensa de Ecuador no aborda de ninguna manera el hecho indiscutible de que los procedimientos en instancias anteriores evidenciaron sesgo inadmisibles y violaron los derechos al debido proceso de MSDIA.

- a) Ecuador no puede defender la dependencia del tribunal de apelaciones en la segunda serie de informes de expertos designados por el tribunal.

555. El Memorial de MSDIA describió cómo el tribunal de apelaciones designó a un conjunto inicial de expertos bien acreditados, quienes emitieron informes periciales bien razonados que concluyen que no había base para considerar a MSDIA responsable y no había fundamento por ningún daño a favor de NIFA. El Memorial de MSDIA también describió cómo el tribunal de apelaciones posteriormente nombró a un segundo grupo de expertos que carecían de las credenciales en las materias a las que se les instruyó opinar, en circunstancias muy irregulares, y

⁶¹⁹ Ver, por ejemplo, Contra-Memorial de Ecuador, en par. 400, 403, 410.

cómo dichos expertos emitieron opiniones absurdas a primera vista y completamente a favor de NIFA

556. Ecuador no cuestiona que los primeros expertos designados por el tribunal estaban altamente calificados o que sus informes periciales contenían un análisis sólido y convincente. Ecuador tampoco cuestiona que el segundo grupo de expertos designados por la corte carecía de las credenciales normalmente requeridas por la legislación ecuatoriana. De hecho, Ecuador no puede preparar una defensa seria cuando, posteriormente, el propio Consejo de la Judicatura de Ecuador revocó las credenciales de experto de dos de esos peritos, al determinar que carecían de cualquier experiencia y que nunca debieron haber sido acreditados. Ecuador tampoco hace esfuerzo alguno por defender el contenido de los informes presentados por el segundo grupo de peritos, y no ofrece ninguna justificación de que el fallo del tribunal de apelaciones se haya basado en dichos informes.

557. Esto se debe, en cualquier caso, a que no hay una explicación plausible para que el fallo del tribunal de apelaciones haya rechazado informes sólidos y bien razonados del primer grupo de peritos designados por el tribunal o se haya basado en los informes absurdos a primera vista del segundo grupo conformado. Ecuador lo admite al no hacer ningún esfuerzo por defender los informes de la segunda serie de peritos y al anunciar la decisión de la CNJ, que criticó duramente el hecho de que el tribunal de apelaciones se basara en el segundo grupo de peritos designados por el tribunal.⁶²⁰

558. MSDIA presentó una relación detallada de los dos conjuntos de informes periciales en su Memorial.⁶²¹ Para recapitular brevemente, las circunstancias que rodearon a la primera serie de peritos designados por el tribunal fueron las siguientes:

- a. En respuesta a la solicitud de MSDIA de que la corte designara a un experto independiente en legislación antimonopolio para evaluar si MSDIA podría ser considerada responsable bajo los principios de antimonopolio,⁶²² el tribunal de apelaciones designó a un abogado venezolano experto en competencia de renombre internacional, el Dr. Ignacio De León.⁶²³ El Dr. De León llegó a la conclusión de que las demandas antimonopolio alegadas por NIFA necesariamente fracasaron porque *no existían normas legales aplicables vigentes que rigieran la libre competencia* en Ecuador en 2002 ó 2003.⁶²⁴ Concluyó además que, aunque una prohibición a los actos

⁶²⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en parágrafos 76, 284.

⁶²¹ Memorial de MSDIA, , parágrafos 85-116.

⁶²² MSDIA también solicitó que el perito designado por el tribunal examinara las conclusiones de los expertos de MSDIA, un experto antimonopolio peruano de nombre Dr. Diez Canseco, quien opinó que no había ley de competencia en vigencia en Ecuador al momento de las negociaciones de las partes, que MSDIA no ocupaba una posición dominante en ningún mercado de referencia potencialmente, y que en cualquier caso las acciones de MSDIA eran razonables y no abusivas. Documento probatorio C-248, Segundo escrito de MSDIA del 5 de junio de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 5-9.

⁶²³ Documento probatorio C-22, Carta de Fausto E. Alvarado C., Autoridad Ecuatoriana sobre Competencia, para Lupe Veintimilla Zea, Reportera de la Corte para el Tribunal de Apelaciones, fechada 29 de junio de 2009. Otro de los expertos en ley antimonopolio recomendado a la Corte por la Autoridad en Competencia, Dr. Diego Petrecolla, experto antimonopolio argentino, quien más tarde sirvió como testigo experto para MSDIA sobre los mismos temas, y apoyó las conclusiones dadas por el Dr. De León. Ver Memorial de MSDIA, parágrafos 96-97.

⁶²⁴ Documento probatorio C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de apelaciones,

contrarios a la libre competencia hubiera estado vigente en el Ecuador, las acciones de MSDIA no violaron ninguna norma jurídica aceptada por la ley de competencia, ya que, entre otras cosas: (i) MSDIA no ocupaba una posición dominante en los mercados de bienes raíces o farmacéuticos⁶²⁵; (ii) MSDIA no había tenido ninguna obligación de vender su planta a NIFA, porque (entre otras cosas) la planta de MSDIA no era, como NIFA había afirmado, una “instalación esencial”⁶²⁶; y (iii) incluso si MSDIA hubiese ocupado una posición dominante en un mercado de referencia (lo cual no era así), MSDIA no había cometido ningún acto que hubiese podido ser considerado como abuso de tal posición.⁶²⁷

b. Debido a que la teoría de daños y perjuicios de NIFA dependía completamente de su alegato de que no había otro bien inmueble en la región de Quito adecuado para una nueva planta,⁶²⁸ a petición de MSDIA,⁶²⁹ el tribunal de apelaciones nombró a un experto en el mercado de bienes raíces comerciales de Quito, el Sr. Manuel J. Silva Vásconez.⁶³⁰ Basado en pruebas documentales no controvertidas, el Sr. Silva concluyó que NIFA disponía de *muchas* alternativas a la pequeña y envejecida fábrica de MSDIA.⁶³¹ Dada la disponibilidad de las propiedades sustitutas, el informe del Sr. Silva demostró de manera concluyente que NIFA no podría haber sufrido una lesión significativa por el fracaso de su intento de adquisición de la planta de MSDIA.⁶³²

fechado 12 de febrero de 2010, en 90, 96.

⁶²⁵ Documento probatorio C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de apelaciones, fechado 12 de febrero de 2010, en 95.

⁶²⁶ Documento probatorio C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de apelaciones, fechado 12 de febrero de 2010, en 60-61 (“MSD no estaba bajo el control de un activo, infraestructura o bien que fuera “esencial” para el proceso de producción de NIFA. Las instalaciones de producción no cumplían con los requisitos exigidos por dicha doctrina ...”).

⁶²⁷ Documento probatorio C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 12 de febrero de 2010, en 78-81.

⁶²⁸ De lo contrario, NIFA obviamente hubiera podido cumplir cualquier ambición que hubiese tenido para la expansión con una nueva planta en un sitio diferente.

⁶²⁹ Ver Documento probatorio C-248, Segundo escrito de MSDIA del 5 de junio de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 1-4.

⁶³⁰ Documento probatorio C-174, Orden del Tribunal de Apelaciones del 5 de junio de 2009, *NIFA contra MSDIA*, en 1.

⁶³¹ Documento probatorio C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásconez, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 23 de diciembre de 2009.

⁶³² Documento probatorio C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásconez, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 23 de diciembre de 2009. Entre los hallazgos del Sr. Silva estuvieron sus conclusiones de que (a) había un número existente de plantas industriales disponibles, debidamente zonificadas, y otras estructuras y terrenos baldíos en los que NIFA podía haber construido una nueva instalación después de que dio término a las negociaciones con MSDIA en enero de 2003; (b) al menos otra planta farmacéutica estaba en el mercado en 2003 (propiedad de la compañía farmacéutica ecuatoriana Albanova), y otra instalación disponible al momento fue posteriormente adquirida por Pfizer y convertida en una instalación de fabricación de productos farmacéuticos; (c) NIFA poseía un terreno baldío cerca de la planta de MSDIA, que vendió a otra empresa ecuatoriana en mayo de 2003, en la que se habría permitido según las leyes de zonificación aplicables construir y operar una planta de fabricación farmacéutica más de tres veces el tamaño de la planta de MSDIA; y (d) NIFA había tenido la libertad de ampliar sus instalaciones existentes después de las negociaciones y, de hecho, lo hizo. Obtuvo un permiso de regularización en 2005 por 1.057 metros cuadrados de construcción y obtuvo otro permiso de la expansión por 300 metros cuadrados adicionales en 2008. Bajo las leyes de zonificación aplicables vigentes en 2003, NIFA estaba en la libertad de construir hasta 29.000 metros cuadrados en su lote, lo que habría dado lugar a una instalación mucho

c. En respuesta a la solicitud de NIFA de un experto en daños y perjuicios designado por el tribunal,⁶³³ el tribunal de apelaciones designó al Dr. De León, economista, abogado y académico de competencia reconocido a nivel internacional, para participar de manera conjunta como experto en daños y perjuicios, así como en responsabilidad antimonopolio.⁶³⁴ El Dr. De León concluyó que NIFA *no* había sufrido daños por la adquisición fallida, no pudo identificar ningún acto ilegal que podría haber causado algún daño, y no había podido apoyar sus alegatos con respecto al lucro cesante, que eran, a lo sumo, totalmente especulativas.⁶³⁵

559. El Memorial de MSDIA detalla en profundidad cómo, en circunstancias irregulares y contrarias al procedimiento ecuatoriano, el tribunal de apelaciones luego nombró a un segundo grupo de expertos en ley antimonopolio (Dr. Carlos Guerra Román), bienes raíces (Sr. Marco V. Yerovi Jaramillo), y daños y perjuicios (Sr. Cristian Augusto Cabrera Fonseca). Como se explica a continuación, los nuevos “expertos” del tribunal de apelaciones, el Dr. Guerra y el Sr. Cabrera, carecían de credenciales o experiencia legítimas con respecto a la materia objeto de sus opiniones.⁶³⁶

560. Los tres expertos entonces proporcionaron opiniones irracionales y sin fundamento que eran totalmente favorables para el demandante ecuatoriano:

a. El informe del Dr. Guerra en ley antimonopolio incluyó errores manifiestos de análisis, interpretaciones erróneas de la ley ecuatoriana, y aplicaciones incorrectas de los principios antimonopolio ampliamente aceptados.⁶³⁷ Entre otras cosas, el Dr. Guerra concluyó sin ninguna base de hecho o jurídica que la planta de MSDIA era una “instalación esencial”, un hallazgo que, por razones que se detallaron anteriormente, no tenía sentido alguno bajo ningún principio reconocido de derecho antimonopolio.⁶³⁸ El Dr. Guerra también concluyó, sin citar ninguna prueba, que MSDIA tenía una “posición

más grande que la planta Chillós Valley.

⁶³³ Documento probatorio C-182, Primer escrito de NIFA del 5 de junio de 2009, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 4-5.

⁶³⁴ Documento probatorio C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 12 de febrero de 2010, en 98; *Ver también* Documento probatorio C-40, Escrito de MSDIA del 13 de mayo de 2011, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, en 1-3.

⁶³⁵ Documento probatorio C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 12 de febrero de 2010, en 47-49, 98.

⁶³⁶ *Ver abajo* en párrafos 562-564.

⁶³⁷ Memorial de MSDIA, en par. 42.

⁶³⁸ Documento probatorio C-32, Informe de Carlos Guerra Román, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 14 de febrero de 2011, en 101-102. Como el Dr. De León concluyó correctamente, para que un recurso pueda calificar como una “instalación esencial”, tal como el concepto es reconocido en ley antimonopolio, una instalación debe ser controlada por un monopolista, debe constituir una entrada sin la cual otras empresas no pueden competir con el monopolista, y su reproducción debe ser impracticable por razones técnicas o financieras. Documento probatorio C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 12 de febrero de 2010, en 60-63; *ver también* Informe Pericial de Calderón López, párrafos 79-89.

dominante” en el mercado ecuatoriano de productos farmacéuticos,⁶³⁹ un hallazgo que contradecía directamente la evidencia no refutada en el expediente.⁶⁴⁰

b. El informe sobre bienes raíces del Sr. Yerovi no impugnó los hechos básicos innegables de que había alternativas a la planta MSDIA, identificadas por el Sr. Silva, estaban disponibles para NIFA en 2003 y a partir de entonces, y que NIFA, de hecho, había ampliado sus instalaciones existentes después de que las negociaciones con MSDIA terminaron. Él estuvo de acuerdo en que las plantas de fabricación alternativas identificadas por el Sr. Silva estaban disponibles para NIFA en 2002 y 2003, y estaban zonificadas para la fabricación de productos farmacéuticos.⁶⁴¹ El Sr. Yerovi afirmó, sin embargo, que ninguna de esas instalaciones se estaba utilizando para la fabricación farmacéutica.⁶⁴² Eso fue contrario a la evidencia en el expediente.⁶⁴³ Más aún, era totalmente irrelevante, ya que dichas instalaciones podrían, con alguna inversión adicional, adaptarse a esa función. MSDIA advirtió al Sr. Yerovi sobre la prueba documental que refutaba directamente sus conclusiones, y presentó una petición en la que solicitaba que, en consecuencia, aclarara su informe, pero el Sr. Yerovi se negó a considerar esa prueba o a revisar su informe.⁶⁴⁴

c. El análisis de daños y perjuicios del Sr. Cabrera también era completamente contrario a la ley ecuatoriana, a los hechos del caso, y a la razón básica. Llegó a la conclusión, también basado en una teoría antimonopolio sin soportes, que NIFA tenía derecho a 204 millones de dólares en daños y perjuicios por el lucro cesante,⁶⁴⁵ y que una indemnización por daños adicionales contra MSDIA debía hacerse a favor de “el pueblo ecuatoriano” por un monto superior a 642 millones de dólares.⁶⁴⁶ Para llegar a sus conclusiones, el Sr. Cabrera ignoró la metodología aceptada para calcular el lucro cesante. Entre otros errores, el Sr. Cabrera incluyó en su cálculo de “pérdida de ventas” de NIFA, ventas que incluso, según la propia evidencia viciada de NIFA, NIFA en

⁶³⁹ Documento probatorio C-32, Informe de Carlos Guerra Román, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 14 de febrero de 2011, en 100-102.

⁶⁴⁰ Memorial de MSDIA, en par. 125.

⁶⁴¹ Documento probatorio C-30, Informe de Marco V. Yerovi Jaramillo, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 20 de diciembre de 2010, en 2-4.

⁶⁴² Documento probatorio C-30, Informe de Marco V. Yerovi Jaramillo, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 20 de diciembre de 2010, en 5-10.

⁶⁴³ Entre otras cosas, la prueba documental demuestra que NIFA estaba considerando la compra de una planta de fabricación propiedad de la empresa farmacéutica ecuatoriana Albanova, que estaba disponible para la venta durante 2002 y 2003. Documento probatorio C-129, correo electrónico entre María Fernanda Andrade (Staubach) y Edgardo Jaén (Staubach) et al, fechado 12 de junio de 2002 (correo electrónico de Ernesta Bello, fechado 20 de junio de 2002). Además, la propia (y única) testigo de NIFA, la ex empleada de Staubach, Anne Usher de Ranson, testificó en el tribunal de primera instancia que había al menos otras tres plantas farmacéuticas (sin incluir la planta Albanova) que salieron a la venta al mismo tiempo que la planta MSDIA. Documento probatorio C-144, Testimonio de Anne Kareen Renson [a/k/a Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia, fechado 28 de junio de 2004, en 4 (en respuesta a la Pregunta 7).

⁶⁴⁴ Documento probatorio C-260, Escrito de MSDIA del 31 de enero de 2011, *NIFA contra MSDIA*; Tribunal de Apelaciones, Documento probatorio C-261, Complemento del Informe de Marco V. Yerovi Jaramillo, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 3 de marzo de 2011.

⁶⁴⁵ Documento probatorio C-42, Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 21 de junio de 2011, en 22-23.

⁶⁴⁶ Documento probatorio C-42, Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 21 de junio de 2011, en 28-29.

realidad había hecho entre 2003 y 2008, daños calculados arbitrariamente sobre un período de 15 años, y un margen de utilidad estimado de NIFA durante ese periodo de casi un 50%, que supera con creces el margen máximo de utilidad del 20% por productos farmacéuticos genéricos que estaba permitido por la ley ecuatoriana.⁶⁴⁷

561. El tribunal de apelaciones, sin embargo, aceptó en su sentencia, sin análisis o explicación, estos informes obviamente no fiables y presentados a posteriori:

a. El tribunal, de forma arbitraria y sin justificación, adoptó las conclusiones del Dr. Guerra, cuya falta de formación o experiencia en ley de competencia había sido señalada por MSDIA a la atención del tribunal, y cuyo análisis carecía de fundamento en los principios de la ley de competencia. El tribunal simplemente ignoró el análisis contrario en el informe del Dr. De León, sin explicación.

b. El tribunal adoptó observaciones clave del informe del Sr. Yerovi, simplemente ignorando la existencia del informe del Sr. Silva, y haciendo caso omiso de las principales conclusiones en el propio informe del Sr. Yerovi que coincidían con el informe del Sr. Silva.⁶⁴⁸

c. Por último, el tribunal se basó expresa y exclusivamente, en el informe incoherente del Sr. Cabrera para fundamentar su decisión de conceder a NIFA 150 millones de dólares en daños y perjuicios.⁶⁴⁹ Al adoptar el análisis del Sr. Cabrera, el tribunal no reconoció ni abordó los muchos problemas incontrovertibles con su análisis, que eran evidentes de cara al informe y que habían sido identificados por MSDIA y su experto incluyendo, entre otras cosas, su falla en demostrar una relación causal entre los supuestos daños y cualquier acto ilícito por parte de MSDIA. Asimismo, el tribunal no dio ninguna justificación por su evaluación de daños y perjuicios por 150 millones de dólares, una cifra que no había sido sugerida por el tribunal de primera instancia, por NIFA, ni por el Sr. Cabrera.

562. Posterior a la decisión del tribunal de apelaciones, el Dr. Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, la oficina encargada de la acreditación de expertos para el ejercicio en asuntos judiciales de la Provincia, emitió un informe concluyendo que sus predecesores en la oficina del Director Provincial nunca debieron haber acreditado al Sr.

⁶⁴⁷ Primera declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 43; Documento probatorio C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, introducido ante el Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, 15 de julio de 2011, pág. 27 (Traducción al inglés en 24) (en el que se analiza el informe introducido por el Sr. Cabrera).

⁶⁴⁸ Documento probatorio C-4, Sentencia del Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, fechado 23 de septiembre de 2011, en 11. En particular, el informe del Sr. Yerovi no concluyó que el Sr. Silva había cometido error esencial. El tribunal de apelaciones también ignoró las pruebas de que NIFA había estado en negociaciones paralelas para otro potencial espacio de fabricación, al mismo tiempo que negociaba con MSDIA, más notablemente, consideró una planta farmacéutica ofrecida por Albanova, y que NIFA había considerado la ampliación de sus instalaciones existentes o la construcción de una nueva instalación en un terreno abierto en lugar de comprar uno ya existente.

⁶⁴⁹ Documento probatorio C-4, Sentencia del Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, fechado 23 de septiembre de 2011, en 14-15.

Cabrera y al Dr. Guerra como expertos, porque sus respectivas solicitudes no pudieron demostrar la cualificación necesaria.⁶⁵⁰

563. El informe del Dr. Escandón, de fecha 26 de enero de 2012, concluyó, sobre la base de una revisión de los materiales y las cualificaciones de solicitud del Dr. Guerra, que el Dr. Guerra “posee escaso conocimiento y experiencia en propiedad intelectual, competencia desleal, ley de competencia y ley de daños y perjuicios, porque ninguno de los certificados que ha presentado abarcan las áreas antes mencionadas; es obvio que son incompatibles con los requisitos para ser considerado un experto”.⁶⁵¹ En cuanto al Sr. Cabrera, el Dr. Escandón concluyó que “no ha justificado con documentación, conocimiento o experiencia, su pericia en el cálculo de daños, daño emergente, lucro cesante o tributo. *No está claro por qué él aseguró ser un experto...*”⁶⁵²

564. El informe del Dr. Escandón, que posteriormente fue sostenido por varios funcionarios de mayor rango en el Consejo de la Judicatura,⁶⁵³ confirmó lo que MSDIA ya había establecido ante el tribunal de apelaciones: que el Sr. Cabrera y el Dr. Guerra nunca debieron haber sido designados como expertos en el caso y que, una vez nombrados, el tribunal de apelaciones nunca debió haber considerado o confiado en sus opiniones.⁶⁵⁴ La Directora Nacional de Asesoría Jurídica para el Consejo de la Judicatura expresó su preocupación por las circunstancias que rodearon la acreditación de estos expertos y recomendó que la Unidad de Auditoría Disciplinaria del Consejo llevara a cabo una revisión para “determinar cualquier posible responsabilidad de los servidores públicos y funcionarios judiciales, con respecto a cómo ocurrió la acreditación [del Sr. Cabrera]”.⁶⁵⁵

565. La decisión del tribunal de apelaciones de nombrar expertos manifiestamente incompetentes y su insistencia en aceptar y confiar en las opiniones de los expertos, sin ninguna justificación legal, y sin tener en cuenta las numerosas imperfecciones en su opinión, demuestra la predisposición del tribunal a fallar contra MSDIA y a favor del demandante ecuatoriano, independientemente de los hechos y la ley.

566. Como explicó el profesor Paulsson en su primer Informe Pericial, era una clara “*privación al [...] debido proceso*” que el tribunal de apelaciones ignorara las opiniones de la

⁶⁵⁰ Documento probatorio C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, 26 de enero de 2012. MSDIA advirtió a la Corte Nacional de Justicia sobre el informe del Dr. Escandón el 23 de febrero de 2012. Documento probatorio C-59, Escrito de MSDIA fechado 23 de febrero de 2012.

⁶⁵¹ Documento probatorio C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, 26 de enero de 2012, en 3.

⁶⁵² Documento probatorio C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, 26 de enero de 2012, en 3.

⁶⁵³ Documento probatorio C-60, Memorándum de María Augusta Peña, Directora Nacional de Asesoría Jurídica, Consejo de la Judicatura, para Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, 30 de abril de 2012; Documento probatorio C-63, Memorándum de Wilson Rosero Gómez, Jefe de Recursos Humanos, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, 31 de mayo de 2012.

⁶⁵⁴ *Ver por ejemplo*, Documento probatorio C-38, Escrito de MSDIA introducido ante el Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, 28 de abril de 2011, párrafos 3-7 (en el que se advierte al tribunal de apelaciones sobre la acreditación inapropiada del Sr. Guerra); *Ver también* Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 68-69.

⁶⁵⁵ Documento probatorio C-60, Memorándum de María Augusta Peña, Directora Nacional de Asesoría Jurídica para el Consejo de la Judicatura, para Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, 30 de abril de 2012.

primera serie de expertos designados por el tribunal y basara su decisión en “otros expertos cuya capacitación y experiencia... eran sumamente dudosas”.⁶⁵⁶ De hecho, el intento del tribunal de apelaciones de utilizar sus propios procedimientos para manipular la evidencia en el expediente en detrimento de MSDIA, ejemplifica el tipo de “*parcialidad*” y “*sesgo*”, que comentaristas y tribunales internacionales han condenado consistentemente como una denegación de justicia.⁶⁵⁷

567. El silencio de Ecuador concerniente a la confianza del tribunal de apelaciones en estos informes es elocuente.

- b) Ecuador no puede justificar las circunstancias bajo las cuales el tribunal de apelaciones designó el segundo grupo de expertos

568. La única defensa de Ecuador a la confianza del tribunal de apelaciones en la segunda serie de informes de expertos designados por el tribunal, es que el nombramiento del tribunal de los expertos designados posteriormente era compatible con el derecho procesal ecuatoriano. En concreto, Ecuador sostiene que las normas de procedimiento ecuatoriano permitieron al tribunal de apelaciones nombrar a cada uno de los expertos posteriormente designados.⁶⁵⁸ Este argumento carece de soporte y está errado.

- (1) El cumplimiento del tribunal de apelaciones de las normas ecuatorianas de procedimiento es irrelevante como un asunto de derecho internacional

569. El cumplimiento con la legislación nacional *no es una defensa* a una demanda por denegación de justicia cuando el funcionamiento o la aplicación de esa ley nacional priva a un ciudadano extranjero de los derechos al debido proceso garantizados por el derecho internacional consuetudinario. Como ha explicado el profesor Paulsson:

“[L]a validez conforme a la legislación nacional de... un decreto o sentencia es irrelevante cuando se analiza a nivel internacional. La pregunta es si el decreto o resolución nacional *opera como una denegación de justicia bajo los criterios del derecho internacional*. La denegación de justicia, una vez más, no es error material, sino injusticia fundamental como se entiende por referencia a las normas internacionales”.⁶⁵⁹

570. Como Irizarry y Puente ha explicado, cuando un órgano jurisdiccional nacional interpreta sus leyes o reglas de procedimiento “*de una manera que constituye una corrupción absoluta de sus términos*” en perjuicio de un ciudadano extranjero, comete una denegación de justicia.⁶⁶⁰

571. En este caso, incluso si (contrario a los hechos) el reglamento del tribunal de apelaciones autorizó al tribunal a designar un segundo grupo de expertos no calificados, eso no justifica la

⁶⁵⁶ Primer Informe Pericial de Paulsson, en par. 37.

⁶⁵⁷ Ver Memorial de MSDIA, en párrafos 260-261.

⁶⁵⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 463, 466-467.

⁶⁵⁹ Documento probatorio CLM-356, J. Paulsson, Denegación de justicia en el derecho internacional (2005), en 87 (énfasis agregado).

⁶⁶⁰ Documento probatorio CLM-166, J. Irizarry y Puente, *El Concepto de “denegación de justicia” en América Latina*, 43 Mich. L. Rev. 383, 403-404 (1944) (énfasis agregado).

manera como el tribunal de apelaciones manipuló esas normas en perjuicio de MSDIA. De hecho, Ecuador no hace ningún esfuerzo en proporcionar una justificación sustantiva de los razonamientos contenidos en los informes de los expertos nombrados a posteriori, en los que el tribunal de apelaciones finalmente se basó ni, de otro modo, en explicar por qué algún tribunal competente o racional elegiría basarse en esas opiniones y no en las opiniones de la primera serie de expertos designados por el tribunal.

- (2) El tribunal de apelaciones no cumplió con las normas procesales del Ecuador en la designación de expertos

572. En cualquier caso, Ecuador está equivocado al decir que la conducta del tribunal de apelaciones era compatible con las normas procesales ecuatorianas. Al contrario, como los doctores Ortega y Ponce Martínez explican, el tribunal de apelaciones violó repetidamente las normas procesales fundamentales de Ecuador, en detrimento de MSDIA.

- (a) La designación del Sr. Cabrera como segundo experto en daños y perjuicios fue contraria a la ley ecuatoriana.

573. Tal como se expone en el Informe Pericial sobre derecho procesal ecuatoriano del Dr. Ortega, las circunstancias irregulares del nombramiento del Sr. Cabrera por parte del tribunal de apelaciones pone de relieve cuán dispuesto estaba el tribunal a pasar por alto sus propios procedimientos y los derechos al debido proceso de MSDIA en su esfuerzo por introducir en el expediente un dictamen pericial que fuera favorable para NIFA.⁶⁶¹

574. El Sr. Cabrera fue designado al caso en dos ocasiones diferentes. Su primera designación fue hecha en respuesta a MSDIA cuando solicitó, al iniciarse el caso, la designación de un experto en daños y perjuicios.⁶⁶² Luego MSDIA retiró dicha solicitud, una vez el Dr. De León introdujo su informe pericial sobre daños y perjuicios.⁶⁶³ El Sr. Cabrera nunca emitió un informe en conexión con su primera designación.⁶⁶⁴

575. La segunda designación del Sr. Cabrera al caso, que fue la designación de conformidad con la cual presentó su informe pericial, fue hecha inicialmente por el tribunal de apelaciones en respuesta a una petición de NIFA en la que solicitaba el nombramiento de un experto en “error esencial” para revisar y opinar acerca del informe pericial sobre daños y perjuicios del Dr. de León.⁶⁶⁵ La petición de NIFA se presentó mucho después del período durante el cual NIFA tenía permitido presentar una petición de error esencial en virtud del derecho procesal ecuatoriano.⁶⁶⁶

⁶⁶¹ Segundo Informe Pericial de Ortega, en párrafos 43-44.

⁶⁶² Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 50.

⁶⁶³ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 50.

⁶⁶⁴ Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 50.

⁶⁶⁵ Documento probatorio C-263, Petición de NIFA del 8 de abril de 2011, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones; Documento probatorio C-37, Orden del Tribunal de Apelaciones, fechado 25 de abril 2011.

⁶⁶⁶ Como explica el profesor Ortega, la designación del Sr. Cabrera fuera de la fecha límite para la designación de un experto en error esencial violó el Artículo 119 del Código de Procesamiento Civil de Ecuador. Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 43; *ver también* Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 53-54.

Por lo tanto, MSDIA objetó el nombramiento del Sr. Cabrera como experto en “error esencial” ya que era extemporáneo.⁶⁶⁷

576. Al parecer, reconociendo que NIFA estaba extemporánea para solicitar el nombramiento de un experto en “error esencial”, el tribunal de apelaciones declaró *sua sponte* que cambiaría la naturaleza de la designación del Sr. Cabrera, de la de un experto en “error esencial” a la de un experto en daños sustanciales, y que la base de su nombramiento como un experto en daños sustanciales fue la solicitud que hiciera NIFA en junio de 2009, para que se nombrara un experto en daños y perjuicios.⁶⁶⁸ MSDIA objetó de nuevo y recodó a la corte que había designado previamente al Dr. de León como un experto en daños y perjuicios en respuesta a la petición de NIFA de junio de 2009. Teniendo en cuenta que el tribunal ya había nombrado a un experto en daños y perjuicios en respuesta a la solicitud de NIFA de junio de 2009, esa petición no podía ser la base para el nombramiento de un *segundo* experto en daños y perjuicios.⁶⁶⁹

577. En respuesta a la segunda objeción de MSDIA, el tribunal cambió su perspectiva nuevamente y afirmó que nombraba al Sr. Cabrera, no siguiendo la solicitud de NIFA de junio de 2009, o como un experto en “error esencial”, sino más bien como un experto en daños sustanciales por iniciativa propia del tribunal.⁶⁷⁰ El tribunal, sin embargo, no explicó cómo encontró “insuficientemente claro” el informe del Dr. de León, tal como se requiere para justificar una designación *ex officio*.⁶⁷¹ Como el Dr. Ortega explica, “las justificaciones cambiantes del tribunal para la designación [del Sr. Cabrera], y el hecho de que el tribunal no identificó ninguna falta de claridad en el informe del Dr. de León, indica claramente que el tribunal estaba actuando de manera injustificada”.⁶⁷²

578. Después que el Sr. Cabrera presentó su informe en junio de 2011, MSDIA presentó una petición oportuna alegando que el Sr. Cabrera había cometido error esencial. La petición de MSDIA proporcionó una base probatoria detallada para el cargo de error esencial, incluido el informe de otro experto en daños y perjuicios, el Sr. Carlos Montañez Vásquez, quien llegó a la conclusión de que ***no había ninguna base concebible para el cálculo del Sr. Cabrera de supuesto lucro cesante por parte de NIFA*** o daño al pueblo ecuatoriano.⁶⁷³ En su petición de error esencial, MSDIA también notificó al tribunal el hecho de que el Sr. Cabrera carecía de las credenciales requeridas por la legislación ecuatoriana para desempeñarse como un experto en daños y perjuicios.⁶⁷⁴

⁶⁶⁷ Ver Documento probatorio C-38, Escrito de MSDIA introducido ante el Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, 28 de abril de 2011, parágrafos 11-17.

⁶⁶⁸ Documento probatorio C-39, Orden del Tribunal de Apelaciones fechado 10 de mayo de 2011.

⁶⁶⁹ Como explica el profesor Ortega, este cambio de perspectiva violó el reglamento procesal ecuatoriano. Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 44. Ver también Primera declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 39.

⁶⁷⁰ Documento probatorio C-264, Orden del Tribunal de Apelaciones fechado 19 de mayo de 2011.

⁶⁷¹ Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 43(p).

⁶⁷² Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 44.

⁶⁷³ Documento probatorio C-267, Resumen introducido ante el Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, 15 de julio de 2011; Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 55; Documento probatorio C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, introducido ante el Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, fechado 15 de julio de 2011, en 2, 28-29 (Traducción al inglés página 2, 26).

⁶⁷⁴ Documento probatorio C-267, Resumen introducido ante el Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, 15 de julio de 2011; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 69.

579. Debido a que el tribunal había declarado que nombraba al Sr. Cabrera como experto en daños y perjuicios sustanciales bajo la ley ecuatoriana, su informe podía ser objeto de impugnación tras una petición oportuna de error esencial.⁶⁷⁵ Sin embargo, el tribunal rechazó la petición de MSDIA afirmando que el Sr. Cabrera no era, de hecho, un experto en daños y perjuicios sustanciales, pero que él mismo era un experto en “error esencial”, y por tanto, no era susceptible a impugnación por error esencial.⁶⁷⁶

580. El tribunal de apelaciones era muy consciente de que, si hubiese permitido que MSDIA impugnara el informe del Sr. Cabrera por error esencial, no habría habido ninguna base concebible para que el tribunal se fundamentara en el análisis del Sr. Cabrera. Como consecuencia, el tribunal de apelaciones introdujo entre las evidencias una opinión extemporánea que fue favorable a NIFA, resguardó dicha opinión de revisión adversa, y luego confió en esa opinión para dar sentencia definitiva como base exclusiva para la adjudicación de 150 millones de dólares en daños y perjuicios.⁶⁷⁷

581. Incluso sin saber nada de derecho procesal ecuatoriano, el registro de las justificaciones cambiantes del tribunal para nombrar al Sr. Cabrera y su determinación en resguardar su informe del ataque de MSDIA son claramente forzados e irregulares. No es de extrañar que, como explican en detalle los doctores Ortega y Ponce Martínez, las acciones del tribunal en relación con la designación del Sr. Cabrera también son contrarias a la ley procesal ecuatoriana.⁶⁷⁸

582. En su Contra-Memorial, Ecuador no hace ningún esfuerzo en justificar o reconciliar las órdenes contradictorias del tribunal de apelaciones con respecto al Sr. Cabrera. Ecuador más bien sostiene que la designación del Sr. Cabrera fue apropiada y coherente con el derecho procesal ecuatoriano, supuestamente porque MSDIA solicitó o aceptó su nombramiento, y porque su peritaje era necesario para abordar un problema de daños que el experto nombrado anteriormente descuidó en abordar.⁶⁷⁹ Estos argumentos son contrarios al registro de los procedimientos en el tribunal de apelaciones y están equivocados en cuestión de la ley ecuatoriana.

(i) MSDIA no solicitó ni aceptó la designación del Sr. Cabrera

583. Ecuador sostiene que no había nada impropio en el nombramiento del Sr. Cabrera como experto en daños y perjuicios, debido a que MSDIA supuestamente consintió su designación en años anteriores en respuesta a la propia petición de MSDIA de junio de 2009, en la que solicitaba

⁶⁷⁵ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 55; Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 45.

⁶⁷⁶ Documento probatorio C-45, Orden del Tribunal de Apelaciones fechada 19 de julio de 2011 (en el que se rechaza la petición de MSDIA de error esencial relacionada con el informe del Sr. Cabrera); Documento probatorio C-46, Orden de el Tribunal de Apelaciones fechada 1ro de agosto de 2011 (en el que se rechaza la petición de MSDIA de reconsiderar su solicitud del 19 de julio de 2011, sobre la base de que el Sr. Cabrera era un experto en error esencial, y sosteniendo que “no existe una fórmula procesal de demostrar error esencial sobre otro error esencial”).

⁶⁷⁷ Documento probatorio C-4, Sentencia del Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, fechado 23 de septiembre de 2011, en 14-15.

⁶⁷⁸ Segundo Informe Pericial de Ortega, en párrafos 44-45; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en párrafos 53-56.

⁶⁷⁹ Contra-Memoria de Ecuador, en párrafos 464-466.

un experto en daños y perjuicios.⁶⁸⁰ Esta es una flagrante malinterpretación del expediente de procedimientos del tribunal de apelaciones. No existe base para concluir que MSDIA consintió las circunstancias que rodearon el nombramiento del Sr. Cabrera como experto en daños y perjuicios.

584. Como se explicó en el Memorial de MSDIA, tanto MSDIA como NIFA presentaron solicitudes en junio de 2009, durante el período probatorio en el tribunal de apelaciones, para que el tribunal designara a un experto en daños y perjuicios. En respuesta a la solicitud de NIFA, la corte designó al Dr. De León. En respuesta a la solicitud de MSDIA, la corte designó al Sr. Cabrera.⁶⁸¹

585. El Sr. Cabrera nunca introdujo un informe en conexión con su primera designación como experto en daños y perjuicios.⁶⁸² Por el contrario, cuando el Dr. De León presentó su informe abordando tanto la ley antimonopolio como daños y perjuicios, MSDIA retiró su solicitud de un experto en daños y perjuicios, y el tribunal retiró el nombramiento del Sr. Cabrera como experto.⁶⁸³

586. Como explica el Dr. Ponce Martínez, MSDIA retiró su solicitud de un segundo experto en daños y perjuicios porque el Dr. De León ya había abordado ampliamente el derecho de NIFA a indemnización por daños y perjuicios y había concluido que no había ninguna base para la afirmación de NIFA.⁶⁸⁴ Por lo tanto, MSDIA no veía la necesidad de un informe posterior sobre el mismo tema, en particular, al tener en cuenta que en la legislación ecuatoriana, MSDIA habría asumido el coste del informe del Sr. Cabrera.⁶⁸⁵ Como explica el Dr. Ponce Martínez, es totalmente habitual bajo el procedimiento ecuatoriano que, cuando dos partes solicitan el nombramiento de un experto designado por el tribunal en la misma materia, sólo una opinión definitiva se recibe como evidencia.⁶⁸⁶

⁶⁸⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos 464, 466.

⁶⁸¹ Documento probatorio R-86, Orden de el Tribunal de Apelaciones fechada 3 de febrero de 2010; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 50.

⁶⁸² Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 50.

⁶⁸³ Documento probatorio C-26, Petición de MSDIA del 16 de abril de 2010, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones; Documento probatorio R-87, Orden de el Tribunal de Apelaciones fechada 26 de abril 2010; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 50.

⁶⁸⁴ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 50; Documento probatorio C-26, Petición de MSDIA del 16 de abril de 2010, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones.

⁶⁸⁵ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 50.

⁶⁸⁶ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 50 (en el que se explica que cuando ambas partes solicitan un experto designado por el tribunal en la misma materia, es común que el tribunal designe a un único experto en esa materia). Ecuador sugiere que el hecho de que MSDIA retirara su solicitud en la primera designación del Sr. Cabrera, indica que MSDIA estaba seleccionando un informe que le pareció favorable y trataba de impedir la presentación de un informe menos favorable. Contra-Memorial de Ecuador, en par. 465. Este argumento es, por supuesto, incompatible con la afirmación de Ecuador de que MSDIA de alguna manera consintió la segunda designación del Sr. Cabrera. En cualquier caso, MSDIA estaba en todo su derecho bajo el procedimiento ecuatoriano de retirar su solicitud de un experto designado por el tribunal, ya que era redundante después que otro experto designado por el tribunal ya había llevado a cabo el mismo mandato. Las acciones de MSDIA eran completamente normales, particularmente a la luz del hecho de que la ley ecuatoriana hace que la parte que solicita el nombramiento de un experto se haga responsable de los honorarios del perito. Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 50.

587. MSDIA *no* consintió las calificaciones o competencia del Sr. Cabrera como perito cuando fue designado como experto en daños y perjuicios en junio de 2009. Debido a que MSDIA *retiró* su solicitud antes que el Sr. Cabrera presentara un informe sobre daños y perjuicios, MSDIA no tenía ninguna razón para centrarse en las calificaciones del Sr. Cabrera o considerar si existía o no una base para objetar su nombramiento.

588. Más aún, incluso si (contrario a los hechos) MSDIA hubiese consentido la designación del Sr. Cabrera en respuesta a su petición de junio de 2009, eso obviamente no podría fungir como un consentimiento a las circunstancias altamente irregulares bajo las cuales el tribunal de apelaciones designó al Sr. Cabrera casi dos años más tarde. Por el contrario, como se explicó anteriormente, MSDIA objetó repetidamente el posterior nombramiento del Sr. Cabrera por considerarlo contrario a las normas de procedimiento ecuatorianas. MSDIA también objetó la negativa del tribunal de apelaciones a permitir que MSDIA impugnara la opinión del Sr. Cabrera, en contravención de los derechos al debido proceso de MSDIA.⁶⁸⁷

- (ii) La designación del Sr. Cabrera no estaba justificada por el supuesto fracaso señalado en el informe pericial del Dr. De León para abordar daños y perjuicios

589. Ecuador también argumenta que la designación del Sr. Cabrera estaba justificada porque el Dr. De León supuestamente no abordó cuestiones relacionadas con el cálculo de los daños en su informe, tal como se le había indicado hacer.⁶⁸⁸ Preliminarmente, este argumento es contrario a la última justificación del tribunal de apelaciones para el nombramiento del Sr. Cabrera. Como se señaló anteriormente, el tribunal de apelaciones en última instancia afirmó que el señor Cabrera fue designado como experto en error esencial, encargado de revisar y opinar sobre la opinión del Dr. De León en cuanto a daños y perjuicios. Si el Sr. Cabrera fue designado porque el Dr. De León no había abordado daños y perjuicios en su informe, como Ecuador sugiere, esto socavaría aún más la explicación del tribunal de que el Sr. Cabrera fue designado como experto en error esencial.

590. En todo caso, la aseveración de Ecuador está errada. El Dr. De León dedicó toda una sección de su informe (Sección 5.5) a la norma adecuada para la medición de daños y perjuicios y la pregunta sobre si, en el supuesto de que MSDIA pudiera ser considerada responsable, NIFA había sufrido o no algún daño como resultado de las acciones de MSDIA.⁶⁸⁹ Como se señaló anteriormente, *y como Ecuador mismo reconoce en su Contra-Memorial*,⁶⁹⁰ el Dr. De León en última instancia concluyó que NIFA no sufrió ningún daño.⁶⁹¹ El Dr. De León también respondió a la solicitud particular de NIFA en relación a los daños y perjuicios en la página final

⁶⁸⁷ Documento probatorio C-249, Petición de MSDIA introducida ante el Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, 22 de julio de 2011.

⁶⁸⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 466.

⁶⁸⁹ Documento probatorio C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones, fechado 17 de febrero de 2010, en 47-49.

⁶⁹⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 465.

⁶⁹¹ Documento probatorio C-24, Informe de Ignacio De León, *introducido ante el Tribunal de Apelaciones, NIFA contra MSDIA*, fechado 17 de febrero de 2010, en 47-49.

de su informe, al reiterar que NIFA no había demostrado haber sufrido daño alguno, e hizo referencia de nuevo a su análisis sobre esta cuestión contenido en la Sección 5.5 de su informe.⁶⁹²

591. El Dr. De León cumplió a cabalidad su designación para servir como un experto en daños y perjuicios. No había justificación para la designación del Sr. Cabrera por parte del tribunal, y los esfuerzos de Ecuador en diseñar una justificación son incompatibles con los procedimientos en el expediente del tribunal de apelaciones.

- (b) NIFA no realizó la demostración de pruebas requeridas para justificar el nombramiento de ninguno de los tres expertos designados a posteriori

592. Ecuador ignora una razón separada por la cual ninguno de los tres expertos designados más adelante debió haber sido nombrado en absoluto. Según las reglas y prácticas procesales ecuatorianas, cuando una parte impugna el informe de un experto designado por el tribunal por contener “error esencial” y busca el nombramiento de un segundo experto en “error esencial” con el propósito de examinar el informe del primer experto, la parte que impugna, automáticamente, no tiene derecho a la designación de un experto en error esencial. Más bien, la parte que impugna deberá hacer un probatorio *prima facie* para demostrar que el primer experto ha errado.⁶⁹³ Si la parte no hace dicha demostración, el tribunal debe rechazar la solicitud de un experto en error esencial.⁶⁹⁴

593. Aquí, NIFA ni siquiera *pretendió* hacer tal demostración en sus peticiones solicitando los expertos adicionales.⁶⁹⁵ Sin embargo, el tribunal de apelaciones concedió los nuevos expertos a cada una de las tres solicitudes de NIFA. Como el Dr. Ponce Martínez explicó en su primera declaración de testigos, ante la falta de NIFA para proporcionar soporte a sus peticiones, fue sumamente irregular que el tribunal designara el segundo equipo de expertos.⁶⁹⁶ El Dr. Ortega confirma que el hecho de que el tribunal hizo los nombramientos, a pesar de que NIFA no sustentó sus solicitudes, violó las reglas de procedimiento.⁶⁹⁷

594. Ecuador ignora el incumplimiento del tribunal de apelaciones en aplicar este requisito probatorio al interpretar como procesalmente correcto el nombramiento de los expertos designados posteriormente. La falla del tribunal en mantener a NIFA apegada a su carga

⁶⁹² Documento probatorio C-24, Informe de Ignacio De León, *introducido ante el Tribunal de Apelaciones, NIFA contra MSDIA*, fechado 17 de febrero de 2010, en 98.

⁶⁹³ Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 39; Primera declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 38; Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 47.

⁶⁹⁴ Segundo Informe Pericial de Ortega, en par. 39; Primera declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 38; Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 47.

⁶⁹⁵ *Ver, por ejemplo*, Documento probatorio C-38, Escrito de MSDIA introducido ante el Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, 28 de abril de 2011, en par. 15 (en el que se resalta que además de la falta de NIFA de solicitar oportunamente un experto en error esencial en materia de daños y perjuicios, no había cumplido con su obligación de “proporcionar evidencia del error esencial en relación con el alegato en el informe del Dr. Ignacio De León”).

⁶⁹⁶ Primera declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 38 (“La designación del segundo equipo de expertos fue sumamente irregular debido a que las peticiones de error esencial de NIFA para solicitar nuevos expertos no fueron respaldadas por evidencia alguna de que los expertos originales habían errado en absoluto, y tal evidencia se exige bajo el procedimiento ecuatoriano antes de que el tribunal pueda designar a otro experto sobre el mismo tema”).

⁶⁹⁷ Segundo Informe Pericial de Ortega, en párrafos 39, 41.

probatoria demuestra una vez más su voluntad de esquivar las normas de procedimiento ecuatoriano, en un esfuerzo por generar un registro de pruebas favorables para NIFA.

- (c) La sugerencia de Ecuador de que MSDIA consintió las calificaciones de las calificaciones de los expertos de reemplazo

595. Como se explicó anteriormente, el Ecuador no niega que el Dr. Guerra y el Sr. Cabrera eran incompetentes para servir como expertos en ningún litigio ecuatoriano. Ecuador tampoco ofrece ninguna explicación en cuanto a la decisión del tribunal de apelaciones de dar crédito a las opiniones de estos expertos no calificados por encima de las opiniones presentadas previamente por expertos de renombre. De hecho, la única explicación plausible para las acciones del tribunal de apelaciones al aceptar las opiniones del Dr. Guerra y el Sr. Cabrera es que el tribunal estaba comprometido a encontrar *alguna* base probatoria, *sin importar qué tan sesgado o no calificada fuera*, sobre la cual apoyar su absurdo hallazgo de que la venta fallida de una planta farmacéutica de *1,5 millones de dólares* pudiera resultar en *150 millones de dólares* en daños y perjuicios por lucro cesante.

596. En lugar de disputar, o incluso abordar, estas cuestiones fundamentales, Ecuador insinúa que MSDIA está impedido de alguna manera para alegar que estos “expertos” carecían de las calificaciones necesarias. Específicamente, Ecuador sostiene que, en un escrito presentado ante el tribunal de apelaciones más de *dos años* antes que el Dr. Guerra y el Sr. Cabrera presentaran sus opiniones, MSDIA aceptó que el tribunal de apelaciones podía designar a expertos que no fueran acreditados por el Consejo de la Judicatura de Ecuador en caso de que no hubiesen expertos acreditados disponibles.⁶⁹⁸ Ecuador también argumenta que MSDIA no se quejó de la falta de credenciales de los expertos hasta después que emitieron sus informes.⁶⁹⁹ Ecuador sugiere, por ende, que MSDIA consintió el nombramiento de expertos manifiestamente incompetentes y no puede quejarse de que el tribunal, al basarse en sus informes, violó los derechos al debido proceso de MSDIA.⁷⁰⁰ Los argumentos de Ecuador son ilógicos y errados.

597. *Primero*, MSDIA no está argumentando que cuando el tribunal designó expertos que no habían sido acreditados por el Consejo de la Judicatura de Ecuador se tratara de una denegación de justicia. Más bien, MSDIA está argumentando que era denegación de justicia que el tribunal designara y confiara en expertos manifiestamente incompetentes. La relevancia de la conclusión expuesta por el Consejo de la Judicatura de que el Sr. Cabrera y el Dr. Guerra no debían haber sido acreditados reside en que, para llegar a dicha decisión, el Consejo de la Judicatura

⁶⁹⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos 462-463. Cuando una de las partes en un litigio ecuatoriano solicita un experto designado por el tribunal, y uno o más expertos han sido acreditados por el Consejo de la Judicatura de Ecuador en esa materia, el Consejo de la Judicatura designará a un experto. Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 63. Si no hay expertos acreditados en el registro en la materia pertinente, el tribunal, a menudo a sugerencia de la parte solicitante, buscará recomendaciones para posibles expertos de algún otro órgano gubernamental, grupo comercial u organización similar. Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 63. Aunque MSDIA sugirió que el tribunal de apelaciones buscara en estas otras organizaciones expertos competentes, con experiencia, eso de ninguna manera refleja el consentimiento ante el tribunal apelaciones de la elección posterior de “expertos” obviamente no calificados y sesgados.

⁶⁹⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 475.

⁷⁰⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 475.

determinó que no tenían ninguna cualificación o experiencia pertinentes en las áreas para las que fueron designados como expertos.⁷⁰¹

598. MSDIA aceptó que el tribunal de apelaciones pudiera designar a expertos que no estuvieran acreditados por el Consejo de la Judicatura en caso de ausencia de expertos acreditados. Pero no hace falta decir que MSDIA habría esperado que dichos expertos fuesen, no obstante, cualificados y poseyeran los conocimientos especializados pertinentes. Al aceptar que el tribunal podía designar expertos que no estuvieran acreditados, MSDIA no estaba aceptando el nombramiento de expertos como el Dr. Guerra y el Sr. Cabrera, que eran totalmente carentes de calificación para ofrecer pruebas periciales.⁷⁰²

599. *Segundo*, también es irrelevante que MSDIA haya impugnado las calificaciones y experiencia del Dr. Guerra y el Sr. Cabrera sólo después de que se presentaron los informes que fueron manifiestamente sesgados a favor de NIFA. Como se señaló anteriormente, Ecuador no niega que estos dos supuestos expertos estaban, de hecho, manifiestamente carentes de calificación. Ecuador sólo sostiene que MSDIA debió haber planteado este asunto antes, e insinúa que debió considerarse, por tanto, que MSDIA había renunciado a la objeción.

600. Sin embargo, MSDIA no tenía ninguna razón para cuestionar la experiencia y las calificaciones del Dr. Guerra y el Sr. Cabrera antes de que se presentaran los informes periciales. Como explica el Dr. Ponce Martínez, habitualmente “se presume que los oficiales del Consejo de la Judicatura actúan adecuadamente en la acreditación de un experto en un tema en particular”.⁷⁰³ Al momento de su designación, el Dr. Guerra y el Sr. Cabrera habían sido acreditados por el Director Provincial del Consejo de la Judicatura y, por lo tanto, MSDIA no tenía razón alguna

⁷⁰¹ Documento probatorio C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, 26 de enero de 2012; Documento probatorio C-60, Memorandum de María Augusta Peña, Directora Nacional de Asesoría Jurídica para el Consejo de la Judicatura, para Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, 30 de abril de 2012; Documento probatorio C-63, Memorandum de Wilson Rosero Gómez, Jefe de Recursos Humanos, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, 31 de mayo de 2012.

⁷⁰² De hecho, como se explica en el Memorial de MSDIA, tanto el Sr. Cabrera como el Dr. Guerra fueron acreditados como expertos eal momento de su nombramiento por el tribunal de apelaciones. Aunque MSDIA no niega este hecho, hace énfasis en que las circunstancias que rodean las acreditaciones de los dos expertos fueron muy irregulares. Como se explicó en el Memorial de MSDIA, tanto el Dr. Guerra como el Sr. Cabrera pasaron a ser acreditados poco antes de ser nombrados como expertos por el tribunal de apelaciones y de manera inusualmente rápida. Por ejemplo, a pesar de que la solicitud del Dr. Guerra, que fue presentada apenas unas semanas después de que el Dr. De León presentó su informe pericial, no reflejaba ninguna experiencia previa en ley de competencia, fue aprobada por el Director Provincial del Consejo de la Judicatura el mismo día que fue presentada. Documento probatorio C-25, Aplicación de Carlos Guerra Román para la acreditación como experto y la acreditación del Consejo de la Judicatura que le acompaña, en 1-2. Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 60; Primera declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 40. Del mismo modo, la solicitud del Sr. Cabrera, que fue presentada pocas *semanas* antes de su segundo nombramiento por el tribunal de apelación, se le concedió a los tres días siguientes a que el Director Provincial del Consejo de la Judicatura la recibiera, a pesar de que no proporcionó la documentación que soportara sus supuestas credenciales. Documento probatorio C-259, Solicitud de Cristian Cabrera para la acreditación como experto y la acreditación del Consejo de la Judicatura que le acompaña; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 65; Primera declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 40. Estos eventos son otras pruebas convincentes de la determinación del tribunal de apelaciones para fabricar un expediente de pruebas sobre las cuales poder basar su conclusión predeterminada de responsabilidad legal contra MSDIA.

⁷⁰³ Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 68.

para llevar a cabo la debida diligencia en sus calificaciones en el momento que fueron nombrados.

601. El Dr. Ponce Martínez explica:

“En el caso del Dr. Guerra y el Sr. Cabrera, fue sólo después de que revisamos sus informes y nos dimos cuenta de que sus análisis eran contrarios a la lógica, ignoraban los hechos básicos del caso, y no habían aplicado los principios básicos y aceptados del derecho, que comenzamos a preocuparnos por sus calificaciones y decidimos investigar sus credenciales. Tan pronto como nos dimos cuenta de que el Director Provincial les había acreditado a pesar de su falta de experiencia, y que sus acreditaciones parecían haber sido programadas con el fin de asegurar su nombramiento al caso de NIFA contra MSDIA, nosotros inmediatamente trajimos el asunto a la atención del Consejo de la Judicatura, que estuvo de acuerdo con nuestra evaluación de que tanto el Dr. Guerra como el Sr. Cabrera eran carentes de calificación para servir como de expertos y que el Director Provincial no debía haberles acreditado”.⁷⁰⁴

602. Las normas internacionales del debido proceso exigen que el tribunal haga una evaluación honesta e imparcial de la evidencia.⁷⁰⁵ Por lo tanto, al presentárseles informes periciales ilógicos e innegablemente defectuosos, el tribunal de apelaciones estaba obligada a someter dichos informes a escrutinio y considerar si los autores de los informes fueron calificados y llevaban fielmente su mandato. Cuando se trajo a la atención del tribunal la evidencia de que los expertos estaban manifiestamente carentes de calificación, el tribunal estaba obligado a considerar esas pruebas y a tomarlas en cuenta al momento de decidir si debía o no dar importancia a esos informes.

603. Incluso si MSDIA no hubiese objetado las calificaciones de estos expertos, el tribunal no podía abdicar su propia responsabilidad de evaluar los informes con honestidad e imparcialidad. Pero, como el expediente demuestra de manera inequívoca, MSDIA se opuso adecuadamente a las calificaciones de estos expertos y trató de cuestionar el contenido de sus pruebas. La negativa del tribunal a permitir tal impugnación es una prueba del desprecio de la corte por su función judicial y por los derechos al debido proceso de MSDIA.

(d) La confianza del tribunal de apelaciones en las opiniones del experto en “error esencial” fue contraria a la ley ecuatoriana

604. La confianza del tribunal de apelaciones en el segundo grupo de expertos designados por el tribunal para emitir su sentencia, brinda mayor evidencia del sesgo de la corte contra MSDIA y su patrón de ignorar los principios de la ley y el procedimiento de Ecuador, con el fin de fabricar un expediente de pruebas que podrían apoyar un resultado predeterminado. Esto se debe a que el tribunal de apelaciones justificó el nombramiento del segundo conjunto de expertos designados por el tribunal, indicando que eran expertos en “error fundamental”, que fueron nombrados con el mandato limitado de revisar el contenido de los informes presentados por el

⁷⁰⁴ Segunda declaración de testigos de Ponce Martínez, en par. 68.

⁷⁰⁵ Memorial de MSDIA, en párrafos 264-265 (en el que se cita el Documento probatorio CLM-148, *Estados Unidos de América contra México*, en J. Moore, ARBITRAJES, VOL. III (1898), en 3229, 3231).

primer grupo de expertos. Pero bajo la ley procesal ecuatoriana, un tribunal no puede basarse en expertos en “error fundamental” como evidencia sustancial para emitir su sentencia.⁷⁰⁶

605. El Contra-Memorial de Ecuador ignora por completo la distinción crítica bajo la legislación ecuatoriana entre un perito designado por el tribunal de sustanciación, y un experto “error esencial”. Un entendimiento apropiado de esta distinción proporciona una confirmación adicional de que las acciones del tribunal de apelaciones, con respecto a los tres expertos designados a posteriori, violaron las normas procesales ecuatorianas.

606. Los expertos sustantivos designados por el tribunal son nombrados, a solicitud de las partes, para ofrecer opiniones sobre asuntos relacionados con experticia técnica.⁷⁰⁷ Según el procedimiento ecuatoriano, los informes preparados por los expertos sustantivos designados por el tribunal son evidencia válida concerniente al tema del informe, en la cual un tribunal puede basar su sentencia.⁷⁰⁸

607. Los expertos de “error esencial” desempeñan un papel diferente, más limitado. Según el procedimiento ecuatoriano, una parte puede cuestionar la opinión de un experto sustantivo designado por el tribunal al presentar una solicitud, apoyada por evidencia, en la que afirme que el experto ha cometido “error esencial”.⁷⁰⁹ A petición de la parte solicitante, el tribunal puede abrir un período de evidencia limitado, durante el cual aceptará evidencia de las partes concerniente al “error esencial” alegado.⁷¹⁰

608. Durante este período de evidencia limitado, si la parte que cuestiona el informe del experto sustantivo ha presentado una base probatoria suficiente para su solicitud de error esencial, el tribunal puede designar a un experto con mandato limitado para que revise el informe del experto original y opine sobre si contiene o no un “error esencial”.⁷¹¹ Si, basado en dicha evidencia, el tribunal determina que el experto cometió “error esencial”, entonces el tribunal podrá designar a un segundo experto sustantivo en el mismo asunto.⁷¹² Cabe destacar, sin embargo, como el Dr. Ponce Martínez explica, que: “la opinión del experto de ‘error esencial’ no es evidencia en el registro de los fundamentos” de los asuntos en disputa, “y el tribunal no puede basar su decisión en el informe del experto de ‘error esencial’”.⁷¹³

609. Como el Dr. Ortega explica:

⁷⁰⁶ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en par. 45-47.

⁷⁰⁷ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 46.

⁷⁰⁸ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 46.

⁷⁰⁹ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 47. Informe de Segundo Experto de Ortega, en par. 39. Como se explica en el Memorial de MSDIA, NIFA no presentó ninguna evidencia en apoyo de sus solicitudes de error esencial que cuestionan el informe del Dr. De Leon sobre la ley antimonopolio y el informe del Sr. Silva sobre bienes raíces. El Memorial de MSDIA en párrafos 93, 102, 104. Por consiguiente, el tribunal de apelaciones debería haber rechazado dichas solicitudes de error esencial sin más averiguación o recurso a la evidencia adicional. Declaración de Primer Testigo de Ponce Martínez en par. 38.

⁷¹⁰ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 47.

⁷¹¹ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 47.

⁷¹² Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 47.

⁷¹³ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 47.

“que el tribunal se haya fundamentado exclusivamente en los informes de expertos fue indebido desde el punto de vista de procedimientos porque los informes de error esencial son evidencia en contra de otra evidencia, y el tribunal debió haber usado el informe de experto de error esencial sólo en comparación con el informe principal que estaba siendo considerado”.⁷¹⁴

610. Dejando de lado por el momento las otras irregularidades en la designación del segundo grupo de expertos, el tribunal de apelaciones pretendió designar a los tres como expertos de “error esencial”.⁷¹⁵ Como resultado, según la ley de procedimientos ecuatoriana, no se le permitió al tribunal de apelaciones basarse en los reportes de su sentencia.

611. No obstante, el tribunal se basó expresamente en las determinaciones del Sr. Yerovi sobre asuntos de bienes raíces ecuatorianos y adoptó implícitamente el análisis antimonopolio del Sr. Guerra en apoyo a su participación de responsabilidad.⁷¹⁶ Además, se basó expresa y exclusivamente en el análisis del Sr. Cabrera en apoyo a su cálculo de daños.⁷¹⁷ Debido a que estos expertos fueron designados como expertos de error esencial, sin embargo, el fundamento del tribunal en sus opiniones fue contrario a la ley de procedimientos ecuatoriana.

612. Ecuador no ha intentado defender el fundamento inadecuado del tribunal con base en esos informes presentados posteriormente como evidencia sustantiva. En realidad, el hecho de que el tribunal haya ignorado abiertamente las reglas de la ley de procedimientos ecuatoriana al basarse en dichas opiniones debilita completamente la única defensa de Ecuador contra ellas, principalmente su esfuerzo por protegerse tras el escudo de la ley de procedimientos ecuatoriana. La verdad inexorable del asunto es que el tribunal de apelaciones no fue motivado por la ley de procedimientos ecuatoriana, o por ningún otro estado de derecho, en su manejo de expertos designados por el tribunal. Fue motivado únicamente por su deseo de fabricar un registro probatorio para apoyar una determinación de responsabilidad contra MSDIA. Eso es una denegación de justicia según la ley internacional.

- c) MSDIA fue privada de una oportunidad para asistir al interrogatorio de la única testigo de los hechos de NIFA

613. El Memorial de MSDIA también estableció que al consejo de MSDIA se le negó la oportunidad de asistir al testimonio de la *única* testigo de los hechos de NIFA, la Sra. Usher de

⁷¹⁴ Informe de Segundo Experto de Ortega, en par. 42.

⁷¹⁵ Documento probatorio C-28, Tribunal de Apelaciones, Orden del 26 de octubre de 2010, *NIFA contra MSDIA* (que designa al Sr. Yerovi); Documento probatorio C-29, Tribunal de Apelaciones, Orden del 8 de diciembre de 2010, *NIFA contra MSDIA* (que designa al Dr. Guerra); Documento probatorio C-45, Tribunal de Apelaciones, Orden del 19 de julio de 2011, *NIFA contra MSDIA*; Documento probatorio C-46, Tribunal de Apelaciones, Orden del 1 de agosto de 2011, *NIFA contra MSDIA* (que rechaza la solicitud de MSDIA para cuestionar al Sr. Cabrera en el fundamento supuesto de que el Sr. Cabrera era un experto en error esencial). Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 48. Como se describe anteriormente, el tribunal emitió varios decretos que describían varios propósitos alternativos (e inconsistentes) para la designación del Sr. Cabrera antes de alegar en última instancia que el Sr. Cabrera había sido designado como un experto en error esencial en daños.

⁷¹⁶ Documento probatorio C-4, Sentencia del NIFA contra MSDIA, Tribunal de Apelaciones, fechada 23 de septiembre de 2011, en 11.

⁷¹⁷ Documento probatorio C-4, Sentencia de el Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, fechada 23 de septiembre de 2001, en 14.

Ranson, en dos ocasiones separadas, a pesar de haber dejado claro ante el tribunal de primera instancia que deseaba y pretendía asistir. A pesar de las circunstancias altamente irregulares que rodearon el testimonio de la Sra. Usher de Ranson, el tribunal de primera instancia, el tribunal de apelaciones, y la CNJ, se basaron en el testimonio de la Sra. Usher de Ranson (e ignoraron testimonios contrarios de otros testigos) al determinar que MSDIA tenía responsabilidad legal ante NIFA.⁷¹⁸

614. Esto fue una violación de los derechos a un debido proceso de MSDIA para confrontar y abordar la evidencia afirmada en su contra.

615. Ecuador no cuestiona que los estándares mínimos del debido proceso internacional requieran que a un litigante extranjero se le otorgue una oportunidad de refutar la evidencia, incluso evidencia testimonial, en su contra. Como se explica en el Memorial de MSDIA, el incumplimiento de un tribunal nacional en otorgar a un litigante extranjero la oportunidad de **confrontar** a los testigos que presentan testimonio en su contra es una clásica denegación de justicia. Esto ofende el derecho al debido proceso fundamental del extranjero de ser escuchado en el caso del oponente.⁷¹⁹

616. Como la Corte Internacional de Justicia ha explicado:

“[C]iertos elementos del derecho a una audiencia justa son bien reconocidos y ofrecen criterios útiles que ayudan a identificar errores fundamentales en el procedimiento que han ocasionado una resolución arbitraria: por ejemplo, el derecho a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley; el derecho a que el caso sea escuchado y determinado dentro de un tiempo razonable; **el derecho a una oportunidad razonable para presentar el caso al tribunal y para comentar sobre el caso del oponente, derecho a la igualdad en los procedimientos con respecto al oponente**; y el derecho a una decisión razonada”.⁷²⁰

617. De igual forma, los comisionados en el caso *Chattin* explicaron:

“La irregularidad de los procedimientos del tribunal se demuestra con referencia a la ausencia de investigaciones adecuadas, la **insuficiencia de confrontaciones**, la negación de la oportunidad del acusado de conocer todos los cargos presentados en su contra, el retraso indebido de los procedimientos, la consideración de las audiencias en tribunal abierto como una mera formalidad, y una continua ausencia de seriedad por parte de la Corte”.⁷²¹

⁷¹⁸ Memorial de MSDIA en par. 50; Véase también Declaración de Primer Testigo de Ponce Martínez en , párrafos 22, 51.

⁷¹⁹ Ver Memorial de MSDIA, en 260.

⁷²⁰ Documento probatorio CLM-158, *Solicitud para Revisión de Sentencia Núm. 158 del Tribunal Administrativo de la Naciones Unidas*, Opinión Consultiva fechada 12 de julio de 1973, 1973 I.C.J. Informes 166, en par. 92. Ver también Documento probatorio CLM-169, *Sentencia Núm. No. 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo*, Opinión Consultiva del 1 de febrero de 2012, en par. 30.

⁷²¹ Documento probatorio CLM-120, *B.E. Chattin (Estados Unidos) contra Estados Unidos Mexicanos*, IV R.I.A.A. 282 (1927), en par 30.

Ver también *id.* en par 22 (que señala que la falta en concederle al acusado una oportunidad para contrainterrogar a

618. Ecuador no disputa este principio, y no niega que la Sra. Usher de Ranson testificó en dos ocasiones sin la presencia del consejo de MSDIA. Ecuador argumenta, sin embargo, que en el sistema de las leyes civiles de Ecuador, no hay perjuicio como resultado de la ausencia del consejo durante el testimonio del testigo, el cual es dirigido por el juez. Ecuador también argumenta que la inasistencia del consejo de MSDIA al testimonio era atribuible a una falta de diligencia.⁷²² Los argumentos de Ecuador son erróneos.

- (1) El Tribunal de Primera Instancia no envió a MSDIA una notificación adecuada del testimonio de la Sra. Usher De Ranson

619. Ecuador argumenta que a MSDIA no se le impidió asistir al testimonio de la Sra. Usher de Ranson porque el tribunal supuestamente envió con anticipación a MSDIA una notificación del testimonio. Esto ignora el registro de los procedimientos del tribunal de primera instancia.

620. El Memorial de MSDIA presentó en detalle la secuencia de los pasos del procedimiento que condujeron al testimonio de la Sra. Usher de Ranson, que el tribunal escuchó en dos ocasiones separadas.⁷²³ El Memorial de MSDIA y la declaración testimonial del Dr. Ponce Martínez establecieron que, en ambas ocasiones, el consejo de MSDIA no fue notificado con anticipación del testimonio de acuerdo con la ley de procedimientos ecuatoriana y con la práctica ordinaria del tribunal.⁷²⁴

621. Ecuador afirma que el decreto del tribunal que ordenaba la primera toma del testimonio de la Sra. Usher de Ranson fue depositado en el buzón judicial de los abogados de MSDIA a las **5:20 p. m.** del viernes 25 de junio de 2004. Particularmente, la solicitud de NIFA para la toma del testimonio de la Sra. Usher de Ranson fue presentada a las 4:55 p. m. ese día,⁷²⁵ y fue concedida solamente **12 minutos** después, a las 5:07 p. m. El Dr. Ponce Martínez explica en su respuesta a la declaración testimonial que en el registro completo de diez años de los procedimientos de *NIFA contra MSDIA*, ninguna otra solicitud ha sido nunca decidida tan rápidamente por ningún Tribunal.⁷²⁶

622. Adicionalmente, al conceder la petición de NIFA, el tribunal declaró que el testimonio de la Sra. Usher de Ranson podía comenzar a cualquier hora después de las 5:00 p. m. de ese día, esto es, **inmediatamente**. El Dr. Ponce Martínez explica que esto era contrario a la práctica del tribunal que prevalecía en ese momento, bajo la cual el testimonio de testigos era normalmente pautado para comenzar después de las 2:00 p. m. del día laborable siguiente.⁷²⁷ El Dr. Ponce Martínez explica que esta práctica permitía al consejo en el caso recibir con antelación la

los testigos fue irregular desde el punto de vista del procedimiento).

⁷²² Contra-Memorial de Ecuador en párrafos 403, 410.

⁷²³ Memorial de MSDIA en párrafos 46-50.

⁷²⁴ Memorial de MSDIA en párrafos 46-50; Declaración de Primer Testigo de Ponce Martínez en , párrafos 11-14.

⁷²⁵ Documento probatorio C-142, Solicitud de NIFA del 25 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia, en 1-3 (donde se solicita que el tribunal de primera instancia “indique la fecha y la hora para tomar el testimonio de la Sra. Anne Usher de Ranson” y se plantean 12 preguntas a la Sra. Usher de Ranson); Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 5.

⁷²⁶ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 5.

⁷²⁷ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 7.

notificación adecuada del testimonio de manera que pudiera hacer los arreglos para asistir y presentar las preguntas que serían planteadas al testigo por el juez en contrainterrogatorio.⁷²⁸

623. Por lo tanto, incluso si Ecuador estuviera en lo correcto al afirmar que la notificación del testimonio de la Sra. Usher de Ranson fue entregada al consejo de MSDIA a las 5:20 p.m. del viernes 25 de junio de 2004, dicha notificación seguiría siendo contraria a las reglas y prácticas de procedimiento ordinario de los tribunales ecuatorianos.

624. Pero, de hecho, la notificación del testimonio de la Sra. Usher de Ranson no fue entregada al consejo de MSDIA a las 5:20 p. m. del 25 de junio. Ecuador se basa en la notación de la orden del tribunal que concedía la solicitud de NIFA, que dice que la orden del tribunal fue entregada en el buzón judicial de MSDIA a las 5:20 p. m.⁷²⁹ Sin embargo, como el Dr. Ponce Martínez explica:

“Ecuador está equivocado sobre la hora en que la orden fue depositada en nuestro buzón judicial. A pesar de que la certificación del secretario del tribunal decía que la orden fue entregada a las 17h20 (5:20 p. m.)[, d]e hecho, al final del día, alrededor de las 18h00 (6:00 p. m.), cuando el tribunal cerró, revisamos nuestro buzón judicial, como es nuestra práctica usual, y la notificación no estaba en nuestro buzón”.⁷³⁰

625. En vista de que los abogados de MSDIA no recibieron la notificación del testimonio de la Sra. Usher de Ranson antes del final del día viernes 25 de junio, no se enteraron de que el testimonio de la Sra. Usher de Ranson había sido ordenado hasta que el tribunal abrió a las 8:00 a. m. del lunes siguiente. Ésa fue exactamente la hora en que el tribunal comenzó a tomar el testimonio de la Sra. Usher de Ranson. Como el Dr. Ponce Martínez confirma, MSDIA “no había recibido aún la notificación del testimonio de la Sra. Usher de Ranson a [esa] hora” y, por lo tanto, no pudo asistir.⁷³¹

626. Como el Dr. Ponce Martínez explica en detalle, MSDIA inmediatamente objetó el testimonio inicial de la Sra. Usher de Ranson y solicitó que fuera llamada nuevamente para ofrecer un testimonio más de manera que MSDIA pudiera asistir y presentar preguntas para que le fueran hechas a la testigo.⁷³² Con su petición de nuevo interrogatorio, MSDIA presentó 12 preguntas iniciales por escrito para ese propósito.⁷³³

⁷²⁸ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 7.

⁷²⁹ Contra-Memorial de Ecuador en par. 402.

⁷³⁰ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 6. El Dr. Ponce Martínez además explica que “Acoto que es posible que un funcionario oficial certifique que una orden fue depositada en el buzón judicial a cierta hora pero luego aplaze la entrega real de dicha orden por un corto período de tiempo”. Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 6.

⁷³¹ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 9.

⁷³² Documento probatorio C-145, Solicitud de MSDIA del 29 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia; Documento probatorio C-234, Segunda Solicitud de MSDIA del 29 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en párrafos 15-16.

⁷³³ Documento probatorio C-145, Solicitud de MSDIA del 29 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 15.

627. En respuesta, el 18 de agosto de 2004, el tribunal ordenó que la Sra. Usher de Ranson fuera sometida a otro contrainterrogatorio en Panamá.⁷³⁴ Pero el tribunal nunca envió la carta rogatoria al consulado ecuatoriano en Panamá, lo cual era necesario para tomar el testimonio allí.⁷³⁵ En consecuencia, la Sra. Usher de Ranson nunca testificó de conformidad con esa orden.⁷³⁶

628. Después de que el tribunal no tomara acción con respecto a la solicitud de MSDIA por más de un año, a pesar de la solicitud específica de MSDIA de que el tribunal enviara la carta rogatoria a Panamá, NIFA presentó una solicitud ante el tribunal el 18 de agosto de 2005 para explicar que la Sra. Usher de Ranson iba a viajar a Quito y que estaría disponible para ofrecer testimonio.⁷³⁷ El jueves 25 de agosto de 2005, el tribunal ordenó que su testimonio podía comenzar a cualquier hora después de las 9:00 a. m. del 29 de agosto de 2005.⁷³⁸

629. A las 8:29 a. m. del 29 de agosto, es decir, *antes* de que el testimonio pudiera comenzar bajo la orden del tribunal, MSDIA presentó una solicitud ante el tribunal en la que pedía que enmendara su decreto para establecer una fecha y hora precisas para que la Sra. Usher de Ranson compareciera ante el tribunal con el objetivo de asegurar que el consejo de MSDIA pudiera asistir, y en la que presentaba 18 preguntas adicionales para el interrogatorio de la Sra. Usher de Ranson.⁷³⁹

630. El tribunal no tomó ninguna acción sobre la solicitud de MSDIA antes del testimonio y no ofreció ninguna notificación adicional acerca de la hora y el lugar del testimonio al consejo de MSDIA.⁷⁴⁰ El tribunal escuchó el testimonio de la Sra. Usher de Ranson a las 2:00 p. m. del 29 de agosto, pero el consejo de MSDIA, al no haber recibido ninguna respuesta a su solicitud de notificación de la hora y el lugar del testimonio, no estuvo presente.⁷⁴¹ Como el Dr. Ponce Martínez explica:

“Después que el testimonio de la Sra. Usher de Ranson había comenzado, nos enteramos por empleados del tribunal de que ella estaba presente en tribunal. Inmediatamente tratamos de encontrar la ubicación de su testimonio de manera que pudiéramos asistir. Ecuador afirma que ella testificó en la sala de audiencia ordinaria del tribunal de segunda instancia en lo civil. Esto es incorrecto. Verificamos la sala de audiencia, donde normalmente se dan los testimonios, y la Sra. Usher de Ranson no dio su testimonio allí.

⁷³⁴ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 17.

⁷³⁵ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 17.

⁷³⁶ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 17.

⁷³⁷ Documento probatorio C-236, Solicitud de NIFA del 18 de agosto de 2005, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 18.

⁷³⁸ Documento probatorio C-147, Orden de la Corte de Primera Instancia del 25 de agosto de 2005, *NIFA contra MSDIA*, en 1; Declaración de Testigo de Ponce Martínez en par. 12; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 18.

⁷³⁹ Documento probatorio C-148, Solicitud de MSDIA del 29 de agosto de 2005, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia, en 1 (donde se solicita que el tribunal de primera instancia “indiqu[e] la fecha y la hora en que la Sra. Anne Usher debe comparecer para dar su testimonio, para garantizar así el derecho legítimo a contradecir de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation”.); Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 18.

⁷⁴⁰ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 20.

⁷⁴¹ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 20.

Después nos enteramos que la Sra. Usher de Ranson había testificado en la oficina del juez, lo cual es altamente inusual. En mi experiencia, los testimonios de los testigos son usualmente llevados a cabo en la sala de audiencias o, en ocasiones, en el área del secretario del tribunal, pero nunca en el despacho de un juez”.⁷⁴²

El tribunal le hizo las 12 preguntas originales de MSDIA a la Sra. Usher de Ranson pero no le pidió responder las 18 preguntas adicionales de MSDIA.⁷⁴³

631. Por consiguiente, en dos ocasiones separadas, al consejo de MSDIA no se le dio una notificación adecuada ni una oportunidad de asistir al interrogatorio de la única testigo de NIFA. MSDIA había notificado con antelación al tribunal que tenía la intención de asistir al interrogatorio, y el incumplimiento del tribunal en dar una notificación previa tenía claramente la intención de privar al consejo de MSDIA de esa oportunidad. Esta falta de notificación y privación del derecho de asistir al interrogatorio de testigos de acuerdo con los procedimientos ordinarios de las cortes ecuatorianas es una denegación de justicia.

- (2) MSDIA fue perjudicado por el incumplimiento del Tribunal de Primera Instancia en enviarle notificación del testimonio de la Sra. Usher De Ranson

632. Ecuador argumenta que MSDIA exagera la importancia de la asistencia del consejo al testimonio de testigos. Ecuador sugiere que, debido a que las preguntas son hechas al testigo por el juez y no por el consejo, el papel del consejo en testimonio es limitado y que, por lo tanto, la asistencia del consejo tiene una importancia limitada. El argumento de Ecuador es tanto irrelevante como erróneo.

633. Como se explicó anteriormente, el cumplimiento con las reglas de procedimientos del Estado no es una defensa ante una violación de los estándares internacionales del debido proceso.⁷⁴⁴ Ecuador no cita a *ninguna* autoridad internacional para la proposición de que un tribunal nacional puede aplicar sus propias reglas de procedimientos para privar a un litigante extranjero de sus derechos *de conformidad con la ley internacional* a una notificación adecuada de la evidencia en su contra, y de la capacidad para confrontar el testimonio de testigos adversos.

634. En cualquier caso, la descripción de Ecuador del papel del abogado en la toma de testimonio de testigo en los tribunales ecuatorianos es engañosa.

635. El Dr. Ponce Martínez explica que, como se podría sospechar, los abogados ecuatorianos generalmente asisten a la toma de testimonio de los testigos, y su asistencia es significativa para

⁷⁴² Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 23.

⁷⁴³ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 22; *compárese* Documento probatorio C-149, Testimonio de Anne Karsen Renson [también conocida como Anne Usher de Ranson], *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia, fechado 29 de agosto de 2005, en 1-4 (que responde a las preguntas 1-12 planteadas por MSDIA), *con* Documento probatorio C-145, Solicitud de MSDIA del 29 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia, en 2-4 (que incluye las preguntas 1-12). *Ver también* Documento probatorio C-146, Solicitud de MSDIA del 25 de agosto de 2005, *NIFA contra MSDIA*, Corte de Primera Instancia, en 1-4 (que incluye las preguntas 13-30).

⁷⁴⁴ *Ver más arriba* en par.569-571.

los procedimientos relacionados con la evidencia en el caso.⁷⁴⁵ Entre otras cosas, es una práctica habitual que el abogado de la otra parte asista a la toma de evidencia y que presente preguntas al juez para el contrainterrogatorio del testigo en el momento del testimonio.⁷⁴⁶

636. Contrariamente a la opinión de Ecuador, las preguntas no son regularmente presentadas con mucha antelación al testimonio del testigo, porque esto le daría tiempo al testigo para preparar sus respuestas con antelación al conocer las preguntas que se le harían.⁷⁴⁷ En su lugar, el abogado experimentado espera hasta muy poco antes o incluso hasta después de que el testimonio haya comenzado para presentar las preguntas que desea que el tribunal le haga al testigo.⁷⁴⁸

637. Adicionalmente, los abogados asisten a la toma de evidencia de testigo de manera que puedan evaluar la credibilidad del testigo por sí mismos y garantizar que la transcripción del tribunal del testimonio refleje fielmente el testimonio del testigo. Como el Dr. Ponce Martínez explica:

“el testimonio del testigo en el tribunal ecuatoriano no es registrado por un relator del tribunal como una transcripción verbal exacta. En su lugar, un secretario del tribunal que no es especialista en tales asuntos es asignado para preparar un memorial con las respuestas del testigo a medida que son dadas. Por esta razón, existe un alto riesgo de que el registro incluya errores o imprecisiones, pero cuando un abogado está presente, puede tratar de garantizar que el registro refleje fielmente el testimonio. En segundo lugar, asistir al testimonio del testigo le permite a un abogado hacer un juicio sobre la credibilidad del testigo. En mi experiencia, si un testigo adverso no es creíble, un juez es menos propenso a confiar en un testigo poco confiable para resolver un caso si el abogado de la parte contraria estuvo presente en el testimonio. ... [T]anto el tribunal de primera instancia como el tribunal de segunda instancia confiaron fuertemente en el testimonio de la Sra. Usher de Ranson, el cual no se apoyaba en hechos reales, al determinar que MSDIA era responsable”.⁷⁴⁹

638. La ausencia del abogado de MSDIA durante el testimonio de la Sra. Usher de Ranson fue por lo tanto significativo y causó perjuicio a MSDIA. La falta del tribunal en proporcionar a MSDIA una notificación adecuada y una oportunidad para participar en el testimonio de la Sra. Usher de Ranson a través de los procedimientos ordinarios de los tribunales ecuatorianos fue una denegación de justicia. Ecuador no ha ofrecido una defensa significativa de las acciones del tribunal con respecto a dicho testimonio.

(3) MSDIA objetó a tiempo el testimonio de la Sra. Mrs. Usher de Ranson

⁷⁴⁵ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en párrafos 11-13.

⁷⁴⁶ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en párrafos 11-12.

⁷⁴⁷ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 12.

⁷⁴⁸ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 12. El beneficio estratégico de este enfoque es obvio: evita una situación en la cual el abogado de la otra parte y el testigo tienen tiempo para considerar las preguntas y para planificar sus respuestas. En absoluto contraste, las acciones del tribunal protegieron a la Sra. Usher de Ranson de responder preguntas sin notificación significativa —cada una de las 12 preguntas que ella debía responder había estado en el registro público por más de un año para el momento en que se le hizo el interrogatorio.

⁷⁴⁹ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 13.

639. Finalmente, Ecuador afirma que no debería permitírsele a MSDIA presentar una queja sobre el testimonio de la Sra. Usher de Ranson porque MSDIA supuestamente no objetó ni el primer testimonio de la Sra. Usher de Ranson del 28 de junio de 2004 ni la falta del tribunal de primera instancia en hacer las 18 preguntas adicionales de MSDIA a la Sra. Usher de Ranson durante su segunda presentación.⁷⁵⁰ Ecuador está equivocado en ambos planteamientos.

640. Con respecto al testimonio del 28 de junio de 2004, MSDIA presentó dos solicitudes al día siguiente mediante las cuales objetaba explícitamente la falta del tribunal en enviar una notificación adecuada del testimonio.⁷⁵¹ En lo que concierne al testimonio del 29 de agosto de 2005, MSDIA nuevamente objetó al día siguiente, y solicitó que el tribunal declarara nulo el testimonio porque a los abogados de MSDIA no se les permitió asistir debido a la falta de notificación adecuada, y porque el tribunal no hizo las 18 preguntas adicionales que habían sido presentadas por MSDIA.⁷⁵² Cuando la solicitud de MSDIA fue rechazada, MSDIA presionó para que se hiciera una reconsideración y luego una apelación, pero ambas fueron rechazadas sin razonamiento adecuado.⁷⁵³

- d) La sentencia del tribunal de apelaciones no consideró ninguna evidencia presentada por MSDIA

641. El Memorial de MSDIA explica que la sentencia del tribunal de apelaciones estuvo completamente parcializada y sesgada a favor del demandante ecuatoriano, porque consideró *solamente* la evidencia presentada por el demandante y se negó a considerar *cualquier otra evidencia* presentada por MSDIA en su defensa. El tribunal de apelaciones expresamente y sin base afirmó en su sentencia que MSDIA había renunciado a su dependencia de toda la evidencia que había presentado en los procedimientos del tribunal de apelaciones, al concluir que: “Para que conste, el demandado en esta instancia renunció expresamente a la evidencia dirigida a disipar las bases del veredicto en primera instancia”.⁷⁵⁴

642. “La evidencia dirigida a disipar las bases del veredicto en primera instancia” fue, por supuesto, toda la evidencia presentada por MSDIA en el curso de los procedimientos del tribunal de apelaciones. De hecho, el propósito de la apelación de MSDIA de la sentencia del tribunal de apelaciones fue “disipar las bases del veredicto en primera instancia”.

643. La negativa del tribunal de apelaciones de considerar la evidencia de MSDIA hizo que el tribunal *solamente* considerara la evidencia presentada por NIFA. La consideración del tribunal de la evidencia de solamente una parte condujo a un análisis distorsionado y parcializado del registro de hechos que fue una obvia negación de justicia a MSDIA.

⁷⁵⁰ Contra-memorial de Ecuador, en párrafos 406, 415.

⁷⁵¹ Documento probatorio C-145, Solicitud de MSDIA del 29 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia; Documento probatorio C-234, Solicitud de MSDIA del 29 de junio de 2004, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 16.

⁷⁵² Documento probatorio C-237, Solicitud de MSDIA del 30 de agosto 2005, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Primera Instancia; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 26.

⁷⁵³ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 26.

⁷⁵⁴ Documento probatorio C-4, Sentencia de el Tribunal de Apelaciones, *NIFA contra MSDIA*, fechada el 23 de septiembre de 2011, en 15-16; Memorial de MSDIA en párrafos 121-122.

644. Como explicó el tribunal en la indemnización *Amco Asia Corp. contra Indonesia*, el cual MSDIA discutió en detalle en su Memorial, es una negación de justicia que un ente nacional que deba tomar una decisión “evalúe” los “hechos... basado *únicamente* en” la evidencia presentada por una parte, sin tomar en cuenta “el lado de la historia” de un litigante extranjero.⁷⁵⁵ En ese caso, el tribunal sostuvo que una decisión que revocó la licencia del solicitante para invertir en Indonesia “estuvo corrompida por la mala fe, reflejada en eventos en los procedimientos”, como resultado de la mera repetición llevada a cabo por el ente que debía tomar la decisión de alegaciones claramente erróneas hechas por la entidad indonesia que había solicitado la revocación de la licencia del solicitante.⁷⁵⁶

645. En este Contra-Memorial, Ecuador argumenta que el tribunal de apelaciones no concluyó que la MSDIA había renunciado a su dependencia de toda la evidencia que había presentado.⁷⁵⁷ Ecuador argumenta que la página en el registro que el tribunal cita para apoyar su referencia a la renuncia de evidencia de MSDIA es una solicitud presentada por MSDIA el 16 de abril de 2010, en la cual MSDIA retiró una solicitud que había hecho anteriormente en el procedimiento para la designación de un experto en daños.⁷⁵⁸ Ecuador argumenta que el tribunal debió haberse referido al hecho de que MSDIA había renunciado solamente a su solicitud de un experto en daños y no a que MSDIA había renunciado a su dependencia de toda la evidencia que había presentado.⁷⁵⁹

646. Dejando de lado los méritos de su argumento, la lectura de Ecuador de la petición de MSDIA en la que el tribunal apoyó su conclusión de que MSDIA “había renunciado a la evidencia dirigida a disipar las bases del veredicto en primera instancia” es obviamente correcta. Dicha petición estaba de hecho expresamente limitada al retiro de una solicitud de que un único experto fuera designado, y como Ecuador reconoce, simplemente no hay una lectura razonable por la cual pudiera considerarse que MSDIA había “renunciado” a ninguna otra cosa.⁷⁶⁰

647. El argumento de Ecuador de que el tribunal no determinó que MSDIA había renunciado a su dependencia en toda su evidencia, sin embargo, no resiste escrutinio. De hecho, el tribunal simplemente usó la petición de MSDIA como un pretexto para sostener sólo eso.

648. La sentencia del tribunal de apelaciones podía haber simplemente afirmado que MSDIA había retirado su petición de un experto en daños, pero no es así. En su lugar, el tribunal afirma abiertamente que MSDIA “expresamente renunció a la evidencia dirigida a disipar las bases del

⁷⁵⁵ Documento probatorio CLM-118, *Amco Asia Corp., et al. contra República de Indonesia*, Laudo, fechado el 20 de noviembre de 1984, 1 Informes ICSID 413, en par. 120 (énfasis agregado). Esta determinación fue hecha por un tribunal anterior, cuya Indemnización había sido anulada por un Comité ad hoc, pero cuyas determinaciones sobre las violaciones al debido proceso cometidas por Indonesia fueron tratadas como res judicata por el segundo tribunal que fue constituido para escuchar el caso. Ver Documento probatorio CLM-119, *Amco Asia Corp., et al. contra República de Indonesia*, Caso de indemnización presentado nuevamente, fechado el 31 de mayo de 1990, 1 Informes ICSID 569, en par. 28.

⁷⁵⁶ Documento probatorio CLM-119, *Amco Asia Corp., et al. contra República de Indonesia*, Caso de indemnización presentado nuevamente, fechado el 31 de mayo de 1990, 1 ICSID Informes 569, en par. 98.

⁷⁵⁷ Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos 495-496.

⁷⁵⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 495.

⁷⁵⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en pars 495-496.

⁷⁶⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 495; Documento probatorio C-26, Petición de MSDIA del 16 de abril de 2010, *NIFA contra MSDIA*, Tribunal de Apelaciones. Ver también Declaración de Primer Testigo de Ponce Martínez en , párrafos 52-53.

veredicto en primera instancia”.⁷⁶¹ Toda la evidencia que MSDIA presentó al tribunal de apelaciones estaba “dirigida a disipar las bases del veredicto en primera instancia”, y naturalmente se entiende que la referencia del tribunal a la evidencia de MSDIA incluye toda la evidencia que presentó en el tribunal de apelaciones.⁷⁶²

649. En consonancia con el lenguaje amplio del tribunal, la sentencia del tribunal de apelaciones, de hecho, no considera *ninguna* de las evidencias presentadas por MSDIA. Ecuador argumenta que el tribunal de apelaciones consideró (y sumariamente rechazó) los informes de experto presentados por el Dr. De Leon y por el Sr. Silva (quienes habían sido designados por el tribunal a solicitud de MSDIA).⁷⁶³ No obstante, el Dr. De Leon y el Sr. Silva eran expertos *designados por el tribunal*, y sus informes no eran evidencia presentada por MSDIA.⁷⁶⁴

650. De hecho, no hay ninguna referencia en ningún lugar de la sentencia del tribunal de apelaciones a ninguna evidencia documental de MSDIA (incluso cientos de páginas de correos electrónicos y otra correspondencia generada entre MSDIA y NIFA durante las negociaciones), o a ninguno de los datos de mercadeo, numerosas declaraciones de testigo, informes de experto presentados por la parte, o ninguna otra en las miles de páginas de evidencia presentadas por MSDIA en el registro en el tribunal de apelaciones.⁷⁶⁵ La falta del tribunal en no considerar ninguna de las evidencias de MSDIA es consistente con su declaración de que consideraba que MSDIA había renunciado a su dependencia de toda la evidencia que había presentado. Esto es también una clásica denegación de justicia.

- e) Otras irregularidades en los procedimientos del tribunal inferior son evidencia adicional de la parcialidad y predisposición del tribunal de fallar en contra de MSDIA

651. El Memorial de MSDIA y las declaraciones de testigo del Dr. Ponce Martínez detallan otros ejemplos de falta de ética en los tribunales inferiores que sirven como evidencia adicional de la parcialidad y predisposición de dichos tribunales para fallar a favor de NIFA y en contra de MSDIA.

652. Entre otras cosas, los tribunales inferiores fallaron repetidamente en dar a MSDIA una notificación de las decisiones clave que eran importantes para que MSDIA ejerciera sus derechos de apelación.⁷⁶⁶ Estas faltas de notificación fueron claramente calculadas para causar perjuicio a MSDIA y para evitar que MSDIA fuera capaz de presentar su caso y de defenderse contra las alegaciones atroces de NIFA.⁷⁶⁷ Este patrón de conducta es inconsistente con los estándares

⁷⁶¹ Documento probatorio C-4, Sentencia de el Tribunal de Apelaciones, NIFA contra MSDIA, fechada el 23 de septiembre de 2011, en 15-16.

⁷⁶² Adicionalmente, como el Dr. Ortega indica, el tribunal utilizó la forma plural de la palabra en español para evidencia (“pruebas”), la cual se refiere a varias piezas de evidencia y “no podía referirse únicamente al informe del Sr. Cabrera”. Informe de Segundo Experto de Ortega, en par. 48.

⁷⁶³ Contra-Memorial de Ecuador en par. 496.

⁷⁶⁴ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 81.

⁷⁶⁵ Informe de Segundo Experto de Ortega, en pars 49-51; Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 82.

⁷⁶⁶ *Por ejemplo*, Memorial de MSDIA en párrafos 59-61; 62-67.

⁷⁶⁷ Ecuador afirma que los tribunales inferiores fallaron a favor de MSDIA en ciertos asuntos menores de evidencia,

mínimos internacionales del debido proceso y adicionalmente confirma que MSDIA fue sujeto a una denegación de justicia en dichos tribunales.

653. Ecuador no ofrece ninguna respuesta real al patrón de esfuerzos calculados para privar a MSDIA de sus derechos de apelación. Ecuador argumenta que debido a que las faltas en notificar adecuadamente a MSDIA de decisiones clave no resultaron realmente en que MSDIA perdiera su derecho a apelar, son irrelevantes.⁷⁶⁸ Ese no es el punto.

654. MSDIA no está argumentando que fue privado del debido proceso porque fue incapaz de apelar. Más precisamente, las repetidas faltas de los tribunales en dar notificación de acuerdo con el procedimiento ecuatoriano y sus propias prácticas ordinarias es evidencia de sesgo y parcialidad contra MSDIA. Es el sesgo y la imparcialidad de los tribunales los que son inconsistentes con los estándares internacionales del debido proceso y que constituyen una denegación de justicia. Las refutaciones detalladas de MSDIA a las respuestas factuales expresadas por Ecuador en este respecto están contenidas en la Respuesta a la declaración de testigo del Dr. Ponce Martínez, en los párrafos del 37 al 43.

655. El Memorial de MSDIA también estableció en detalle las circunstancias altamente irregulares alrededor de la emisión de la sentencia del tribunal de primera instancia.⁷⁶⁹ Dichas circunstancias sugieren fuertemente que la sentencia del tribunal de primera instancia fue producto de parcialidad y corrupción, y no de una revisión de buena fe del registro de hechos.

656. Como MSDIA explicó en su Memorial, la jueza que emitió la decisión del tribunal de primera instancia, la Jueza Temporal Chang-Huang, fue designada al caso para reemplazar al juez del tribunal de primera instancia que había presidido todos los procedimientos del tribunal de primera instancia.⁷⁷⁰ La jueza no tomó acción en el caso por más de tres meses tras su designación, y luego, abruptamente, asumió competencia en el caso y emitió la sentencia tres horas después.⁷⁷¹ Ella no pudo haber llevado a cabo una revisión significativa del archivo del caso, que consistía en más de 6.000 páginas de evidencia y notas,⁷⁷² antes de emitir la decisión.

657. Adicionalmente, existe evidencia decisiva que sugiere que la sentencia no fue producto de su propio trabajo. Entre otras cosas, la sentencia presentaba errores tipográficos y gramaticales idénticos a la reclamación de NIFA, lo que sugería que ambos documentos se habían originado de la misma fuente,⁷⁷³ y dos expertos en lingüística compararon un número de

lo que claramente evidencia su imparcialidad. El hecho de que los tribunales inferiores hayan fallado a favor de MSDIA en un grupo de asuntos de procedimiento mientras que simultáneamente privaban a MSDIA de sus derechos según el debido proceso es, por supuesto, irrelevante para la responsabilidad de Ecuador como materia de derecho internacional. En cualquier caso, es sugerente que los “fallos favorables” citados por Ecuador trataran asuntos no materiales, mientras que los fallos hechos por los tribunales inferiores a favor de NIFA principalmente incluían sus indemnizaciones de 150 y 200 millones de dólares por daños.

⁷⁶⁸ Contra-Memorial de Ecuador en párrafos 446, 454.

⁷⁶⁹ Memorial de MSDIA en párrafos 53-58.

⁷⁷⁰ Memorial de MSDIA en par. 53; Declaración de Primer Testigo de Ponce Martínez en par. 19.

⁷⁷¹ Memorial de MSDIA en par. 54; Documento probatorio C-3, Sentencia de Corte de Primera Instancia, *NIFA contra MSDIA*, fechada el 17 de diciembre de 2007; Declaración de Primer Testigo de Ponce Martínez en párrafos 19, 23.

⁷⁷² Declaración de Primer Testigo de Ponce Martínez en par. 23.

⁷⁷³ Declaración de Testigo de Ponce Martínez en par. 22; Documento probatorio C-18, Informe de Alfonso León Asqui y del Dr. Bruno Sáenz Andrade sobre *NIFA contra MSDIA* Sentencia de Primera Instancia, *MSDIA contra*

otras sentencias emitidas por la Jueza Temporal Chang-Huang y concluyeron que la decisión del caso *NIFA contra MSDIA* fue probablemente redactada por otra persona que no era la Jueza temporal Chang-Huang.⁷⁷⁴ Adicionalmente, como se indicó anteriormente, la Jueza temporal Chang-Huang subsecuentemente admitió que no era la autora de la sentencia y que había sido presionada inadecuadamente para fallar en contra de MSDIA.⁷⁷⁵

658. En este Contra-Memorial, Ecuador no presenta ninguna evidencia que establezca o al menos sugiera que la Jueza temporal Chang-Huang revisó independientemente el caso del tribunal de *NIFA contra MSDIA* o dictaminó la sentencia que emitió bajo su nombre. Ecuador simplemente reclama que la evidencia de MSDIA no excluye definitivamente ninguna posibilidad de que la Jueza temporal Chang-Huang lo haya hecho.

659. En primer lugar, Ecuador sugiere que MSDIA no ha establecido conclusivamente que la Jueza temporal Chang-Huang no estudió adecuadamente el registro antes de emitir la decisión, porque ella pudo haber revisado el registro durante los dos meses entre su designación al caso y la emisión de la sentencia.⁷⁷⁶ La especulación de Ecuador sobre este punto es contradicha por los propios registros del tribunal.

660. Como el Dr. Ponce Martínez explica en su Respuesta a la declaración de testigo, los propios registros de los tribunales muestran que la Jueza temporal Chang-Huang no tuvo acceso al archivo del caso *NIFA contra MSDIA* hasta el miércoles 12 de diciembre de 2007, y que el archivo fue devuelto el lunes 17 de diciembre de 2007, el mismo día en que se emitió la sentencia.⁷⁷⁷ En otras palabras, los registros del tribunal demuestran de manera conclusiva que la Jueza temporal Chang-Huang no llevó a cabo la revisión del registro del caso *NIFA contra MSDIA* durante los dos meses que siguieron a su designación al caso. En su lugar, ella tuvo acceso al registro durante sólo unos pocos días antes de emitir su decisión. Simplemente no es posible que pudiera haber llevado a cabo una revisión significativa del registro de 6.000 páginas en ese tiempo.

661. Ecuador además argumenta que el hecho de que la Jueza temporal Chang-Huang asumiera la competencia del caso menos de tres horas y media antes de emitir la sentencia no implica que ella no haya trabajado en el caso antes de ese momento.⁷⁷⁸ Pero, como el abogado

Chang-Huang, fechada el 26 de enero de 2009, en 4-9 (en la que se detallan las similitudes entre la reclamación de NIFA y la sentencia, y concluye que una sección significativa de la sentencia es “esencialmente, el mismo texto”).

⁷⁷⁴ Documento probatorio C-18, Informe de Alfonso León Asqui y del Dr. Bruno Sáenz Andrade sobre *NIFA contra MSDIA* Sentencia de Primera Instancia, *MSDIA contra Chang-Huang*, fechada el 26 de enero de 2009, en 4-9. Ver también Declaración de Testigo de Ponce Martínez en par. 23. El Departamento de Estado de Estados Unidos reconoce que ha habido numerosos informes de medios de comunicación en Ecuador “sobre la susceptibilidad de... jueces que dividen casos entre abogados externos, quienes redactan las sentencias judiciales y las envían de nuevo al juez que preside la causa para que las firme”. Documento probatorio C-96, Departamento de Estado de Estados Unidos, 2010, Informe del País sobre las Prácticas de los Derechos Humanos: Ecuador, en 9.

⁷⁷⁵ Memorial de MSDIA en párrafos 188-192.

⁷⁷⁶ Contra-Memorial de Ecuador en par. 426.

⁷⁷⁷ Documento probatorio C-234, Testimonio de Carlos Alfonso Espín Arias, *MSDIA contra Chang-Huang*, fechado el 4 de diciembre de 2008, en 1-2 (en respuesta a las Preguntas 6-10); Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez, en párrafos 30-31.

⁷⁷⁸ Contra-Memorial de Ecuador en par. 426.

principal de MSDIA, el Dr. Alejandro Ponce Martínez, confirma, el acto por medio del cual un juez “asume la competencia” de un caso “no es simplemente un paso formal”.⁷⁷⁹

662. El propósito del acto de asumir competencia es dar notificación a las partes de la identidad del juez que decidirá el caso, y como tal este paso debe tomarse como “el primer acto de un juez en [un] asunto, antes de llevar a cabo ningún trabajo sobre el caso”.⁷⁸⁰ El hecho de que la Jueza temporal Chang-Huang haya asumido competencia del asunto sólo horas antes de emitir la decisión es evidencia adicional de que no llevó a cabo ningún análisis significativo del caso antes de tomar su decisión.

663. Adicionalmente, Ecuador especula que el juez original del tribunal de primera instancia, el Juez Toscano Garzón, pudo haber preparado una parte o la totalidad de un borrador de sentencia antes de su ascenso al tribunal de apelaciones en septiembre de 2007, el cual la Jueza temporal Chang-Huang pudo haber adoptado subsecuentemente como su propio trabajo.⁷⁸¹ Las circunstancias del caso sugieren fuertemente que esto no ocurrió.

664. Cuando el Juez Toscano Garzón posteriormente se retiró él mismo del panel del tribunal de apelaciones asignado para decidir la apelación de la sentencia de la Jueza temporal Chang-Huang, lo hizo bajo la base de que había designado al abogado de NIFA, Juan Carlos Andrade, como su juez “alternativo” para presidir en los casos en los que él no pudiera participar.⁷⁸² No citó como razón para su retiro el hecho de que había redactado una parte o la totalidad de la sentencia que estaba siendo apelada. Si él hubiera redactado la sentencia, hubiera tenido que citar ese hecho como la razón principal para su retiro.⁷⁸³

665. En pocas palabras, el registro de hechos confirma lo que es aparente frente a la sentencia: La Jueza Temporal Chang-Huang no llevó a cabo (y no pudo haberlo hecho) un estudio significativo del registro del tribunal antes de emitir su decisión.

666. La falta de la Jueza temporal Chang-Huang en llevar a cabo aunque sea una revisión somera del registro antes de emitir una sentencia en la que adoptó los alegatos sin pruebas de NIFA como suyas y en la que le concedió a NIFA los 200 millones de dólares por daños que pretendía en su reclamación, bajo circunstancias que sugieren fuertemente que la sentencia no fue producto de su propio trabajo, es también una clásica negación de justicia.

3. Ecuador no niega que los jueces del tribunal inferior y el demandante ecuatoriano tengan una historia de comportamiento corrupto

667. El Memorial de MSDIA describió la larga lista de reclamaciones judiciales dirigidas a la jueza del tribunal de primera instancia, la Jueza temporal Chang-Huang, durante su corto ejercicio como jueza, inclusive alegatos de que solicitó pagos y permitió otras formas de influencia inadecuada sobre su toma de decisiones como jueza. Estas reclamaciones condujeron

⁷⁷⁹ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 32.

⁷⁸⁰ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 32.

⁷⁸¹ Contra-Memorial de Ecuador en par. 427.

⁷⁸² Documento probatorio C-241, Retiro del Juez Juan Toscano Garzón, *NIFA contra MSDIA*, fechado el 29 de julio de 2008.

⁷⁸³ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 32.

en última instancia a su despido de la oficina en julio de 2010 por mala práctica. En julio de 2012, el Consejo de la Judicatura de Ecuador determinó que había cometido violaciones serias durante su ejercicio como jueza temporal.⁷⁸⁴

668. MSDIA también expuso en su Memorial que el Juez Hernán Alberto Palacios Durango, el presidente del despacho de tres jueces del tribunal de apelaciones que presidía el caso de *NIFA*, y el autor de la decisión en dicho caso, había sido investigado por las autoridades ecuatorianas en múltiples ocasiones por corrupción en conexión con sus deberes judiciales. Entre otras cosas, fue temporalmente revocado de su posición junto con el Juez Toscano Garzón (quien presidió gran parte del caso *NIFA contra MSDIA* en el tribunal de primera instancia) por “ofensas serias en el desempeño de sus deberes” que tenían la intención de “beneficiar ilegalmente” a una parte en un caso que ellos estaban examinando.⁷⁸⁵

669. Ecuador trata de restar importancia a la historia de corrupción de los jueces Palacios Durango y Chang-Huang, argumentando que el patrón documentado de alegatos de corrupción judicial es irrelevante porque ninguna de las reclamaciones disciplinarias presentadas en su contra se relacionaba directamente con el caso *NIFA contra MSDIA*.⁷⁸⁶ La sugerencia de Ecuador de que este Tribunal debería obviar cualquier alegación de corrupción judicial en otros casos, incluso alegatos dirigidos contra los mismos jueces que emitieron las sentencias en contra de MSDIA, es sorprendente.

670. Como se explicó anteriormente, aunque el hecho de que los jueces que dictaminaron las sentencias en el caso *NIFA contra MSDIA* han sido disciplinados por corrupción judicial en otros casos no establece definitivamente que hayan aceptado sobornos en el caso *NIFA*, es evidencia circunstancial poderosa de corrupción en el caso *NIFA contra MSDIA*, particularmente a la luz de la naturaleza abiertamente irracional de las sentencias en dicho caso.⁷⁸⁷

671. Ecuador también trata de restar importancia a las múltiples declaraciones de la propia Jueza temporal Chang-Huang, en las que admitía que no había ejercido su función judicial para decidir el caso *NIFA contra MSDIA* de manera independiente y honesta.⁷⁸⁸ Como se estableció en el Memorial de MSDIA, en septiembre de 2008, la Jueza temporal Chang-Huang abiertamente (y sin provocación) le dijo a la abogada de Quevedo & Ponce, María Cristina Ponce Villacís y al abogado de Quito Jorge Antonio Pinos que ella había emitido una decisión por 200 millones de dólares a favor de NIFA debido a presión de ajenos que buscaban interferir con sus decisiones.⁷⁸⁹ Además admitió al Sr. Pinos y a la Sra. Ponce que ella rutinariamente decidía casos con base sólo en una revisión superficial del archivo,⁷⁹⁰ y que se sentía aliviada de que MSDIA hubiera apelado su decisión porque ella “se había librado”.⁷⁹¹

⁷⁸⁴ Memorial de MSDIA en párrafos 183-192.

⁷⁸⁵ Documento probatorio C-114, *Ecuador Revierte la Destitución de Dos Jueces*, UPI ESPAÑOL, 9 de julio de 2012.

⁷⁸⁶ Contra-Memorial de Ecuador en párrafos 506, 513.

⁷⁸⁷ *Ver arriba* en Sección III(A).

⁷⁸⁸ Contra-Memorial de Ecuador en , párrafos 432-435.

⁷⁸⁹ Memorial de MSDIA en par. 191; Documento probatorio C-88, Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA contra Chang-Huang*, fechado el 4 de diciembre de 2008, en 3 (en respuesta a la Pregunta 17).

⁷⁹⁰ Documento probatorio C-88, Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA contra Chang-Huang*, fechado el 4 de diciembre de 2008, en 2 (en respuesta a la Pregunta 6).

⁷⁹¹ Documento probatorio C-89, Testimonio de María Cristina Ponce Villacís, *MSDIA contra Chang-Huang*,

672. En marzo de 2012, la para ese entonces Jueza temporal Chang-Huang le dijo al abogado de MSDIA Marcelo Santamaría que ella nunca había tenido la intención de emitir la decisión,⁷⁹² pero que el juez original del tribunal de primera instancia, el Juez Toscano Garzón, y su antiguo secretario, Ricardo López, le hicieron una “mala jugada”⁷⁹³ al preparar la decisión y obtener su firma sin que ella se diera cuenta de que la estaba firmando.⁷⁹⁴

673. Ecuador no presenta ninguna evidencia por su parte sobre la emisión de la sentencia de parte de la Jueza temporal Chang-Huang o sobre sus comentarios a los abogados de MSDIA. Ecuador simplemente argumenta que la evidencia de MSDIA de las declaraciones de la Jueza temporal Chang-Huang sobre la sentencia no es confiable porque está apoyada en personas que representan o representaban a MSDIA.⁷⁹⁵ La crítica de Ecuador es errónea.

674. Como punto inicial, el Sr. Pinos no representa a MSDIA.⁷⁹⁶ Más fundamentalmente, las declaraciones de la Sra. Ponce, del Sr. Pinos, y del Dr. Santamaría contienen fuertes indicios de fiabilidad. Dos testigos separados de las declaraciones que la Jueza temporal Chang-Huang hiciera en septiembre 2008 ofrecieron testimonio jurado y consistente afirmando el contenido de sus declaraciones.⁷⁹⁷ De forma similar, el Dr. Santamaría personalmente confirmó el contenido de las declaraciones de la Jueza temporal Chang-Huang de marzo de 2012 en un documento firmado para este Tribunal.⁷⁹⁸ Adicionalmente, el Dr. Ponce Martínez confirma que los documentos de las declaraciones de la Jueza temporal Chang-Huang incluidos en el Memorial de MSDIA guardan, en ambos casos, “completa consonancia con las descripciones de las conversaciones que me fueron dadas inmediatamente después de que las mismas tuvieran lugar”.⁷⁹⁹

675. En otras palabras, existen razones convincentes para concluir que la Jueza temporal Chang-Huang dijo las palabras que los testigos de dichas conversaciones le han atribuido a ella. Particularmente cuando son consideradas a la luz del contenido de la sentencia, las circunstancias alrededor de su emisión, y el registro confirmado de falta de ética judicial de la Jueza temporal Chang-Huang, las declaraciones de la Jueza temporal Chang-Huang suman evidencia significativa de que la sentencia fue producto de influencia inadecuada en el tribunal.

fechado el 4 de diciembre de 2008, en 2 (en respuesta a las Preguntas 9 y 10). Ver también Documento probatorio C-88, Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA contra Chang-Huang*, fechado el 4 de diciembre de 2008, en 2 (en respuesta a la Pregunta 10).

⁷⁹² Memorial de MSDIA en par. 190; Declaración de Testigo de Santamaría Martínez, e informe adjunto; Declaración de Testigo de Ponce Martínez en parágrafos 24-25.

⁷⁹³ Ver Declaración de Testigo de Santamaría Martínez, e informe adjunto; Declaración de Testigo de Ponce Martínez en parágrafos 24-25.

⁷⁹⁴ Ver Declaración de Testigo de Santamaría Martínez, e informe adjunto; Declaración de Testigo de Ponce Martínez en parágrafos 24-25. La Jueza Temporal Chang-Huang alegó en el momento de su reunión con el Dr. Santamaría que estaba dispuesta a cooperar con MSDIA para corregir la injusticia, pero luego no se presentó a una reunión planificada con los abogados ecuatorianos de MSDIA. *Id.*

⁷⁹⁵ Contra-Memorial de Ecuador en parágrafos 432-435.

⁷⁹⁶ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 36.

⁷⁹⁷ Documento probatorio C-89, Testimonio de María Cristina Ponce Villacís, *MSDIA contra Chang-Huang*, fechado el 4 de diciembre de 2008; Documento probatorio C-88, Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA contra Chang-Huang*, fechado el 4 de diciembre de 2008.

⁷⁹⁸ Ver Declaración de Testigo de Santamaría Martínez, e informe adjunto.

⁷⁹⁹ Segunda declaración de testigo de Ponce Martínez en par. 36.

676. El argumento de Ecuador de que inconsistencias entre ambas declaraciones de la Jueza Temporal Chang-Huang las hacen poco fidedignas⁸⁰⁰ no vienen al caso. MSDIA no ha alegado que una u otra de sus explicaciones sea cierta. Lo que ambas declaraciones comparten, sin embargo, es el conocimiento de la Jueza temporal Chang-Huang de que no había emitido una sentencia justa después de realizar una evaluación independiente del caso. Si ella hubiera hecho su trabajo de forma honesta, no habría tenido ningún incentivo para alegar que la decisión era resultado de otra cosa distinta a una revisión completa y adecuada del registro.

D. Existe evidencia extendida de corrupción sistemática en el sistema judicial de Ecuador

677. El Memorial de MSDIA citó numerosos informes de organizaciones no gubernamentales y del Departamento de Estado de Estados Unidos, así como declaraciones públicas de funcionarios ecuatorianos, que concluyeron que el sistema de justicia de Ecuador es corrupto, ineficaz y deficiente en independencia y debido proceso.⁸⁰¹

678. Como se estableció en el Memorial de MSDIA, significativos organismos internacionales de control de corrupción judicial, entre los que se incluye el Proyecto de Justicia Mundial, el Foro Económico Mundial, Transparencia Internacional y Observación de Derechos Humanos, consistentemente criticaron el sistema judicial de Ecuador por corrupción penetrante.⁸⁰² El Departamento de Estado de Estados Unidos, cuyos informes anuales del país son citados ampliamente por comentaristas y tribunales internacionales, igualmente observa que las “[d]ebilidades sistemáticas en el sistema judicial [de Ecuador] y su susceptibilidad a presiones políticas o económicas constituyen problemas importantes a los que se enfrentan las compañías de Estados Unidos que invierten o comercializan en Ecuador”.⁸⁰³ Incluso los propios altos funcionarios del gobierno de Ecuador, incluso el Presidente Correa, han criticado el sistema judicial de Ecuador por corrupción.⁸⁰⁴

679. En su Contra-Memorial, Ecuador no cita ningún comentario, análisis, o declaraciones de sus propios funcionarios de gobierno en defensa de su sistema judicial. Dicho de forma sencilla, Ecuador no ha presentado evidencia de que su sistema judicial sea capaz de emitir decisiones imparciales basadas en el estado de derecho. En vez de presentar una defensa de su sistema judicial, Ecuador sugiere que los múltiples informes públicos de corrupción citados por MSDIA no son confiables.⁸⁰⁵ Específicamente, Ecuador cuestiona las metodologías de investigación utilizadas por organizaciones no gubernamentales,⁸⁰⁶ cuestiona la neutralidad de los informes del

⁸⁰⁰ Contra-Memorial de Ecuador en par. 435.

⁸⁰¹ Memorial de MSDIA en par. 161.

⁸⁰² Documento probatorio C-219, Proyecto de Justicia Mundial, Índice de Estado de Derecho 2012-2013; Documento probatorio C-218, Foro Económico Mundial, El Informe de Competitividad Global 2012-2013; Documento probatorio C-210, Transparencia Internacional, Índice de Percepciones de Corrupción 2012; Documento probatorio C-216, Observación de Derechos Humanos, Informe Mundial 2013.

⁸⁰³ Documento probatorio C-217, U.S. Departamento de Estado, 2013 Declaración sobre el Clima de Inversión: Ecuador, en 4.

⁸⁰⁴ Documento probatorio C-110, *Presidente Correa: Querían menospreciar al gobierno y no pudieron*, OPINIÓN, 4 de agosto de 2012, en 2.

⁸⁰⁵ Contra-Memorial de Ecuador en parágrafos 340-347.

⁸⁰⁶ Contra-Memorial de Ecuador en parágrafos 340-347.

Departamento de Estado de Estados Unidos,⁸⁰⁷ y sugiere que las declaraciones perjudiciales de los altos funcionarios de Ecuador fueron tomados fuera de contexto.⁸⁰⁸

680. Las críticas de Ecuador a la evidencia de corrupción citada por MSDIA están fuera de lugar y son erróneas. Como se analiza abajo, los informes de corrupción extendida en el sistema judicial de Ecuador son confiables y son ampliamente aceptados como fidedignos.

Adicionalmente, incluso si se pudiera hallar fallas en la metodología o en la base de hechos de fuentes individuales, Ecuador no puede negar, y no ha negado que existe un consenso internacional de que el sistema judicial de Ecuador es corrupto, ineficaz y deficiente en independencia y debido proceso.

a) El Índice de Estado de Derecho 2012-2013 del Proyecto de Justicia Mundial

681. En su Memorial, MSDIA citó el Índice de Estado de Derecho 2012-2013 del Proyecto de Justicia Mundial (“WJP”), que ubicó a Ecuador en la posición 85 de 97 países que revisó en cuestiones de “[j]usticia [c]ivil”, informó que el desempeño de Ecuador “es menor que el de la gran parte de los países latinoamericanos en la mayoría de las dimensiones del estado de derecho”, e informó que las cortes civiles en Ecuador son “ineficaces, y vulnerables a la corrupción y a la interferencia política”.⁸⁰⁹

682. En su Contra-Memorial, Ecuador argumenta que los hallazgos del WJP no son concluyentes y que, “de acuerdo a los propios autores, [el Índice] no ofrece un diagnóstico completo de los países evaluados”.⁸¹⁰ Ecuador cita un fragmento de un artículo que describe la metodología usada para crear el Índice del WJP, en el cual los autores señalan varias “limitaciones” de las “fortalezas metodológicas” del Índice.⁸¹¹

683. Las “limitaciones” reveladas por los autores del Índice del WJP, sin embargo, son simplemente limitaciones generales de las encuestas que son inherentes a cualquier estudio estadístico amplio, como la posibilidad de “error de medición”.⁸¹² Los autores del Índice también informan, en otra sección del mismo artículo (no citado por Ecuador), que “las posiciones y puntuaciones del Índice son el producto de una recolección de datos y de una metodología de agregación bastante rigurosas”.⁸¹³

684. El sitio web del WJP explica además la metodología de investigación.⁸¹⁴ En primer lugar, el equipo del Índice del WJP —en conjunto con académicos, profesionales, y expertos locales— desarrollaron un marco conceptual que mide nueve factores que contribuyen al estado de

⁸⁰⁷ Contra-Memorial de Ecuador en párrafos 348-350.

⁸⁰⁸ Contra-Memorial de Ecuador en párrafos 351-355.

⁸⁰⁹ Documento probatorio C-219, Proyecto de Justicia Mundial, Índice de Estado de Derecho 2012-2013, en 45, 84.

⁸¹⁰ Contra-Memorial de Ecuador en par. 340.

⁸¹¹ Documento probatorio RLA-102, J. Botero & A. Ponce, *Midiendo el Estado de Derecho*, Proyecto de Justicia Mundial (2011), p. 26.

⁸¹² Documento probatorio RLA-102, J. Botero & A. Ponce, *Midiendo el Estado de Derecho*, Proyecto de Justicia Mundial (2011), p. 27.

⁸¹³ Documento probatorio RLA-102, J. Botero & A. Ponce, *Midiendo el Estado de Derecho*, Proyecto de Justicia Mundial (2011) p. 27.

⁸¹⁴ Documento probatorio C-287, *Metodología*, Proyecto de Justicia Mundial.

derecho, dividido en 47 sub-factores. El equipo del Índice luego creó un grupo de cinco cuestionarios basados en este marco y distribuyeron los cuestionarios a expertos y al público general. Después que los cuestionarios fueron administrados, el equipo construyó las puntuaciones finales de estado de derecho mediante un proceso de cinco pasos. Específicamente, el equipo: (1) codificó las preguntas del cuestionario en valores numéricos, (2) produjo puntuaciones en bruto mediante el uso de las respuestas agregadas, (3) normalizó dichas puntuaciones, (4) agregó las puntuaciones normalizadas en factores mediante el uso de promedios, y (5) produjo las posiciones finales mediante el uso de dichas puntuaciones normalizadas. Antes de organizar estos datos en informes y tablas por país, los datos fueron sujetos a rigurosos márgenes, sensibilidad y pruebas de error. En pocas palabras, el Índice del WJP fue producto de una metodología de investigación profesional y científica.

685. Ecuador también critica el Índice del WJP por basar sus posiciones en (1) una votación de población general (GPP, por sus siglas en inglés), la cual es “llevada a cabo por compañías locales destacadas de votación mediante el uso de una muestra representativa de 1.000 personas en tres ciudades por país”, y (2) respuestas a cuestionarios de encuestados (QRQ), que consisten en “preguntas con opciones de respuesta completadas por profesionales y académicos en el país con competencia en derecho civil y comercial, justicia criminal, ley del trabajo, y salud pública”.⁸¹⁵ De acuerdo con Ecuador, la solicitud de “preguntas subjetivas” a los encuestados equivale a basar el Índice en “especulación y rumor”.⁸¹⁶ La objeción de Ecuador parece ser una objeción general al uso de datos de encuestas más que una objeción específica a la confiabilidad de la metodología o de los resultados del WJP. La objeción de Ecuador no toma en cuenta el hecho de que las encuestas son usadas rutinariamente para llevar a cabo estudios estadísticos similares a aquellos llevados a cabo por el WJP. De hecho, “[e]n estadística, los datos pueden ser recolectados mediante una encuesta, un estudio, o una combinación de ambos. La teoría de encuestas y la teoría de diseños experimentales para estudios científicos ofrecen buenos métodos para la recolección de datos”.⁸¹⁷ Por lo tanto, no es sorprendente que el WJP haya administrado sus encuestas mediante el uso de cuestionarios —dirigidos tanto a expertos como a la población en general— ya que “los cuestionarios son una de las herramientas de investigación más ampliamente usadas en las ciencias sociales”.⁸¹⁸

686. Como revela el informe citado por Ecuador, los autores del Índice del WJP construyeron su estudio cuidadosamente para elegir como encuestados a individuos cuyas experiencias personales fueran relevantes para las preguntas planteadas. Por ejemplo, para las QRQ, los autores encuestaron a una amplia gama de expertos con antecedentes y competencia profesional diversos “[para obtener una visión más rica del estado de derecho]”⁸¹⁹ y “adaptaron [los cuestionarios] al conocimiento y a la competencia de cada tipo de encuestado”.⁸²⁰ Entre estos

⁸¹⁵ Documento probatorio RLA-102, J. Botero & A. Ponce, *Midiendo el Estado de Derecho*, Proyecto de Justicia Mundial (2011) p. 2-3.

⁸¹⁶ Contra-Memorial de Ecuador en par. 343.

⁸¹⁷ Documento probatorio CLM-354, R. Lyman Ott, UNA INTRODUCCIÓN A LOS MÉTODOS ESTADÍSTICOS Y AL ANÁLISIS DE DATOS (4ta ed. 1993), en 20.

⁸¹⁸ Documento probatorio CLM-312, 3 ENCICLOPEDIA DE MEDICIÓN Y ESTADÍSTICA 808 (Neil J. Salkind ed., 2007).

⁸¹⁹ Documento probatorio RLA-102, J. Botero & A. Ponce, *Midiendo el Estado de Derecho*, Proyecto de Justicia Mundial (2011), p. 25.

⁸²⁰ Documento probatorio RLA-102, J. Botero & A. Ponce, *Midiendo el Estado de Derecho*, Proyecto de Justicia Mundial (2011) p. 19.

expertos, se encontraban Profesores de derecho, abogados, comerciantes, e incluso un funcionario en el servicio nacional de policía de Ecuador, los cuales habrían tenido un conocimiento de primera mano del funcionamiento del sistema judicial de Ecuador.⁸²¹ No existen bases para desestimar sus visiones sobre corrupción judicial como simple “especulación y rumor”.

687. Adicionalmente, al emplear tanto la GPP como la QRQ como herramientas de encuesta, los autores del estudio del WJP fueron capaces de “complementar la información otorgada por las afirmaciones de los expertos (conocimiento especializado de ciertos procesos, actores, y circunstancias) con aquella de las afirmaciones del público en general (caracterizaciones de problemas diferentes de estado de derecho experimentados en la vida real por las personas)”.⁸²² En vista de que “los expertos y las personas están informados sobre diferentes situaciones”,⁸²³ este método de encuesta permitió a los autores del estudio “combinar la opinión experta con una votación rigurosa del público en general para asegurar que los hallazgos reflejar[an] las condiciones experimentadas por la población”.⁸²⁴

688. En pocas palabras, el Índice es el resultado de una votación extensa tanto de expertos con conocimiento personal y de primera mano y con competencia en el sistema judicial como de una muestra amplia del público en general. Como los autores del estudio lo explicaron, sus datos “incluye[ron] tanto preguntas basadas en la experiencia como preguntas basadas en la percepción”.⁸²⁵ Como informa el Índice del WJP, dichos expertos y el público en general informaron ampliamente tanto conocimiento como percepción de corrupción y de falta de independencia del sistema judicial ecuatoriano. De hecho, el informe completo del país muestra que cuando a los encuestados se les preguntó específicamente sobre los sobornos en el sistema de cortes civiles de Ecuador, con la pregunta de si los jueces civiles no “mueven los casos a menos que las partes los sobornen”,⁸²⁶ en una escala de 1 a 10, siendo 10 el peor nivel, los encuestados le dieron a Ecuador una puntuación de 8,5.

689. Finalmente, es notable que el Índice del WJP es ampliamente aceptado por académicos y por los medios de comunicación.⁸²⁷ De hecho, incluso un juez del tribunal federal de apelaciones de Estados Unidos, al comentar la aceptación general del Índice como herramienta para medir el

⁸²¹ Documento probatorio C-288, *Expertos Contribuyentes de Ecuador*, Proyecto de Justicia Mundial.

⁸²² Documento probatorio RLA-102, J. Botero & A. Ponce, *Midiendo el Estado de Derecho*, Proyecto de Justicia Mundial (2011), p. 17.

⁸²³ Documento probatorio RLA-102, J. Botero & A. Ponce, *Midiendo el Estado de Derecho*, Proyecto de Justicia Mundial (2011), p. 17.

⁸²⁴ Documento probatorio RLA-102, J. Botero & A. Ponce, *Midiendo el Estado de Derecho*, Proyecto de Justicia Mundial (2011), p. 3.

⁸²⁵ Documento probatorio RLA-102, J. Botero & A. Ponce, *Midiendo el Estado de Derecho*, Proyecto de Justicia Mundial (2011), p. 3.

⁸²⁶ Documento probatorio CLM-382, *Ecuador*, Índice de Estado de Derecho del Proyecto de Justicia Mundial 2014, p. 5.

⁸²⁷ Ver Documento probatorio CLM-342, Tamar Meshel, *El Uso y el Mal Uso de la Defensa de Corrupción en el Arbitraje de Inversión Internacional*, Revista de Arbitraje Internacional (Kluwer Law International 2013, Volumen 30 Tema 3), en 277; Documento probatorio CLM-306, Benjamin P. Cooper, *Acceso a la Justicia sin Abogados*, 47 Akron L. Rev. 205 (2014); Documento probatorio CLM-328, Blake Hudson, *Federalismo y Cambio Climático a Prueba de Fallas: El Caso de la Política Forestal Estadounidense y Canadiense*, 44 Conn. L. Rev. 925, 938 (2012); Documento probatorio C-268, “*Top 10 de los Países donde Prevalece la Justicia*”, FORBES, 6 de marzo de 2014 (disponible en: <http://www.forbes.com/sites/kenrapoza/2014/03/06/top-10-countries-where-justice-prevails/>).

estado de derecho, describió el Índice como “tal vez lo más cercano a un consenso internacional del siglo veintiuno que hemos podido lograr”.⁸²⁸

b) El Informe de Competitividad Global 2012-2013 del Foro Económico Mundial

690. MSDIA también citó el Informe de Competitividad Global (GCR) 2012-2013 del Foro Económico Mundial, que ubicó a Ecuador en la posición 128 de 144 países en independencia judicial,⁸²⁹ ubicó a Ecuador en la posición 130 de 144 países en “eficiencia del marco legal en la resolución de disputas”⁸³⁰ e identificó “la corrupción” como “el factor más problemático [...] para hacer negocios” en Ecuador.⁸³¹

691. Ecuador trata de desacreditar el GCR al alegar que los hallazgos del informe “no son confiables” y que son “irrelevantes”.⁸³² Ecuador afirma que los hallazgos del informe, que están basados en las respuestas a una “Encuesta de Opinión Ejecutiva” que interroga a líderes de negocios locales, no pueden considerarse como “evidencia” del estado general del sistema de justicia de Ecuador” porque dichos líderes supuestamente no tienen “ninguna experiencia o conocimiento de los asuntos sobre los que se les interrogó”.⁸³³

692. El Foro Económico Mundial explica que su Encuesta de Opinión Ejecutiva es una “herramienta que busca captar información crucial que no se encuentra disponible de ninguna otra forma a escala global” y ofrece una “fuente única de comprensión” sobre la manera como los ejecutivos de negocios ven el estado de su propio sistema judicial.⁸³⁴ La Encuesta de Opinión Ejecutiva está dirigida a líderes de negocios con experiencia en los principales sectores de la economía —agricultura, industria manufacturera, industria no manufacturera, y servicios— y les pide “evaluar, en una escala del 1 al 7, un aspecto particular de su ambiente de operaciones”,⁸³⁵ principalmente el sistema judicial.

693. Los 134 líderes de negocios en Ecuador a los que se presentó la Encuesta de Opinión Ejecutiva informaron sobre una corrupción extendida, una falta de independencia judicial, y un marco legal débil e ineficaz en Ecuador.⁸³⁶

⁸²⁸ Documento probatorio CLM-353, Diarmuid F. O'Scannlain, *El Estado de Derecho y la Función Judicial en el Mundo Hoy*, 89 Notre Dame L. Rev. 1383, 1386 (2014).

⁸²⁹ Documento probatorio C-218, Informe de Competitividad Global 2012-2013 del Foro Económico Mundial, en 157.

⁸³⁰ Documento probatorio C-218, Informe de Competitividad Global 2012-2013 del Foro Económico Mundial, en 157.

⁸³¹ Documento probatorio C-218, Informe de Competitividad Global 2012-2013 del Foro Económico Mundial, en 156.

⁸³² Contra-Memorial de Ecuador en par. 345.

⁸³³ Contra-Memorial de Ecuador en par. 345.

⁸³⁴ Documento probatorio C-218, Informe de Competitividad Global 2012-2013 del Foro Económico Mundial, en 69.

⁸³⁵ Documento probatorio C-218, Informe de Competitividad Global 2012-2013 del Foro Económico Mundial, en 70.

⁸³⁶ Documento probatorio C-218, Informe de Competitividad Global 2012-2013 del Foro Económico Mundial, en 156-157.

694. La sugerencia de Ecuador de que estos líderes de negocios no tienen experiencia ni conocimiento del sistema judicial es errónea. Muchos de los casos que son litigados en los tribunales civiles están relacionados con disputas de negocios, y los negocios importantes son, a menudo, usuarios recurrentes del sistema judicial. Adicionalmente, los líderes de negocios están muy familiarizados con el cálculo de riesgos a los que uno se expone cuando decide entablar un litigio o cuando intenta calcular el valor de resolución de un caso; dichas decisiones están obviamente influenciadas por la susceptibilidad de los jueces de los tribunales nacionales a la corrupción y a la influencia inadecuada. De hecho, en muchas formas, los líderes de negocios son los usuarios recurrentes más experimentados y sofisticados del sistema judicial.

695. El Foro Económico Mundial informa que las instrucciones de la encuesta y el proceso de administración de la Encuesta de Opinión Ejecutiva “fueron sometidos a una revisión rigurosa en 2007, con la consulta de una reconocida asesora de encuestas”.⁸³⁷ El Informe de Competitividad Global es ampliamente usado por “organizaciones nacionales e internacionales, entidades gubernamentales, la academia, y compañías del sector privado”, que se basan en los datos de la encuesta para formular decisiones de estrategias para políticas públicas y privadas.⁸³⁸

696. En pocas palabras, el Informe de Competitividad Global ofrece datos relevantes y confiables. Dicho informe condena claramente el sistema judicial de Ecuador como corrupto e ineficaz, y Ecuador no ha presentado bases para rechazar las conclusiones del informe.

c) El Índice de Percepciones de Corrupción 2012 de Transparencia Internacional

697. MSDIA también citó el Índice de Percepciones de Corrupción (CPI) 2012 de Transparencia Internacional, que ubicó a Ecuador en la posición 118 de 176 países encuestados y dio a Ecuador una puntuación de 32 de 100, donde 100 indica la ausencia de corrupción.⁸³⁹

698. Ecuador disputa los hallazgos del CPI porque el CPI es “una recopilación de una encuesta de otras encuestas”.⁸⁴⁰ Ecuador no explica por qué esto haría que el CPI fuera menos confiable. Obviamente no lo hace.

699. Transparencia Internacional explica que “[e]l CPI 2012 se construye con fuentes de datos de instituciones independientes que se especializan en el análisis del clima de gobernabilidad y negocios” e “incluye solamente fuentes que ofrecen una puntuación para un grupo de

⁸³⁷ Documento probatorio C-218, Informe de Competitividad Global 2012-2013 del Foro Económico Mundial, en 71.

⁸³⁸ Documento probatorio C-218, El Informe de Competitividad Global 2012-2013 del Foro Económico Mundial, en 69; *ver, por ejemplo*, Documento probatorio CLM-344, John Miles, Elizabeth Karanja, et al., Capítulo 3, §3.02: *Tácticas de la Guerrilla y Cómo Refutarlas en Litigio Nacional: [E] Experiencias de Sistemas Legales Africanos* en Günther J. Horvath y Stephan Wilske (eds), *Tácticas de la Guerrilla en Arbitraje Internacional*, Biblioteca de Arbitraje Legal Internacional (Kluwer Law International 2013, Volumen 28), en 175-77; Documento probatorio CLM-380, Stephan Wilske y Jade G. Ewers, *Por qué Sudáfrica Debería Actualizar su Legislación de Arbitraje Internacional: Una Apelación de la Comunidad de Arbitraje Internacional para una Reforma Legal en Sudáfrica*, *Revista Arbitraje Internacional*, 28(2): 1,2, 2011 (Kluwer Law International 2011), en 2.

⁸³⁹ Documento probatorio C-210, Transparencia Internacional, Índice de Percepciones de Corrupción 2012, en 3.

⁸⁴⁰ Contra-Memorial de Ecuador en par. 346.

países/territorios y que miden las percepciones de corrupción en el sector público”.⁸⁴¹ Para verificar la fidelidad de las encuestas que incluye, “Transparencia Internacional revisa en detalle la metodología de cada fuente de datos para asegurar que las fuentes usadas cumplan con los estándares de calidad de Transparencia Internacional”.⁸⁴² El hecho de que el CPI se base en otros resultados de encuestas reconocidas y seleccionadas cuidadosamente no lo hace menos confiable.

700. Ecuador también se queda de que los hallazgos del CPI se basan en percepciones de corrupción en vez de evidencia específica de corrupción.⁸⁴³ Eso es cierto, pero Transparencia Internacional explica que el CPI se basa en percepciones de corrupción porque:

“La corrupción generalmente incluye actividades ilegales, que son deliberadamente ocultas y que sólo salen a la luz a través de escándalos, investigaciones o acciones judiciales. No hay una manera significativa de determinar niveles absolutos de corrupción en países o territorios sobre la base de datos netos empíricos. Los posibles intentos de hacerlo, como comparar los sobornos denunciados, el número de acciones judiciales presentadas, o estudiar los casos judiciales directamente relacionados con corrupción, no pueden tomarse como indicadores definitivos de los niveles de corrupción. En su lugar, muestran qué tan eficientes son los fiscales, los tribunales o los medios de comunicación al investigar y exponer la corrupción. Recolectar percepciones de corrupción de aquellos en una posición de ofrecer evaluaciones de la corrupción en el sector público es el método más confiable para comparar niveles relativos de corrupción en todos los países”.⁸⁴⁴

701. Como las otras fuentes en la que se basa MSDIA, el CPI de Transparencia Internacional es ampliamente usado tanto por instituciones privadas como públicas. Los tribunales,⁸⁴⁵ las partes en procedimientos de arbitraje,⁸⁴⁶ profesionales,⁸⁴⁷ y académicos⁸⁴⁸ se basan en el CPI

⁸⁴¹ Documento probatorio RLA-110, *Índice de Percepciones de Corrupción 2012: Preguntas Frecuentes*, Transparencia Internacional, p. 4.

⁸⁴² Documento probatorio RLA-110, *Índice de Percepciones de Corrupción 2012: Preguntas Frecuentes*, Transparencia Internacional, p. 4.

⁸⁴³ Contra-Memorial de Ecuador en par. 346.

⁸⁴⁴ Documento probatorio RLA-110, *Índice de Percepciones de Corrupción 2012: Preguntas Frecuentes*, Transparencia Internacional, p. 4.

⁸⁴⁵ Ver, por ejemplo, Documento probatorio CLM-348, *Países Bajos Núm. 31, Yukos Capital s.a.r.l. (Luxemburgo) contra OAO Rosneft (Federación Rusa)*, *Gerechtshof* [Tribunal Apelaciones], Amsterdam, 200,005,269, 28 de abril de 2009 en Albert Jan van den Berg (ed), *Libro Anual de Arbitraje Comercial 2009- Volumen XXXIV*, (Kluwer Law International 2009), en 708.

⁸⁴⁶ Ver Documento probatorio CLM-232, *Bureau Veritas, Inspección, Valuación, Evaluación y Control, BIVAC B.V. contra República de Paraguay*, ICSID Caso Núm. ARB/07/9, Decisión adicional sobre objeciones a la Jurisdicción, 9 de octubre de 2012, en 57; Documento probatorio CLM-257, *Pac Rim Cayman LLC contra República de El Salvador*, ICSID Caso Núm. ARB/09/12, Memorial del demandante sobre el casos y cuantía, 29 de marzo de 2013, en 63; Documento probatorio CLM-236, *Chevron Corporation (EE. UU.) & Texaco Petroleum Corporation (EE. UU.) contra República de Ecuador [II]*, PCA Caso Núm. 2009-23, Solicitud del demandante de Medidas Interinas, 1 de abril de 2010, en 32.

⁸⁴⁷ Ver Documento probatorio CLM-315, Raed Fathallah, *Corrupción en Arbitraje Internacional Comercial y de Inversiones: Tendencias Recientes y Prospectos para Países Árabes* en Jalal El Ahdab (ed), *Revista Internacional de Arbitraje Árabe*, (Revista Internacional de Arbitraje 2010, Volumen 2 Tema 3), en 65.

⁸⁴⁸ Ver Documento probatorio CLM-323, *Parte I: Asuntos Preliminares, Capítulo 3: ¿Por qué elegir un Arbitraje ICC?* en Jacob Grierson y Annet van Hooff, *Arbitraje bajo las Reglas ICC 2012*, (Kluwer Law International 2012), en 23; Documento probatorio CLM-359, Hilmar Raeschke-Kessler, *Prácticas Corruptas en el Contexto de Inversión*

cuando describen la corrupción judicial alrededor del mundo. Esto refleja el consenso internacional de que el [CPI] de Transparencia Internacional, y el informe de la organización sobre corrupción judicial, son recursos valiosos y actualizados en [la evaluación de la corrupción judicial]”.⁸⁴⁹ La amplia aceptación del CPI es evidencia de que su metodología es considerada confiable y de que sus resultados son considerados fieles.

d) El Informe Mundial 2013 de Observación de Derechos Humanos

702. MSDIA también citó el Informe Mundial 2013 de Observación de Derechos Humanos (HRW), que determinó que “[c]orrupción, ineficacia, e influencia política han plagado el sistema judicial de Ecuador por años”.⁸⁵⁰

703. Ecuador trata de restar importancia al Informe de HRW al argumentar que MSDIA no presentó ninguna evidencia que apoyara las determinaciones de HRW y que no explicó la metodología de investigación de HRW.⁸⁵¹ Esto es erróneo. El Informe de HRW sí explica la metodología de HRW y ofrece evidencia que apoya la conclusión de HRW.

704. Por ejemplo, el Informe Mundial 2013 de HRW afirma que:

“En noviembre de 2011, seis observadores expertos de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, México, y España, presididos por el Juez Baltazar Garzón, se reunieron para monitorear y hacer recomendaciones sobre el proceso de reforma judicial [en Ecuador]. Los observadores informaron en mayo de 2012 que debería encontrarse reemplazo para 2.903 jueces y funcionarios del tribunal, de los cuales más de 1.500 fueron despedidos después de procedimientos disciplinarios, evaluaciones pobres, o retiros forzosos. Muchos fueron reemplazados por funcionarios designados temporalmente sin el entrenamiento adecuado”.⁸⁵²

705. Adicionalmente, el Informe Mundial 2013 de HRW informó instancias específicas de corrupción judicial, como:

“En julio de 2012, un fiscal, Antonio Gagliardo, desestimó cargos de evasión y falsificación en contra del Juez Juan Paredes, quien había declarado culpables a Palacio [el antiguo jefe de la sección de opinión del periódico El Universo] y a sus colegas de El Universo en julio de 2011, así como de Gutemberg Vera, el abogado de Correa, a pesar de evidencia creíble de que este último le había dado con antelación a Paredes un

en el Extranjero: Aspectos de Contrato y de Procedimiento en Norbert Horn y Stefan Michael Kröll (eds), *Disputas de Arbitraje de Inversión en el Extranjero: Aspectos Legales Sustantivos y de Procedimiento*, (Kluwer Law International 2004), en 472;

⁸⁴⁹ Documento probatorio CLM-341, *Capítulo Uno: Los Elementos de un Acuerdo Internacional de Resolución de Disputas* en Michael McIlwrath y John Savage, *Arbitraje y Mediación Internacional: Una Guía Práctica*, (Kluwer Law International 2010), en 34.

⁸⁵⁰ Documento probatorio C-216, *Observación de Derechos Humanos, Informe Mundial 2013*, en 229.

⁸⁵¹ *Contra-Memorial de Ecuador* en par. 347.

⁸⁵² Documento probatorio C-216, *Observación de Derechos Humanos, Informe Mundial 2013*, en 229.

borrador de la sentencia en un pen drive. Paredes fue seleccionado para un cargo judicial permanente, y en octubre Gagliardo fue asignado a la Corte Constitucional”.⁸⁵³

706. El Informe de HRW se basó obviamente en el trabajo de observadores expertos que investigaron instancias específicas de corrupción judicial.⁸⁵⁴ Por lo tanto, al contrario que las encuestas generales sobre corrupción descritas anteriormente, las cuales Ecuador criticó por reflejar percepciones de corrupción en vez de instancias específicas de corrupción, el Informe de HRW buscó instancias específicas de corrupción judicial en Ecuador y encontró que el sistema judicial ecuatoriano está “plagado” de corrupción e influencia política inadecuada. Adicionalmente, al igual que los otros informes citados por MSDIA, los informes de HRW son ampliamente aceptados y usados como fundamento tanto por académicos como por profesionales al momento de evaluar asuntos de derechos humanos en diversos países.⁸⁵⁵

e) Los informes del Departamento de Estado de Estados Unidos

707. MSDIA también citó informes del Departamento de Estado de Estados Unidos, que sistemáticamente han concluido que “[l]a corrupción es un serio problema en Ecuador”,⁸⁵⁶ que “en la práctica el sistema judicial [ecuatoriano] era susceptible de presión externa y corrupción”⁸⁵⁷ y que “[l]a corrupción estaba extendida, y que continuaban las preguntas sobre la

⁸⁵³ Documento probatorio C-216, Observación de Derechos Humanos, Informe Mundial 2013, en 230. El Informe de HRW también ofreció evidencia de influencia política en la designación de jueces: “En julio de 2012, 210 jueces permanentes de primera instancia designados por el consejo transicional asumieron su cargo. Los resultados de los exámenes para calificar fueron ampliamente criticados por supuestas anomalías. Aquéllos que no lograron alcanzar una nota mínima en un curso final de entrenamiento organizado por el consejo, en el cual una entrevista era un componente clave, fueron rechazados sin el derecho a apelar, aun cuando habían obtenido altos resultados en su nota total. Dos jueces que habían fallado a favor de Correa en el caso de El Universo fueron asignados a cargos permanentes a pesar de que sus puntajes totales eran menores que aquellos de los otros que fueron rechazados. Entre sus recomendaciones preliminares, el grupo de observadores sugirió que “el peso excesivo” dado a la entrevista final fuera reconsiderado”. *Id.* en 229-230.

⁸⁵⁴ El sitio web de HRW, además, explica la metodología usada por los autores del Informe: “[L]os investigadores trabajan de acuerdo a una metodología establecida, probada y consistente basada en información que se recopila de una amplia gama de fuentes, y con investigación basada en el campo de investigación en su núcleo. Algunos de nuestros investigadores están permanentemente en el campo, dentro de o cerca de los lugares en los que se enfocan. . . [o]tros trabajan fuera de nuestras oficinas principales en Nueva York, Berlín, Bruselas, Londres, Johannesburgo, Moscú o Washington DC. Todos trabajan regularmente en la misión de llevar a cabo investigaciones de campo, entrevistando a víctimas y testigos para ubicar la historia humana en el primer plano y centro de nuestro informe y defensa. Ellos cooperan con activistas de la sociedad civil, abogados, y periodistas locales, y buscan contactos con funcionarios estatales y gubernamentales. Desde su base permanente, nuestros investigadores siguen constantemente desarrollos relevantes a su trabajo a través de los medios de comunicación, la producción de organizaciones similares y la comunidad de investigación, y comunicación continua telefónica o por correo electrónico con contactos confiables en la comunidad activista local”. Documento probatorio C-283, *Nuestra Metodología de Investigación*, Observación de Derechos Humanos (disponible en: <http://www.hrw.org/node/75141>).

⁸⁵⁵ Ver Documento probatorio C-319, Brian A. Ford, *Desde las Montañas hasta las Toperas: Un Análisis Comparativo de la Política de Drogas*, 19 ANN. SURV. INT’L & COMP. L. 197, 209 (2013); Amos N. Guiora, *Análisis Comparativo Transnacional del Equilibrio de Intereses que Compiten en el Contra-Terrorismo*, 20 TEMP. INT’L & COMP. L.J. 363, 372 (2006); Documento probatorio C-318, Craig Forcese, *Globalizando la Decencia: Compromiso Responsable en una Era de Integración Económica*, 5 Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. 1, 12 (2002).

⁸⁵⁶ Documento probatorio C-217, Departamento de Estado de Estados Unidos, Declaración sobre Clima de Inversión 2013: Ecuador, en 8; Documento probatorio C-33, Departamento de Estado de Estados Unidos, Declaración sobre Clima de Inversión 2011: Ecuador en 5.

⁸⁵⁷ Documento probatorio C-214, Departamento de Estado de Estados Unidos, Informe del País sobre Prácticas de

transparencia dentro del sector judicial, a pesar de los intentos de una reforma de los procedimientos”.⁸⁵⁸

708. Ecuador afirma que los informes del Departamento de Estado sobre corrupción sistémica en Ecuador “se refieren a casos penales o instancias en los cuales [Ecuador] ha sido una de las partes en los procedimientos, y ninguno de los cuales ni siquiera se asemeja al tipo de controversia que dio pie a este arbitraje”.⁸⁵⁹ La sugerencia de Ecuador de que los informes del Departamento de Estado son irrelevantes porque involucran corrupción en diferentes tipos de casos es errónea.

709. Los informes del Departamento de Estado no limitan sus advertencias de corrupción en la rama judicial de Ecuador a asuntos penales o a asuntos en los que Ecuador es una de las partes. En su lugar, discuten la corrupción extendida a lo largo del sistema judicial y, en particular, indican la prevalencia de corrupción en casos que involucran a inversionistas de EE.UU.⁸⁶⁰

710. Por ejemplo, en su Declaración de Clima de Inversión 2013, el Departamento de Estado explicó que “[d]ebilidades sistémicas en el sistema judicial y su susceptibilidad a presiones políticas o económicas constituyen problemas importantes a los que se enfrentan las compañías de Estados Unidos que invierten o comercializan en Ecuador”.⁸⁶¹ Dicho informe también indica que “[h]an surgido preocupaciones en los medios de comunicación, y en el sector privado, de que los tribunales ecuatorianos puedan ser susceptibles de presión externa y que son percibidas como corruptas, ineficaces, y protectoras de aquéllos en el poder”.⁸⁶² La Declaración de Clima de Inversión considera específicamente la conducta judicial relacionada con inversión extranjera y con disputas relacionadas con inversión, y su informe de corrupción judicial extendida, obviamente, no está limitado a casos penales o casos en los que Ecuador está involucrado como una de las partes.⁸⁶³

711. Ecuador afirma que la Declaración de Clima de Inversión 2013 del Departamento de Estado “no tiene peso como evidencia porque consiste en generalizaciones no apoyadas sobre el clima de inversión dentro de Ecuador”.⁸⁶⁴ Aun si fuera cierto que la Declaración de Clima de

Derechos Humanos: Ecuador, en 9. El Departamento de Estado de Estados Unidos ha hecho declaraciones similares en cada Declaración de Clima de Inversión desde 2009 y en cada Informe del País sobre Prácticas de Derechos Humanos desde 2005. Estos informes anuales pueden encontrarse en el sitio web del Departamento de Estado. Ver <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/index.htm> and <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/ics/index.htm>

⁸⁵⁸ Documento probatorio C-214, Departamento de Estado de Estados Unidos, Informe del País sobre Prácticas de Derechos Humanos 2012: Ecuador, en 1.

⁸⁵⁹ Contra-Memorial de Ecuador en par. 348.

⁸⁶⁰ Documento probatorio C-214, Departamento de Estado de Estados Unidos, Informe del País sobre Prácticas de Derechos Humanos 2012: Ecuador, en 20; Documento probatorio C-217, Departamento de Estado de Estados Unidos, Declaración de Clima de Inversión 2013: Ecuador, en 4.

⁸⁶¹ Documento probatorio C-217, Departamento de Estado de Estados Unidos, Declaración de Clima de Inversión 2013: Ecuador, en 4.

⁸⁶² Documento probatorio C-217, Departamento de Estado de Estados Unidos, Declaración de Clima de Inversión 2013: Ecuador, en 4.

⁸⁶³ Ver también Documento probatorio C-214, Departamento de Estado de Estados Unidos, Informe del País sobre Prácticas de Derechos Humanos 2012: Ecuador, en 20 (“[e]l gobierno [ecuatoriano] reconoció una extensa corrupción en la rama judicial y comenzó un proceso para reformar el sistema judicial que continuó a lo largo del año”).

⁸⁶⁴ Contra-Memorial de Ecuador en par. 349.

Inversión del Departamento de Estado contenía solamente “generalizaciones no apoyadas”, de todas formas sería evidencia de lo que la comunidad diplomática estadounidense ha aprendido sobre la operación general de los tribunales de Ecuador, en particular, porque puede ser relevante para los casos que involucren a inversionistas estadounidenses. Pero la Declaración de Clima de Inversión no consiste en generalizaciones no apoyadas. Trata riesgos específicos para los inversionistas estadounidenses en Ecuador, que incluyen el riesgo específico de corrupción judicial. Por ejemplo, el informe afirma que “los ecuatorianos involucrados en disputas de negocios supuestamente, a veces, pueden hacer arreglos para que sus oponentes, inclusive extranjeros, sean apresados mientras está pendiente la resolución de [disputas civiles]”.⁸⁶⁵ Desafortunadamente, “[n]i la supervisión legislativa ni los mecanismos de la rama judicial interna han demostrado una capacidad constante para investigar de forma efectiva y disciplinar a los supuestos jueces corruptos”.⁸⁶⁶

712. Ecuador también argumenta que “es de conocimiento común que los informes del país preparados por el Departamento de Estado de Estados Unidos contienen declaraciones muy similares de un año al siguiente, lo que sugiere que no son muy receptivos o que no reflejan las mejoras o reformas”.⁸⁶⁷ De hecho, los informes del Departamento de Estado sí informan sobre “los intentos de una reforma de los procedimientos” de Ecuador, pero concluyen que la corrupción sigue siendo “extendida” y que “continúan las preguntas sobre la transparencia dentro del sector judicial”.⁸⁶⁸ El hecho de que el Departamento de Estado haya emitido declaraciones similares sobre la corrupción judicial en Ecuador en cada Declaración de Clima de Inversión desde 2009 y en cada Informe del País sobre Prácticas de Derechos Humanos desde 2005 simplemente refleja el consenso general de que “[l]a corrupción es un serio problema en Ecuador”.⁸⁶⁹

713. Finalmente, Ecuador argumenta que los Informes del País del Departamento de Estado están parcializados, porque “naturalmente reflejan las visiones del Gobierno de Estados Unidos, cuyas relaciones con Ecuador generalmente se perciben como tensas”.⁸⁷⁰ Aun si las relaciones entre Estados Unidos y Ecuador fueran tensas (lo cual no ha establecido Ecuador), no hay razón para pensar que el Departamento de Estado tendría ningún incentivo para incluir información inexacta o errónea en los Informes de Clima de Inversión. Estos informes son publicados para el beneficio de los inversionistas estadounidenses, quienes se basan en los mismos para obtener información exacta sobre el clima de inversión. Sin tomar en cuenta la relación diplomática del gobierno de Estados Unidos con Ecuador, éste tiene todas las razones para ofrecer información exacta, actualizada y confiable a sus ciudadanos que están invirtiendo en Ecuador.

714. Los alegatos de Ecuador de parcialidad tampoco son persuasivos a la luz de los comentarios positivos del Departamento de Estado sobre Ecuador en otros asuntos distintos a la

⁸⁶⁵ Documento probatorio C-217, Departamento de Estado de Estados Unidos, Declaración de Clima de Inversión 2013: Ecuador, en 4.

⁸⁶⁶ Documento probatorio C-217, Departamento de Estado de Estados Unidos, Declaración de Clima de Inversión 2013: Ecuador, en 4.

⁸⁶⁷ Contra-Memorial de Ecuador en par. 350.

⁸⁶⁸ Documento probatorio C-214, Departamento de Estado de Estados Unidos, Informe del País sobre Prácticas de Derechos Humanos Ecuador, en 1.

⁸⁶⁹ Documento probatorio C-217, Departamento de Estado de Estados Unidos, Declaración de Clima de Inversión 2013: Ecuador, en 8.

⁸⁷⁰ Contra-Memorial de Ecuador en par. 350.

corrupción judicial. Por ejemplo, la Declaración de Clima de Inversión 2013 reconoce que “[e]l gobierno central y un número de gobiernos provinciales están explorando las formas de ofrecer servicios de atracción de inversiones para apoyar inversiones actuales, facilitar la entrada de nuevas inversiones, y paliar los obstáculos burocráticos y de otros tipos”.⁸⁷¹ La Declaración también indica que “[e]xiste una consciencia sustancial de responsabilidad social corporativa (RSC) entre los grandes negocios que operan en Ecuador. . . El cuerpo de promoción de inversión de Ecuador, InvestEcuador, enfatiza en su sitio web que hay oportunidades disponibles para los inversionistas que mantienen un compromiso ético con sus trabajadores, la naturaleza, el Estado, y la comunidad”.⁸⁷²

715. Adicionalmente, los esfuerzos de Ecuador para desestimar los informes del Departamento de Estado están debilitados por el hecho de que los hallazgos de dichos informes son completamente concordantes con los hallazgos de numerosas organizaciones no gubernamentales y, como se discute abajo, con las afirmaciones del propio Ecuador.

f) Las declaraciones de altos funcionarios ecuatorianos

716. En su Memorial, MSDIA también presentó numerosas declaraciones que habían hecho altos funcionarios del gobierno ecuatoriano donde describían las fallas del sistema judicial ecuatoriano.⁸⁷³ Dichas declaraciones, muchas de las cuales fueron hechas en el contexto de justificar los variados esfuerzos de reforma judicial, reconocieron que existía corrupción, ineficacia y falta del debido proceso desenfundadas en las cortes ecuatorianas.

717. Ecuador argumenta que MSDIA tomó estas declaraciones fuera de contexto y que construyó de forma errónea el punto que varios funcionarios gubernamentales estaban tratando de aclarar.⁸⁷⁴ Mientras que MSDIA reconoce que los funcionarios gubernamentales que hicieron estas declaraciones pueden haber estado discutiendo los esfuerzos de reforma judicial, el punto es que ellos reconocieron la necesidad de una reforma *debido a* la corrupción y a la ineficacia desenfundadas de la rama judicial de Ecuador.

718. Por ejemplo, MSDIA citó una declaración de 2009 de la Presidenta de la Comisión de lo Civil y lo Penal de la Asamblea Nacional Ecuatoriana donde afirmaba que “[n]uestro sistema de justicia ha colapsado completamente”.⁸⁷⁵ Ecuador sostiene que esta declaración “fue hecha en el contexto de la discusión [de la Presidenta] del papel de otras instituciones en la administración de justicia”.⁸⁷⁶ Para apoyar esta opinión, Ecuador cita otra declaración de la Presidenta, en la que ésta afirma que “[p]ara administrar justicia, necesitamos al Abogado, al Fiscal General, a la oficina del defensor del pueblo, y un sistema judicial coherente y ordenado, que trabajen en conjunto. . . un sistema judicial donde exista un gran desequilibrio entre estas partes no es útil para el país”.⁸⁷⁷ De acuerdo con Ecuador, “[e]sta observación no sugiere ninguna falta de

⁸⁷¹ Documento probatorio C-217, Departamento de Estado de Estados Unidos, Declaración de Clima de Inversión 2013: Ecuador, en 14.

⁸⁷² Documento probatorio C-217, Departamento de Estado de Estados Unidos, Declaración de Clima de Inversión 2013: Ecuador, en 8.

⁸⁷³ Memorial de MSDIA en párrafos 171-173

⁸⁷⁴ Contra-Memorial de Ecuador en párrafos 351-355.

⁸⁷⁵ Documento probatorio C-91, *Justicia colapsada (Justice at a Standstill)*, LA HORA, 16 de abril de 2009, en 1.

⁸⁷⁶ Contra-Memorial de Ecuador en par. 353.

⁸⁷⁷ Contra-Memorial de Ecuador en par. 353.

integridad entre los jueces de Ecuador y no es relevante de ninguna manera para el caso subyacente [de MSDIA]”.⁸⁷⁸

719. Sin embargo, nada del contexto de estas declaraciones sugiere que la Presidenta se estaba refiriendo solamente a otras instituciones y no a los tribunales.⁸⁷⁹ Después de que la Presidenta afirmara que “[n]uestro sistema de justicia ha colapsado completamente”, aclaró que “cuando decimos que existen grandes problemas, no estamos hablando *solamente* de los jueces”.⁸⁸⁰ Los comentarios de la Presidenta estuvieron ampliamente dirigidos a las fallas generales del estado de derecho en Ecuador, como indicó un importante periódico, que informó que “[e]n su presentación, [la Presidenta] también trató asuntos de principios constitucionales, independencia, imparcialidad, especialidad, unidad jurisdiccional, costo, representación, dedicación de tiempo completo, acceso a la justicia, etc.”.⁸⁸¹

720. Ecuador también trata de minimizar un comentario público hecho por el Presidente Correa de que Ecuador tiene “un sistema judicial totalmente ineficaz y corrupto que se está cayendo a pedazos”.⁸⁸² Ecuador argumenta que esto fue simplemente una “declaración política”⁸⁸³ que fue “hecha en el contexto de buscar apoyo público para un referéndum para reformar el Sistema Judicial ecuatoriano”.⁸⁸⁴ El hecho de que el Presidente Correa buscara apoyo público para reformas del sistema judicial ecuatoriano es plausible. Pero de ninguna manera minimiza su afirmación de por qué dicho sistema necesitaba tanto una reforma. Sólo porque una declaración sea hecha por el Presidente para avanzar una agenda política no significa que dicha declaración no sea verdadera y que deba ser descartada. De hecho, uno esperaría que incluso las declaraciones hechas por el Presidente para avanzar su agenda política sean declaraciones que él considera verdaderas.

721. De forma similar, Ecuador trata de reestructurar otra declaración del Presidente Correa sobre su agenda de reforma judicial en la cual dijo que “reestructurar la barbaridad que es nuestro sistema judicial es un desafío enorme”.⁸⁸⁵ De acuerdo con Ecuador, esta declaración “fue hecha para enfatizar los enormes retos a los que se enfrentaba Ecuador en su esfuerzo por completar las reformas judiciales de una manera eficaz”.⁸⁸⁶ Puede que sea cierto que la agenda de reforma judicial del Presidente Correa suponga enormes retos, pero eso no ayuda al caso de Ecuador. Existen enormes retos para la implementación de las reformas judiciales necesarias precisamente porque el sistema de Ecuador está muy roto y necesita de reformas drásticas. Contrariamente a la sugerencia de Ecuador de que el contexto de esta declaración minimiza su

⁸⁷⁸ Contra-Memorial de Ecuador en par. 353.

⁸⁷⁹ Documento probatorio C-91, *Justicia colapsada (Justice at a Standstill)*, LA HORA, 16 de abril de 2009, en 1.

⁸⁸⁰ Documento probatorio C-91, *Justicia colapsada (Justice at a Standstill)*, LA HORA, 16 de abril de 2009, en 1 (énfasis agregado).

⁸⁸¹ Documento probatorio C-91, *Justicia colapsada (Justice at a Standstill)*, LA HORA, 16 de abril de 2009, en 1.

⁸⁸² Documento probatorio C-110, *Presidente Correa: quisieron desprestigiar al gobierno y no pudieron*, OPINIÓN, 4 de agosto de 2012, en 2.

⁸⁸³ Contra-Memorial de Ecuador en par. 354.

⁸⁸⁴ Contra-Memorial de Ecuador en par. 354.

⁸⁸⁵ Documento probatorio C-101, *Correa anticipa que no será capaz de cambiar completamente el sistema de justicia*, EL UNIVERSO, 23 de febrero de 2011.

⁸⁸⁶ Contra-Memorial de Ecuador en par. 355.

importancia, de hecho, el contexto confirma que el propio gobierno de Ecuador reconoce las fallas sistémicas del sistema judicial ecuatoriano.⁸⁸⁷

* * * * *

722. En pocas palabras, mientras Ecuador trata de debilitar las fuentes individuales citadas por MSDIA, las cuales condenan el sistema judicial de Ecuador como corrupto e ineficaz, Ecuador no es capaz de identificar ni una sola fuente que sugiera que el sistema judicial de Ecuador es independiente e imparcial.

723. Notablemente, Ecuador ignora por completo las muchas otras fuentes citadas por MSDIA que reflejan la dominante corrupción en las cortes de Ecuador.⁸⁸⁸ Por ejemplo, Ecuador no tiene respuesta al hecho de que “[u]n importante periódico ecuatoriano informó que, de 2006 a 2009, más de un tercio de los jueces ecuatorianos fueron sancionados por corrupción u otra incorrección”.⁸⁸⁹ O que “[e]n 2007, el Comité Cívico Ecuatoriano contra la Corrupción publicó 197 vídeos que mostraban a personal administrativo dentro del sistema judicial recibiendo dinero por servicios de manera inapropiada”.⁸⁹⁰ O que “[e]l 22 de junio de 2010, el Consejo en lo Judicial de Ecuador declaró que “la Rama Judicial no es independiente”.⁸⁹¹

724. La realidad ineludible es que el sistema judicial ecuatoriano es notoriamente corrupto, ineficaz y deficiente en independencia. Esto es reconocido por usuarios del sistema, por actores dentro del sistema, por el público en general e incluso por el gobierno ecuatoriano.

725. Como se indicó anteriormente, esta evidencia de corrupción sistémica en el sistema judicial de Ecuador apoya la conclusión de que las sentencias atroces en el litigio *NIFA contra MSDIA* fueron producto de corrupción. Como el propio experto de Ecuador, el Profesor Amerasinghe, explica, la evidencia de corrupción sistémica es altamente probatoria, al afirmar (en su libro) “*donde los tribunales estén llenos de jueces corruptos...habrá una denegación de justicia*”.⁸⁹² Además, como también se discutió anteriormente, un solicitante está excusado de la obligación de agotar recursos locales cuando “los tribunales locales claramente carezcan de independencia”,⁸⁹³ como es el caso de Ecuador.

E. No hay vías restantes por las cuales MSDIA pueda buscar una compensación efectiva en las cortes de Ecuador

726. Como se explicó anteriormente, la responsabilidad internacional de un Estado por denegación de justicia surge una vez que el solicitante ha agotado los recursos locales

⁸⁸⁷ Memorial de MSDIA en par. 171.

⁸⁸⁸ Memorial de MSDIA en párrafos 169, 173.

⁸⁸⁹ Memorial de MSDIA en par. 169; Documento probatorio C-93, *CJ reconoce las deficiencias en la supervisión de jueces*, EL UNIVERSO, 22 de junio de 2009.

⁸⁹⁰ Memorial de MSDIA en par. 169; Documento probatorio C-74, Freedom House, Países en una Encrucijada 2007, Informe del País: Ecuador, en 19.

⁸⁹¹ Memorial en par. 173; Documento probatorio C-98, Resolución Núm. 043-2010, *Del Consejo Judicial a la Nación*, fechada el 22 de junio de 2010, en 1.

⁸⁹² Documento probatorio CLM-292, C. Amerasinghe, RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS A EXTRANJEROS (1967), en 99 (énfasis agregado).

⁸⁹³ Informe Caflisch, en par.16.

razonablemente disponibles y eficaces, o cuando exigirle al solicitante que agote más recursos sería irrazonable. Siguiendo la decisión de la Corte Constitucional, que resultó en el reintegro de la sentencia abiertamente irracional del tribunal de apelaciones de 150 millones de dólares, ha quedado claro de manera abrumadora que no quedan medios razonablemente disponibles y eficaces por medio de los cuales MSDIA pueda buscar una compensación en los tribunales de Ecuador.

727. Por más de una década, MSDIA se ha visto obligada a defenderse en los tribunales de Ecuador contra alegatos objetivamente frívolos presentados por NIFA, una pequeña compañía ecuatoriana dirigida por un hombre con un registro público probado de actos corruptos.⁸⁹⁴ En los niveles del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones, los jueces, que al igual que el director de NIFA, han sido acusados públicamente con cargos de corrupción en otros asuntos, emitieron sentencias totalmente absurdas de 200 millones de dólares y 150 millones de dólares respectivamente, que Ecuador ni siquiera ha tratado de defender en este arbitraje.⁸⁹⁵ La jueza del tribunal de primera instancia ha admitido desde entonces que su decisión fue producto de influencia inadecuada.⁸⁹⁶

728. La CNJ reconoció la irracionalidad y total falta de fundamento en la determinación del tribunal de apelaciones de responsabilidad por antimonopolio y su enorme compensación por daños a NIFA y dejó de lado aquellos fallos con lenguaje fuerte que expresaban su convicción de que carecen completamente de fundamentos legales y de hecho. Pero tras determinar que MSDIA no podía ser considerada responsable bajo principios de antimonopolio, la única teoría que NIFA había argumentado en el litigio, la CNJ no desestimó la queja de NIFA. En su lugar, la CNJ se basó en los hechos hallados por el tribunal de apelaciones corrupta y parcializada para presentar *su propia* sentencia contra MSDIA por 1,57 millones de dólares basada en una nueva teoría legal, una teoría que había sido expresamente desestimada por NIFA a lo largo de los procedimientos, que nunca fue litigada por las partes, y sobre la cual NIFA y MSDIA habían acordado que el tribunal carecía de jurisdicción sobre el asunto.⁸⁹⁷

729. A pesar de su fuerte desacuerdo con la decisión de la CNJ, MSDIA pagó la sentencia de 1,57 millones de dólares en su contra. Pero a pesar de todo esto, MSDIA continúa en riesgo de más peligro. No conforme con su ganancia imprevista de 1,57 millones de dólares, NIFA presentó una acción colateral contra los jueces de la CNJ en la Corte Constitucional de Ecuador, que emitió una decisión irracional que reintegró la sentencia corrupta y parcializada de 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones. Por lo tanto, restablecido por la Corte Constitucional, el litigio *NIFA contra MSDIA* se encuentra ahora frente a un nuevo panel de jueces de la CNJ, que podría emitir una nueva sentencia en cualquier momento.

730. MSDIA ahora ha presentado apelaciones a lo largo de todo el sistema ecuatoriano de tribunales civiles. Ha sido hallado responsable en tres tribunales diferentes, en cada ocasión sin base legal o de hecho. Tanto los resultados finales como las maniobras de procedimiento de dichas cortes sugieren fuertemente influencia inadecuada y parcialidad contra MSDIA. Todo

⁸⁹⁴ Memorial de MSDIA en páginas 10-47.

⁸⁹⁵ Memorial de MSDIA en páginas 10-36.

⁸⁹⁶ Memorial de MSDIA en páginas 183-192.

⁸⁹⁷ Memorial de MSDIA en páginas 37-47.

esto hace evidente que los tribunales de Ecuador no permitirán un resultado justo a favor de MSDIA.

731. La ley internacional no exige que MSDIA continúe litigando sin fin en los mismos tribunales ecuatorianos en los cuales ya ha sufrido denegaciones de justicia. MSDIA ha agotado todos los recursos razonablemente disponibles y efectivos en el litigio *NIFA contra MSDIA* y, por lo tanto, ha establecido todos los elementos de sus alegatos de denegación de justicia, incluyendo aquéllos con respecto a la sentencia de 150 millones de dólares del tribunal de apelaciones.

IV. ECUADOR HA INCUMPLIDO SU OBLIGACIÓN BAJO EL ARTÍCULO II(7) DE OFRECER MEDIOS EFECTIVOS DE HACER VALER ALEGATOS Y DE HACER CUMPLIR DERECHOS

732. En su Memorial, MSDIA estableció que el Artículo II(7) del Tratado impone a las Partes una obligación absoluta de “*ofrecer medios efectivos de hacer valer alegatos y de hacer cumplir derechos* con respecto a inversiones, acuerdos de inversión, y autorizaciones de inversión” que es más estricta que la obligación bajo el derecho internacional consuetudinario de no denegar justicia a extranjeros.⁸⁹⁸ MSDIA también estableció que Ecuador incumplió sus obligaciones bajo el Artículo II(7) con respecto al litigio *NIFA contra MSDIA*.⁸⁹⁹

733. En su Memorial, MSDIA se refirió a las decisiones de los tribunales en los casos *Chevron contra Ecuador (Chevron I)* y *White Industries contra India*. En cada uno de dichos casos, los tribunales sostuvieron que la exigencia de “ofrecer medios efectivos de hacer valer alegatos y de hacer cumplir derechos con respecto a inversiones” constituye una “*obligación independiente, específica, del tratado. . . y no una simple reafirmación de la ley [internacional habitual] sobre la denegación de justicia*.”⁹⁰⁰ Dichos tribunales también concluyeron que el Artículo II(7) está sujeto a un límite inferior para establecer un incumplimiento distinto a la denegación de justicia⁹⁰¹ y una exigencia calificada de agotamiento de los recursos locales.⁹⁰²

⁸⁹⁸ Memorial de MSDIA en párrafos 394-408.

⁸⁹⁹ Memorial de MSDIA en párrafos 401-408.

⁹⁰⁰ Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 242 (énfasis agregado). Documento probatorio CLM-114, *White Industries Australia Ltd. contra República de India*, CNUDMI, Laudo, fechada el 30 de noviembre de 2011, en par. 11.3.2(a) (en el que se cita a *Chevron I*). Ver también Informe pericial del Profesor Paulsson, en par. 33 (“El Artículo II(7) es un ejemplo de una disposición del tratado que puede crear responsabilidad de estado por actos en lo judicial sin aplicar el examen de denegación de justicia bajo el derecho internacional consuetudinario”).

⁹⁰¹ Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 244 (énfasis agregado). Documento probatorio CLM-114, *White Industries Australia Ltd. contra República de India*, CNUDMI, Compensación, fechada el 30 de noviembre de 2011, en par. 11.3.2(a) (en el que se cita a *Chevron I*). Ver también Informe de Experto del Profesor Paulsson, en par. 31 (indicando que los tribunales *Chevron* y *White Industries* “sostuvieron que el Artículo II(7) imponía una obligación más amplia sobre los estados que las reglas de el derecho internacional consuetudinario sobre la negación de justicia”).

734. De acuerdo con Ecuador, dichos tribunales se equivocaron en tratar el Artículo II(7) como un estándar independiente del tratado. En su lugar, de acuerdo con Ecuador, el Artículo II(7) del Tratado “simplemente incorpora garantías contra la denegación de justicia ya disponibles bajo el derecho internacional consuetudinario” y ya incorporadas en el Tratado a través del Artículo II(3)(a).⁹⁰³ Por lo tanto, de acuerdo con Ecuador, el Artículo II(7) no puede violarse a menos que se establezca una negación de justicia bajo el Artículo II(3)(a)⁹⁰⁴ y “el deber conjunto de agotar recursos locales” ha sido acatado con “consumar [...] el delito.”⁹⁰⁵

735. Como se discutió anteriormente, MSDIA ha establecido una negación de justicia bajo los estándares de la ley internacional y ha agotado todos los recursos razonablemente disponibles y efectivos en el sistema judicial ecuatoriano. Por lo tanto, MSDIA ha establecido una denegación de justicia consumada bajo el Artículo II(3)(a).

736. Ecuador se equivoca, sin embargo, en que el Artículo II(7) no hace más que repetir la misma exigencia de cumplir con el derecho internacional consuetudinario que se encuentra en el Artículo II(3)(a). El argumento de Ecuador no es concordante con el texto del TBI Ecuador – EE.UU. y con las reglas aplicables de interpretación del tratado. Tampoco es concordante con el peso de la autoridad aplicable.

A. *El significado ordinario del Artículo II(7)*

737. El Artículo II(7) del TBI Ecuador – EE.UU. establece:

“Cada Parte ***deberá ofrecer medios efectivos de hacer valer alegatos y de hacer cumplir derechos*** con respecto a inversiones, acuerdos de inversión y autorizaciones de inversión”.

738. El significado del texto del Artículo II(7) es fácilmente comprendido. Este impone una obligación afirmativa sobre las Partes tanto para establecer medios efectivos de hacer valer alegatos y de hacer cumplir derechos como de asegurar que dichos medios funcionen efectivamente en un caso particular.⁹⁰⁶ Si las palabras de una disposición del tratado son claras, las reglas establecidas de interpretación del tratado requieren que sean interpretadas y que se les dé efecto de conformidad con su significado puro.

739. Ecuador ignora ampliamente las palabras del Artículo II(7) y se enfrasca en una discusión extendida sobre los supuestos objeto y propósito de los tratados de inversión de Estados Unidos. Esta discusión es ampliamente irrelevante, porque la especulación sobre los objetivos de una

⁹⁰² Ver Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 268 (“el Tribunal tampoco acepta la opinión del Demandado de que los Solicitantes deben probar un agotamiento estricto de los recursos locales para que el Tribunal determine una violación del Artículo II(7)”); Documento probatorio CLM-114, *White Industries Australia Ltd. contra República de India*, CNUDMI, Laudo, fechada el 30 de noviembre de 2011, en par. 11.3.2(a) (“un solicitante que alega una violación del estándar de “medios efectivos” no necesita probar que ha agotado los recursos locales”).

⁹⁰³ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 395. Ver también *id.* en par. 245.

⁹⁰⁴ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 395.

⁹⁰⁵ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 245.

⁹⁰⁶ Memorial de MSDIA en párrafos 395-400.

parte en un tratado bilateral no puede desplazar el significado puro de las palabras de una disposición de dicho tratado. Las propias autoridades de Ecuador confirman esto inequívocamente.

740. En cualquier caso, los argumentos de Ecuador sobre el objeto y propósito de los tratados de inversión de Estados Unidos son erróneos. Como las propias autoridades de Ecuador lo confirman, el objeto y propósito del Artículo II(7) fue crear una obligación específica que se extiende más allá de los estándares del derecho internacional consuetudinario sobre la denegación de justicia.

1. Significado puro del texto del Artículo II(7)

741. La redacción pura del Artículo II(7) impone una obligación específica, positiva, sobre las Partes.⁹⁰⁷ Expresamente exige que las Partes den pasos afirmativos –“**Cada Parte deberá ofrecer**”– para hacer disponibles los *medios* para hacer valer declaraciones y hacer cumplir derechos con respecto a la inversión. También exige que las Partes den pasos afirmativos para asegurar que dichos medios sean *efectivos*, en otras palabras, que realmente funcionen en un caso particular.⁹⁰⁸

742. Ecuador reconoce que el Artículo II(3)(a) incorpora el derecho internacional consuetudinario sobre la denegación de justicia, pero argumenta que el Artículo II(7) fue concebido para hacer exactamente lo mismo.⁹⁰⁹ El argumento de Ecuador no es concordante con los principios aplicables de interpretación del tratado bajo la CVDT.⁹¹⁰

743. Al argumentar que el Artículo II(7) y el Artículo II(3)(a) son colindantes, Ecuador ignora que, mientras el Artículo II(3)(a) expresamente exige un tratamiento no menor que el exigido por la ley internacional, el Artículo II(7) no hace ninguna referencia a la ley internacional o a los estándares de la ley internacional para la denegación de justicia. Como se discutió anteriormente, debe asumirse que las diferencias de lenguaje entre las disposiciones del tratado

⁹⁰⁷ Como explicó el tribunal *Chevron I*, “la obligación en el Artículo II(7) es afirmada como una *obligación positiva* del Estado anfitrión de ofrecer medios efectivos, en oposición a una obligación negativa de no interferir en el funcionamiento de dichos medios”. Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 248.

⁹⁰⁸ Ver Memorial de MSDIA, fechado el 2 de octubre de 2013, en párrafos 396-398, citando Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 248 (la obligación de “medios efectivos” exige que un sistema de justicia no sólo exista, sino que “funcione efectivamente” en un caso particular”); Documento probatorio CLM-114, *White Industries Australia Ltd. contra República de India*, CNUDMI, Laudo, fechada el 30 de noviembre de 2001, en par. 11.3.2(b) (el estándar de “medios efectivos exige tanto que el Estado anfitrión establezca un adecuado sistema de leyes e instituciones como que dichos sistemas funcionen efectivamente en cualquier caso”); Documento probatorio CLM-112, *Ltd. Liability Co. AMTO contra Ucrania*, SCC Caso Núm. 080/2005, Laudo Final, fechada el 26 de marzo de 2008, en par. 87 (la obligación de “medios efectivos” tiene dos elementos “fundamentales”: “la ley y el estado de derecho”).

⁹⁰⁹ Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos 245, 395.

⁹¹⁰ Ver más arriba en párrafos 183-184. Ver también Informe de Experto de Ratner, en párrafos 7-8. Específicamente, las provisiones del tratado deben ser interpretadas de buena fe de acuerdo con su significado ordinario en su contexto y a la luz del objeto y propósito del tratado, y su significado puede ser confirmado al recurrir a medios suplementarios de interpretación, incluyendo el trabajo preparatorio del tratado y las circunstancias de su conclusión.

tienen un significado.⁹¹¹ De acuerdo con los tribunales en *Chevron y White Industries*, la ausencia de lenguaje referente al derecho internacional consuetudinario o a la negación de justicia en el Artículo II(7) indica que éste no fue concebido para ser “una simple reafirmación de la ley sobre la denegación de justicia”.⁹¹²

744. Por supuesto, si las Partes hubieran pretendido simplemente incorporar los estándares del derecho internacional consuetudinario sobre la negación de justicia, no habrían tenido necesidad de incluir el Artículo II(7) en lo absoluto. El Artículo II(3)(a) del Tratado ya incorpora las obligaciones de las Partes bajo la ley internacional, incluyendo su obligación de no negar justicia a inversionistas extranjeros. El argumento de Ecuador, por lo tanto, exige que se interprete el Artículo II(7) como superfluo –una provisión agregada al Tratado simplemente para reiterar obligaciones que fueron incluidas en otra parte del Tratado.

745. Como se discutió anteriormente, el principio de *effet utile*, que deriva de las reglas de interpretación del tratado establecidas en el Artículo 31 la CVDT, exige que “las cláusulas del tratado deben ser interpretadas para evitar hacerlas superfluas o privarlas de relevancia para la relación entre las partes”.⁹¹³ La interpretación de Ecuador del Artículo II(7) de que éste simplemente duplica el estándar del derecho internacional consuetudinario para la negación de justicia, ya incorporado en el Artículo II(3)(a), es “de forma muy simple, prohibida por el principio *effet utile*.”⁹¹⁴

746. Ecuador invoca otro principio de interpretación del tratado: que los estados involucrados deban “remitirse a los principios generales de la ley internacional para todas las preguntas que el tratado no pueda resolver por sí mismo en términos expresos y de una manera diferente”.⁹¹⁵ Este principio no apoya el argumento de Ecuador.

747. El Artículo II(7) impone una obligación absoluta para ofrecer medios efectivos para hacer valer alegatos y hacer cumplir derechos en términos expresos y de una manera diferente al derecho internacional consuetudinario. Establece una obligación específica y positiva sobre las Partes de hacer dos cosas: primero, ofrecer los medios para hacer valer alegatos y hacer cumplir derechos con respecto a la inversión; y segundo, asegurar que dichos medios funcionen efectivamente. Ese estándar es diferente e impone mayores obligaciones sobre las Partes que los

⁹¹¹ Informe de Experto de Ratner, en par. 21.

⁹¹² Ver Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 242 (sosteniendo que “el Artículo II(7), sin embargo, aparece en el TBI como una obligación independiente, específica, del tratado, y que no hace ninguna referencia explícita a la negación de justicia o a el derecho internacional consuetudinario. El Tribunal, por lo tanto, considera que el Artículo II(7), que establece un estándar de “medios efectivos”, constituye una *lex specialis* y no una simple reafirmación de la ley sobre denegación de justicia. De hecho, este último propósito podía haber sido fácilmente expresado a través de la inclusión de lenguaje explícito para ese efecto o mediante el uso de lenguaje correspondiente al estándar prevaleciente para la denegación de justicia al momento de la redacción”). Ver también, Documento probatorio CLM-112, *Ltd. Liability Co. AMTO contra Ucrania*, SCC Caso Núm. 080/2005, Laudo final, fechada el 26 de marzo de 2008, en par. 88.

⁹¹³ Ver más arriba en par. 184. Ver también Informe pericial de Ratner, en par. 9.

⁹¹⁴ Informe pericial de Ratner, en par. 22. Como el Profesor Ratner explica, debe asumirse que las diferencias de lenguaje entre las disposiciones del tratado tienen un significado que concuerda con las reglas de la CVDT para la interpretación del tratado. *Id.* en 21.

⁹¹⁵ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 257.

estándares aplicables para la negación de justicia bajo el derecho internacional consuetudinario.⁹¹⁶

748. Eso es precisamente lo que los tribunales en *Chevron contra Ecuador* y *White Industries contra India* sostuvieron. Como el tribunal *Chevron I* determinó, el Artículo II(7) “aparece en el TBI como una **obligación independiente, específica, del tratado**”, “**no como una mera reafirmación de la ley sobre denegación de justicia**”.⁹¹⁷

749. El tribunal *Chevron I* explicó que:

“[U]n **examen distinto y potencialmente menos exigente es aplicable bajo esta disposición en comparación con la negación de justicia bajo el derecho internacional consuetudinario**. . . . [B]ajo el Artículo II(7), una falta de los tribunales domésticos en hacer cumplir derechos “efectivamente” constituirá una violación del Artículo II(7), que no siempre puede ser suficiente para determinar una negación de justicia bajo el derecho internacional consuetudinario”.⁹¹⁸

750. El tribunal en *White Industries* estuvo de acuerdo con el razonamiento del tribunal *Chevron* y sostuvo, con respecto a una provisión casi idéntica en el TBI India - Kuwait, que:

“(a) el estándar de ‘medios efectivos’ es. . . **un examen distinto y potencialmente menos exigente, en comparación con la negación de justicia en el derecho internacional consuetudinario**; [y] (b) el estándar exige tanto que el Estado anfitrión establezca un sistema adecuado de leyes e instituciones como que dichos sistemas funcionen efectivamente en cualquier caso”.⁹¹⁹

751. De forma concordante con estas afirmaciones, el Profesor Paulsson afirma que “el Artículo II(7) ha sido leído adecuadamente para imponer una obligación más amplia que las reglas del derecho internacional consuetudinario”.⁹²⁰

752. Los tribunales *Chevron I* y *White Industries* también determinaron que “una **exigencia calificada de agotamiento de recursos locales** aplica bajo el estándar de ‘medios efectivos’”.⁹²¹

⁹¹⁶ Ver Documento probatorio 356, J. Paulsson, NEGACIÓN DE JUSTICIA EN LA LEY INTERNACIONAL (2005), en 72 (como Paulsson enfatiza, citando a Jiménez de Aréchaga, “la responsabilidad del Estado por actos de lo Judicial no se agota ella misma en el concepto de denegación de justicia”).

⁹¹⁷ Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador* (*Chevron I*), PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechado el 30 de marzo de 2010, en par. 242. En vista de que el Artículo II(7) constituía una *lex specialis*, el tribunal *Chevron I* enfatizó que su papel era “interpretar y aplicar el Artículo II(7) como aparece en el presente TBI”, no aplicar el derecho internacional consuetudinario sobre la negación de justicia. *Id.* En par. 244.

⁹¹⁸ Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador* (*Chevron I*), PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechado el 30 de marzo de 2010, en par. 244.

⁹¹⁹ Documento probatorio CLM-114, *White Industries Australia Ltd. contra República de India*, CNUDMI, Laudo, fechado el 30 de noviembre de 2011, en par. 11.3.2. La disposición de medios efectivos en el TBI India-Kuwait fue incorporada al TBI Australia-India a través de su cláusula de nación más favorecida.

⁹²⁰ Segundo Informe de Experto de Paulsson, en par. 28.

En un lenguaje que fue luego repetido por el tribunal *White Industries*, el tribunal en *Chevron I* explicó:

“[E]l Tribunal no acepta la opinión del Demandado de que los Solicitantes deben probar un agotamiento exhaustivo de los recursos locales para que el Tribunal determine una violación del Artículo II(7)... Los Solicitantes deben, sin embargo, haber utilizado adecuadamente los medios disponibles para ellos para hacer valer alegatos y hacer cumplir derechos en Ecuador para probar una violación del TBI.”⁹²²

753. En otras palabras, el Artículo II(7) exige que un inversionista “us[e] adecuadamente los medios puestos a su disposición” de manera que un tribunal pueda determinar “si los medios ofrecidos por el Estado para hacer valer alegatos y hacer cumplir derechos son suficientemente ‘efectivos’”.⁹²³

754. Sin embargo, tan pronto como se hace evidente que el Estado no ha ofrecido medios suficientemente efectivos para que un inversionista haga valer alegatos o haga cumplir derechos, existe una violación del Artículo II(7). Por lo tanto, los tribunales en *Chevron I* y *White Industries* determinaron violaciones de las provisiones de medios efectivos sin tomar en cuenta que no hubo una decisión final del tribunal de última instancia dentro del sistema judicial del Estado demandado.⁹²⁴

2. Objeto y propósito del Artículo II(7)

⁹²¹ Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en párrafos 323-324 (énfasis agregado y cita omitida); Documento probatorio CLM-114, *White Industries Australia Ltd. contra República de India*, CNUDMI, Laudo, fechada el 30 de noviembre de 2011, en par. 11.3.2.

⁹²² Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 268.

⁹²³ Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en párrafos 323-324 (énfasis agregado y cita omitida); Documento probatorio CLM-114, *White Industries Australia Ltd. contra República de India*, CNUDMI, Laudo, fechada el 30 de noviembre de 2011, en par. 11.3.2.

⁹²⁴ Ver CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en párrafos 331-332 (“La falta de los Demandantes en presentar recusaciones por retraso descarta una determinación de violación del Artículo II(7). Esto efectivamente desestima la objeción del Demandado. . . A la luz del hallazgo anterior de que los recursos presentados por Ecuador no llegaron al nivel al cual se exige su agotamiento bajo el estándar del Artículo II(7), no hay necesidad de emitir una sentencia generalmente a partir de la independencia o falta del sistema judicial de Ecuador, y el Tribunal se abstiene de hacerlo); Documento probatorio CLM-114, *White Industries Australia Ltd. contra República de India*, CNUDMI, Fallo, fechada el 30 de noviembre de 2011, en par. 11.4.19 (“En estas circunstancias, y aunque hemos decidido que los nueve años de procedimientos en la solicitud dejada de lado no suman una negación de justicia, el Tribunal no tiene dificultad para concluir que la incapacidad del sistema judicial para lidiar con la solicitud jurisdiccional de White en más de nueve años, y que la incapacidad de la Corte Suprema para escuchar la apelación jurisdiccional de White por más de cinco años, suman un retraso indebido y constituyen una violación de la obligación de India voluntariamente asumida de ofrecer a White ‘medios efectivos’ para hacer valer alegatos y hacer cumplir derechos”).

755. Ecuador ignora ampliamente las palabras del Artículo II(7) y se enfoca en su lugar en los supuestos origen y propósito de la provisión.⁹²⁵ Ecuador argumenta que “el interés principal de Estados Unidos en concluir los TBI fue proteger las inversiones existentes mientras reafirmaba la comprensión de Estados Unidos de la ley internacional tradicional sobre inversión extranjera.”⁹²⁶ Ecuador concluye que el Artículo II(7) “refleja el estándar del derecho internacional consuetudinario de denegación de justicia... y nada más, o menos”.⁹²⁷

756. La premisa y la conclusión de Ecuador son erróneas. Incluso si el propósito unilateral de Estados Unidos fuera relevante para interpretar el Tratado, como se discutió anteriormente, Estados Unidos participó en los TBI porque quería codificar su visión de la ley internacional y las limitaciones percibidas de recursos sobre las protecciones garantizadas según la costumbre. Adicionalmente, los tratados de inversión de Estados Unidos contienen numerosas obligaciones que van más allá de las obligaciones impuestas por el derecho internacional consuetudinario. No tendría sentido presumir que las disposiciones de los tratados de inversión de Estados Unidos están limitadas en alcance a las protecciones del derecho internacional consuetudinario cuando tantas de las obligaciones sustantivas de dichos tratados van más allá de lo que es exigido según la costumbre.

757. Adicionalmente, las propias autoridades de Ecuador reconocen que el Artículo II(7) fue concebido para establecer una obligación específica de las Partes que fuera más allá de los requisitos del derecho internacional consuetudinario. Estas autoridades confirman lo que indica el lenguaje puro del Artículo II(7), principalmente que éste impone una obligación afirmativa sobre las Partes que va más allá del derecho internacional consuetudinario.

- (1) Un objetivo del Programa TBI de Estados Unidos fue adoptar las obligaciones que van más allá del derecho internacional consuetudinario

758. Ecuador argumenta que “el interés principal de Estados Unidos en concluir los TBI fue proteger las inversiones existentes mientras reafirmaba la comprensión de Estados Unidos de la ley internacional tradicional sobre inversión extranjera.”⁹²⁸ Incluso si el objetivo del programa TBI de Estados Unidos fue codificar la ley internacional tradicional sobre inversión extranjera (y aun si eso fuera relevante para interpretar el Tratado), esto no ofrece ninguna ayuda a Ecuador.⁹²⁹ Como las propias autoridades de Ecuador reconocen, también era un objetivo del programa TBI

⁹²⁵ Ver Contra-Memorial de Ecuador, en párrafos 247-262.

⁹²⁶ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 249 (en el que se cita Documento probatorio RLA-28, K. Vandeveld, *El Programa de Tratado Bilateral de Inversión de Estados Unidos*, 21 CORNELL INT’L L.J. 201, 212 (1988)).

⁹²⁷ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 245.

⁹²⁸ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 249 (en el que se cita Documento probatorio RLA-28, K. Vandeveld, *El Programa de Tratado Bilateral de Inversión de Estados Unidos*, 21 CORNELL INT’L L.J. 201, 212 (1988)).

⁹²⁹ Como se discutió anteriormente en el par. 222, las supuestas declaraciones unilaterales de propósito de un Estado no son consideradas como fuentes adecuadas de interpretación del tratado. Adicionalmente, como el Profesor Vandeveld, una de las autoridades en las que se basa Ecuador con respecto a las intenciones del Gobierno de Estados Unidos, reconoce, su escrito sobre el tema del programa TBI de Estados Unidos es su “propio análisis y no es en ningún sentido una declaración oficial de la interpretación del Gobierno de Estados Unidos de los TBI”. Documento probatorio RLA-28, K. Vandeveld, *El Programa de Tratado Bilateral de Inversión de Estados Unidos*, 21 CORNELL INT’L L.J. 201, 202 (1988).

de Estados Unidos incluir en los tratados de inversión de Estados Unidos obligaciones que fueran más allá de las exigencias del derecho internacional consuetudinario prevaleciente.⁹³⁰

759. El TBI Ecuador-Estados Unidos, que sigue ampliamente el Modelo del TBI de 1992, incluye muchas obligaciones que no se encuentran en la ley internacional tradicional sobre inversión extranjera, incluyendo, por ejemplo, la obligación de no imponer exigencias de desempeño y la obligación de permitir que todas las transferencias relacionadas con una inversión sean hechas libremente y sin retraso.⁹³¹ Obviamente no tiene sentido aplicar una regla de interpretación que presume que Estados Unidos sólo quiso codificar el derecho internacional consuetudinario cuando muchas de las obligaciones sustantivas del Tratado van mucho más allá.

760. Ecuador cita un artículo del Profesor Vandeveldé que incluye la afirmación: “Los TBI [de Estados Unidos] se basan en la ley internacional para llenar vacíos y establecer estándares mínimos de tratamiento, protegiéndose así contra malinterpretaciones de los textos negociados del TBI”.⁹³² La afirmación del Profesor Vandeveldé no implica que las provisiones de los tratados de inversión de Estados Unidos deberían por lo tanto ser interpretadas de forma restrictiva para limitar sus protecciones al alcance del derecho internacional consuetudinario.

761. El Profesor Vandeveldé también indica en ese mismo artículo,⁹³³ así como en su tratado sobre los tratados de inversión de Estados Unidos, que, mientras algunas provisiones del TBI incorporan estándares de ley internacional:

“Muchas otras disposiciones del TBI exigen que a la inversión cubierta se le asegure protección *mayor de* aquella exigida por la ley internacional. ***Obviamente, en tales casos, las partes del TBI deben acatar el estándar mayor del TBI***”.⁹³⁴

762. Ecuador también se basa en el Profesor José Álvarez, quien afirmó en un artículo sobre el uso del derecho internacional consuetudinario en tratados de inversión que los TBI de Estados

⁹³⁰ Ver Documento probatorio RLA-88, José E. Alvarez, “Un TBI según Costumbre”, 42 N.Y.U. J. J. INT’L L. & POL. 17 (2009) (Estados Unidos “desea[ba] usar estos tratados para ‘reafirmar’ el derecho internacional consuetudinario”, citando K. Vandeveldé, *El Programa TBI: Una Evaluación de Quince Años*, 86 AM. SOC’Y INT’L L. PROC. 532, 537 (1992); Documento probatorio RLA-28, K. Vandeveldé, *El Programa de Tratado Bilateral de Inversión de Estados Unidos*, 21 CORNELL INT’L L.J. 201, 202 (1988) (“Los TBI tenían tres propósitos: (1) ofrecer mayor protección a la inversión de Estados Unidos en aquellos países con los que Estados Unidos negociaba los TBI, (2) reafirmar que la protección de la inversión extranjera de Estados Unidos seguirá siendo un elemento importante de la política extranjera de Estados Unidos, y (3) establecer un cuerpo de práctica para apoyar la visión de Estados Unidos de la ley internacional que regía la protección de la inversión extranjera”). Ver también Documento probatorio CLM-430, C. McLachlan, *Tratados de Inversión y Ley Internacional General*, 57 ICLQ 2008, 361-401, 365 (“Los Estados, a menudo, hacían tratados de inversión precisamente para solucionar limitaciones percibidas en las protecciones garantizadas según la costumbre”).

⁹³¹ Documento probatorio RLA-31, El Modelo TBI 1992 de Estados Unidos, Arts. 2.7 y 5, *reimpreso en* K. Vandeveldé, ACUERDOS DE INVERSIÓN INTERNACIONAL de Estados Unidos (2009), en 810.

⁹³² Memorial de Ecuador, en par. 249, citando Documento probatorio RLA-28, K. Vandeveldé, *El Programa de Tratado Bilateral de Inversión de Estados Unidos*, 21 CORNELL INT’L L.J. 201, 212 (1988).

⁹³³ Memorial de Ecuador, en par. 249, citando Documento probatorio RLA-28, K. Vandeveldé, *El Programa de Tratado Bilateral de Inversión de Estados Unidos*, 21 CORNELL INT’L L.J. 201, 221, nota 137 (1988) (“Cuando el TBI exige un tratamiento que excede aquel exigido por la ley internacional, los estados anfitriones deben acatar el estándar mayor del TBI”).

⁹³⁴ Documento probatorio CLM-375, K. Vandeveldé, ACUERDOS DE INVERSIÓN INTERNACIONAL de Estados Unidos (2009), en par. 258.

Unidos “buscaban reafirmar, no apartarse de, la ley habitual relevante”.⁹³⁵ El Profesor Álvarez no estaba sugiriendo, por supuesto, que los tratados de inversión de Estados Unidos no contienen obligaciones que van más allá del derecho internacional consuetudinario.

763. En el mismo artículo, reconoce que:

“[E]stados Unidos inició TBI relativamente fuertes (a mediados de la década de los ochenta)... que fueron concebidos precisamente para afirmar las reglas tradicionales de responsabilidad del estado hacia los extranjeros, **agregar protecciones adicionales al tratado no presentes en la ley general** (tales como Tratamiento Nacional y Nación Más Favorecida) y asegurar que tanto los derechos habituales como los del tratado pudieran ser cumplidos a través de arbitraje internacional vinculante”.⁹³⁶

764. El Profesor Álvarez identifica provisiones específicas de los tratados de inversión de Estados Unidos que codifican la ley internacional, tales como el estándar mínimo de tratamiento y las disposiciones de expropiación.⁹³⁷ También reconoce que existen disposiciones en los TBI de Estados Unidos que van más allá del derecho internacional consuetudinario, tales como el tratamiento nacional y las provisiones de la nación más favorecida.⁹³⁸

765. Particularmente, el Artículo II(3)(a) del Tratado establece: “A la inversión... **no debe dársele en ningún caso** un tratamiento **menor que** el exigido por la ley internacional”. El Profesor Vandeveld indica que el Artículo II(3)(a) “deja claro que ninguna disposición del TBI autoriza un tratamiento menor que el exigido por la ley internacional”.⁹³⁹

766. En otras palabras, el Artículo II(3)(a) establece un **piso**, por debajo del cual las Partes no pueden ir en su tratamiento de inversión extranjera en su territorio. El artículo no establece un **techo** para el tratamiento de inversión extranjera. En su lugar, otras disposiciones del Tratado pueden, y lo hacen, crear obligaciones que van más allá del derecho internacional consuetudinario sobre inversión extranjera.

⁹³⁵ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 250 (en el que se cita Documento probatorio RLA-88, José E. Alvarez, “Un TBI según Costumbre”, 42 N.Y.U. J. INT’L L. & POL. 17 (2009), en 33-34).

⁹³⁶ Documento probatorio RLA-88, José E. Alvarez, “Un TBI según Costumbre”, 42 N.Y.U. J. J. INT’L L. & POL. 17 (2009), en par. 40.

⁹³⁷ Documento probatorio RLA-88, José E. Alvarez, “Un TBI según Costumbre”, 42 N.Y.U. J. J. INT’L L. & POL. 17 (2009), en parágrafos 31-32.

⁹³⁸ Documento probatorio RLA-88, José E. Alvarez, “Un TBI según Costumbre”, 42 N.Y.U. J. J. INT’L L. & POL. 17 (2009), en 34, fn. 66. Ecuador se equivoca al afirmar que el Profesor Alvarez considera que las disposiciones de “medios efectivos” simplemente codifican el derecho internacional consuetudinario. Contra-Memorial de Ecuador, en par. 253. El Profesor Alvarez sugiere que el derecho internacional consuetudinario puede ser relevante para la interpretación de las disposiciones de “medios efectivos”, pero no sugiere que los límites de dichas disposiciones están limitados a las protecciones establecidas por el derecho internacional consuetudinario. Ver Documento probatorio RLA-88, José E. Alvarez, “Un TBI según Costumbre”, 42 N.Y.U. J. J. INT’L L. & POL. 17 (2009), en 32 (“Otras disposiciones de [los TBI de Estados Unidos], tales como **una cláusula . . . que otorga a los inversionistas ‘medios efectivos para hacer valer alegatos’ en foros locales son invitaciones de plazo indefinido para hacer uso de el derecho internacional consuetudinario pertinente de los principios generales de la ley**, dados, por ejemplo, principios emergentes para promover el debido proceso, la transparencia, o la responsabilidad a lo largo de un número de regímenes, incluyendo aquellos involucrados con los derechos humanos”).

⁹³⁹ Documento probatorio CLM-375, K. Vandeveld, ACUERDOS DE INVERSIÓN INTERNACIONAL de Estados Unidos (2009), en 258.

- (2) El objeto y propósito del Artículo II(7) fue ir más allá del derecho internacional consuetudinario

767. Ecuador sugiere que existe un “principio de ley internacional habitual establecido desde hace mucho tiempo bajo el título de estándar mínimo internacional que exige que los Estados ofrezcan un marco o sistema efectivo que le permita a los inversionistas extranjeros hacer valer alegatos y hacer cumplir sus derechos”.⁹⁴⁰ Ecuador sugiere que el Artículo II(7) fue concebido para codificar este “principio de ley internacional habitual establecido desde hace mucho tiempo”.

768. Las propias autoridades de Ecuador sugieren algo diferente. En su tratado, el Profesor Vandeveldede ofrece un informe de la historia de las disposiciones de “medios efectivos” (como el Artículo II(7)) y explica que aparecieron en la práctica de tratados de Estados Unidos en un momento en el que existía “desacuerdo entre publicistas sobre el contenido” del derecho internacional consuetudinario sobre las garantías de acceso a los tribunales del estado anfitrión.⁹⁴¹ El Profesor Vandeveldede explica que el Artículo II(7) fue “**creado como un estándar independiente del tratado para ocuparse de una falta de claridad en el contenido del derecho internacional consuetudinario sobre el acceso judicial**”.⁹⁴²

769. Por lo tanto, de acuerdo con el Profesor Vandeveldede, el Artículo II(7) fue concebido para llenar un vacío en el derecho internacional consuetudinario y “crear un estándar absoluto para medir la efectividad de los recursos y procedimientos para hacer cumplir los derechos sustantivos”.⁹⁴³ Esto es concordante con las otras autoridades en las que se basa Ecuador,

⁹⁴⁰ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 255.

⁹⁴¹ Documento probatorio CLM-105, K. Vandeveldede, ACUERDOS DE INVERSIÓN INTERNACIONAL de Estados Unidos (2009), en 411.

⁹⁴² Ver Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 243.

⁹⁴³ Documento probatorio RLA-85, K. Vandeveldede, ACUERDOS DE INVERSIÓN INTERNACIONAL de Estados Unidos (2009), en 413. En otra parte de su tratado, el Profesor Vandeveldede trata las disposiciones de “acceso judicial” que exigen que “las partes ofrezcan a los inversionistas ‘medios efectivos’” como distintas de las demandas “bajo ley internacional habitual. . . por una denegación de justicia”. Ver, por ejemplo, *id.* en 580. Ver Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Indeminización Parcial sobre los Méritos, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 243.

ninguna de las cuales muestra que tal principio existía bajo el derecho internacional consuetudinario en el momento en que el TBI Ecuador – EE.UU. fue redactado.⁹⁴⁴

770. Ecuador argumenta que la eliminación de la disposición de “medios efectivos” del Modelo de TBI 2004 “claramente evidencia que la disposición nunca fue concebida para imponer obligaciones más rigurosas que aquéllas aplicables de conformidad con la ley internacional”.⁹⁴⁵ Ecuador se basa en el Profesor Vandeveld, quien informó que la disposición de “medios efectivos” fue eliminada del Modelo de TBI 2004 porque los redactores de Estados Unidos consideraban que “el principio del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la negación de justicia ofrece protección adecuada y que una obligación separada del tratado era innecesaria”.⁹⁴⁶

771. El hecho de que los redactores del Modelo de TBI 2004 hayan podido concluir que el principio del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la negación de justicia ofrece protección adecuada no implica lógicamente que ellos consideraran el Artículo II(7) como redundante del derecho internacional consuetudinario. En particular, no establece que ellos consideraran que el mismo fuera redundante con el derecho internacional consuetudinario *en 1993*, cuando el Tratado fue firmado.

772. El hecho de que los redactores del Modelo de TBI 2004 consideraran el Artículo II(7) como “innecesario” *en 2004*, porque lo consideraron redundante a la ley habitual tal y como era en 2004, o porque lo consideraron “innecesario” para extender protecciones adicionales para los inversionistas más allá de aquéllas en la ley habitual tal y como era en 2004, no dice nada sobre cómo los redactores del TBI Ecuador – EE.UU. consideraron el Artículo II(7) en 1993. Ciertamente no implica, como afirma Ecuador, que el Artículo II(7) “*nunca* fue concebido para

⁹⁴⁴ Ver Contra-Memorial de Ecuador, fechado el 27 de febrero de 2014, nota 397 y cuadro en par. 255. En su lugar, los materiales que Ecuador cita demuestran que, en la década de los veinte y treinta, un principio de ley internacional habitual bajo el rubro de no discriminación (*esto es*, tratamiento nacional) exigía que los Estados ofrecieran a los extranjeros acceso a cualquier marco o sistema existente para hacer valer alegatos y hacer cumplir derechos *en una base igual a los ciudadanos del país*. Estas autoridades no indican un principio antiguo que establece un estándar mínimo absoluto que exige medios efectivos de hacer valer alegatos y de hacer cumplir derechos. Ver Documento probatorio RLA-14, Cuestionario Núm. 4 sobre “Responsabilidad de los Estados sobre el daño causado en sus territorios a la persona o propiedad de extranjeros” adoptado por el Comité de la Liga de Naciones de Expertos para la Codificación Progresiva de la Ley Internacional en su Segunda Sesión, celebrada en Ginebra, 1926, Informe del Sub-Comité, reproducido en A. Freeman, LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR NEGACIÓN DE JUSTICIA (1932), p. 632 (“[e]l deber de un Estado de proteger a los ciudadanos extranjeros dentro de su territorio incluye la obligación de ofrecer ‘medios necesarios para defender sus derechos. . . permitiendo que los extranjeros tengan acceso a sus tribunales *en los mismos términos que sus propios ciudadanos*’); Documento probatorio RLA-9, Ley de Responsabilidad de los Estados sobre el daño causado en sus territorios a la persona o propiedad de extranjeros, reproducida en 23 AJIL SPECIAL SUPPLEMENT (1929), en 147-148 (“[u]n estado tiene el deber de garantizar a un extranjero medios de compensación por daños que *no son menos adecuados que los medios de compensación garantizados a sus ciudadanos*.” Documento probatorio RLA-11, Actas de la Conferencia para la Codificación de la Ley Internacional, celebrada en La Haya del 13 de marzo hasta el 12 de abril de 1930, Minutas del Tercer Comité, 9na reunión, Consideración de las Bases de Discusión Núm. 5 y 6, reimpresas en A. Freeman, LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR NEGACIÓN DE JUSTICIA (1932), páginas 658 y siguientes, en 664.

⁹⁴⁵ Contra-Memorial de Ecuador, en par. 254.

⁹⁴⁶ Documento probatorio RLA-85, K. Vandeveld, ACUERDOS DE INVERSIÓN INTERNACIONAL de Estados Unidos (2009), en 415.

imponer obligaciones más rigurosas que aquéllas aplicables de conformidad con la ley internacional”.

773. Como el tribunal *Chevron I* sostuvo, la eliminación del Artículo II(7) en el Modelo de TBI 2004, de hecho, confirma la naturaleza del Artículo II(7) como un estándar independiente del tratado que impone obligaciones más rigurosas que el derecho internacional consuetudinario sobre denegación de justicia.⁹⁴⁷

B. Ecuador ha violado el Artículo II(7)

774. En su Memorial, MSDIA estableció que Ecuador ha violado sus obligaciones bajo el Artículo II(7) de ofrecer “medios efectivos” para que MSDIA haga cumplir sus derechos en el litigio *NIFA contra MSDIA*. Como MSDIA explicó, un sistema judicial que está influenciado por parcialidad o corrupción, o que es de otra manera incapaz de hacer justicia a través de una aplicación imparcial del estado de derecho es incapaz de ofrecer a una parte “medios efectivos” para hacer valer alegatos y hacer cumplir derechos.

775. Como se discutió anteriormente, los tribunales ecuatorianos en el litigio *NIFA contra MSDIA* se han quedado muy cortas en ofrecer “medios efectivos”. Por más de diez años,⁹⁴⁸ MSDIA ha estado peleando una demanda claramente frívola, en vano. MSDIA prosiguió el caso a través de tres niveles de tribunales civiles ecuatorianos, donde fue sometido a denegaciones de justicia en cada nivel. Aun después de que MSDIA pagara la sentencia final del tribunal de última instancia en Ecuador, el caso continuó, sometiendo a MSDIA a otra ronda de litigio y a la posibilidad de más daños por los mismos supuestos agravios.

776. Las cortes ecuatorianas han negado repetida y sistemáticamente a MSDIA un proceso justo, imparcial, y efectivo para defender sus derechos. En cada nivel, dichas cortes han demostrado parcialidad y han estado sujetas a influencias inadecuadas. Han demostrado que son incapaces de aplicar el estado de derecho. Ningún observador razonable concluiría que el litigio *NIFA contra MSDIA* había ofrecido a MSDIA “medios efectivos” para hacer cumplir sus derechos en Ecuador.

777. Ecuador no disputa que para que un inversionista tenga “medios efectivos” de hacer valer alegatos y de hacer cumplir derechos, debe garantizársele que los tribunales en el Estado anfitrión considerarán justa e imparcialmente sus argumentos y evidencia, y que emitirán una decisión sobre la base del estado de derecho.

778. La defensa de Ecuador es que el Artículo II(7) está sujeto a la misma exigencia de agotamiento que los alegatos de negación de justicia bajo el derecho internacional

⁹⁴⁷ Ver Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 243 (en el que se interpreta la explicación del Profesor Vandeveldt sobre la eliminación de la provisión “como una confirmación de la naturaleza *lex specialis* del Artículo II(7)”).

⁹⁴⁸ Ver Documento probatorio CLM-111, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. contra República de Ecuador (Chevron I)*, PCA Caso Núm. 2007-2 (CNUDMI), Laudo parcial sobre el caso, fechada el 30 de marzo de 2010, en par. 243, en par. 250 (“El sistema legal ecuatoriano debe, por lo tanto, de acuerdo con el Artículo II(7), ofrecer a los inversionistas extranjeros los medios de hacer cumplir derechos legítimos dentro de un periodo de tiempo razonable. El límite de lo que es razonable depende de las circunstancias del caso”).

consuetudinario y que, por lo tanto, MSDIA no puede hacer valer un alegato bajo el Artículo II(7) hasta que haya agotado todos los recursos disponibles en Ecuador.⁹⁴⁹ Como se discutió anteriormente, MSDIA ha agotado todos los recursos razonablemente disponibles y efectivos bajo la ley ecuatoriana. Pero en cualquier caso, Ecuador se equivoca al afirmar que el Artículo II(7) está sujeto a la misma exigencia de agotamiento.

779. Como se discutió anteriormente, los tribunales en *Chevron I* y *White Industries* sostuvieron que el Artículo II(7) está sujeto a una exigencia menor de agotamiento que las alegaciones de negación de justicia. Específicamente, un inversionista que haga valer alegatos bajo el Artículo II(7) debe haber utilizado los medios disponibles para ello en el sistema judicial del Estado anfitrión en una extensión que permita que el tribunal haga una evaluación sobre si dichos medios fueron “efectivos”.

780. Tan pronto como se haga evidente que los medios ofrecidos no son “efectivos”, el inversionista habrá establecido los elementos materiales de su demanda y será capaz de incoar una demanda bajo el Artículo II(7) sin proseguir más tales medios inefectivos.

781. MSDIA ha utilizado adecuadamente los medios puestos a su disposición en Ecuador para hacer cumplir sus derechos. Ha litigado en Ecuador por más de una década, a través de cada nivel de los tribunales ecuatorianos, y sus derechos siguen siendo violados. El registro de los procedimientos de *NIFA contra MSDIA* es extenso, y la historia de dichos procedimientos ha sido presentada exhaustivamente en el Memorial y en esta Respuesta al Memorial de MSDIA, y en las declaraciones de testigo del Dr. Ponce Martínez, el abogado de MSDIA en Ecuador. Este Tribunal tiene evidencia suficiente ante él sobre la cual hacer una evaluación de si los medios que ha ofrecido Ecuador a MSDIA para la protección de sus derechos en Ecuador han sido “efectivos”. Claramente, no lo han sido.

782. Como el Profesor Paulsson concluye en su informe de experto sobre estos procedimientos:

“El Artículo II(7) ha sido leído adecuadamente para imponer una obligación más amplia que las reglas del derecho internacional consuetudinario. Dando crédito a la evidencia de MSDIA, su caso bajo el Artículo II(7) sigue *a fortiori*: Ecuador no sólo ha fallado en compensar las negaciones en serie del debido proceso, sino que fortaleció la violación internacional al obligar a MSDIA a pagar por completo la sentencia de la CNJ. El que sus tribulaciones continúen con la posibilidad de otra compensación ejecutable solamente sirve para subrayar la conclusión de que Ecuador no ha ofrecido a MSDIA “medios efectivos” para hacer cumplir sus derechos”.⁹⁵⁰

V. MSDIA TIENE DERECHO A UNA COMPENSACIÓN DE LOS HONORARIOS Y LOS COSTOS LEGALES QUE HA ASUMIDO EN CONEXIÓN CON SU DEFENSA DEL CASO *NIFA CONTRA MSDIA*

⁹⁴⁹ Ecuador también invoca su defensa de agotamiento en respuesta a las alegatos de MSDIA bajo el Artículo II(3)(a) (protección y seguridad totales) y el Artículo II(3)(b) (medidas arbitrarias o discriminatorias). Debido a que Ecuador no ha ofrecido ninguna otra respuesta sustantiva a dichas alegatos, MSDIA se basa en su discusión en aquellas alegatos en los párrafos 380-393 de su Memorial.

⁹⁵⁰ Segundo Informe de Experto de Paulsson, en par. 28.

783. Como MSDIA explicó en su Memorial, tiene derecho a recuperar los honorarios y costos legales que ha asumido en conexión con su defensa de los procedimientos *NIFA contra MSDIA* en los tribunales de Ecuador.

784. En su Memorial, MSDIA estimó que los honorarios y costos legales eran de aproximadamente 6.000.000 de dólares y se comprometió a ofrecer una cuantificación específica de sus honorarios y costos, incluyendo apoyo documental, en un nivel subsecuente de estos procedimientos. Ecuador objeta la alegación de MSDIA por los costos y honorarios que ha asumido en conexión con el litigio ecuatoriano sobre dos bases. En primer lugar, argumenta que MSDIA no tiene derecho a una compensación de los gastos que asumió antes de la emisión de la decisión del tribunal de primera instancia en diciembre de 2007, porque ninguna negación de justicia pudo haber tenido lugar antes de ese momento. En segundo lugar, argumenta que MSDIA no ha demostrado adecuadamente sus costos y honorarios mediante evidencia.

785. Como el Profesor Paulsson explica en su segundo informe de experto, la posición de Ecuador de que no puede haber ninguna compensación de costos y honorarios que se asumieron antes de la sentencia del tribunal de primera instancia es “exagerada”.⁹⁵¹ Esto porque “MSDIA tiene derecho a una compensación por cualquier costo pagado por litigio que haya asumido como resultado de la conducta internacionalmente incorrecta de Ecuador, incluyendo aquella que tuvo lugar a nivel del juicio”.⁹⁵² La visión del Profesor Paulsson es concordante con el enfoque del tribunal en *White Industries contra India*, en la que al solicitante se le concedió una indemnización de los honorarios legales que había asumido a lo largo de todo el curso del litigio en las cortes del Estado demandado.⁹⁵³

786. MSDIA actualmente cuantifica los costos y honorarios que ha asumido en el litigio *NIFA contra MSDIA* y por los que busca compensación por 6.565.768,66 de dólares.⁹⁵⁴

787. Ese monto incluye los honorarios profesionales pagados al bufete de abogados ecuatoriano principal de MSDIA, Quevedo & Ponce, en conexión con el litigio *NIFA contra MSDIA*, por el período de tiempo desde julio de 2005 hasta el presente, que suman 1.790.428,55 de dólares.⁹⁵⁵ La solicitud de MSDIA excluye los honorarios de Quevedo & Ponce previos a julio de 2005 porque antes de ese momento las facturas de Quevedo & Ponce también incluyeron

⁹⁵¹ Segundo Informe de Experto de Paulsson, en par. 29.

⁹⁵² Segundo Informe de Experto de Paulsson, en par. 29.

⁹⁵³ Documento probatorio CLM-114, *White Industries Australia Ltd. contra República de India*, CNUDMI, Laudo, fechado el 30 de noviembre de 2011, en secciones 14.3.3-14.3.6. (énfasis agregado). Ver también Documento probatorio CLM-164, A.V. Freeman, LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR NEGACIÓN DE JUSTICIA (1973), en 592-593 (en el que se reconoce que los honorarios legales que se contraen durante procedimientos locales pueden compensarse en una alegación de negación de justicia).

⁹⁵⁴ En vista del litigio en curso en Ecuador, MSDIA se reserva el derecho a complementar su solicitud de honorarios y costos en un nivel posterior en este arbitraje. Los honorarios y costos que ha asumido MSDIA en conexión con este arbitraje no están incluidos en el monto solicitado por daños. MSDIA se reserva el derecho de cuantificar y solicitar los honorarios y costos asociados con este arbitraje en el momento adecuado.

⁹⁵⁵ Documento probatorio C-271, facturas de Quevedo & Ponce en el litigio *NIFA contra MSDIA*, julio de 2005-presente.

honorarios por trabajo realizado en conexión con otros asuntos que manejaba Quevedo & Ponce en nombre de MSDIA en esa época.⁹⁵⁶

788. El monto de honorarios y costos solicitado por MSDIA también incluye costos y honorarios pagados al bufete de abogados internacional de MSDIA en conexión con el litigio *NIFA contra MSDIA*, WilmerHale, por el período de tiempo entre febrero de 2008 y octubre de 2011, que suman 4.775.340,11 de dólares.⁹⁵⁷

789. Entre febrero de 2008 y septiembre de 2011, los esfuerzos de WilmerHale en conexión con el asunto se enfocaron principalmente en el litigio ecuatoriano. MSDIA ha revisado las facturas detalladas de WilmerHale correspondientes a ese período y ha excluido cualquier monto no asociado con el litigio ecuatoriano. Como resultado, por un número de meses, el monto solicitado es menor que el total facturado por WilmerHale a MSDIA.⁹⁵⁸

790. Después de septiembre de 2011, el trabajo de WilmerHale se enfocó principalmente en este arbitraje.⁹⁵⁹ MSDIA ha decidido, por lo tanto, no solicitar ninguno de los honorarios o costos de WilmerHale por trabajo realizado después de septiembre de 2011 como daños en conexión con su reclamación de denegación de justicia. MSDIA buscará recuperar dichos costos de forma separada como los costos de este procedimiento de arbitraje.

791. A conveniencia del Tribunal, los detalles de los honorarios y costos solicitados por MSDIA se presentan en las siguientes tablas. Las facturas que reflejan los honorarios y costos facturados y pagados se incluyen como Documentos probatorios C-270 y C-271.⁹⁶⁰

⁹⁵⁶ En aras de la simplicidad y la claridad, en vez de decidir determinar la porción de las facturas previas a julio de 2005 atribuibles al litigio *NIFA contra MSDIA*, MSDIA está solicitando solamente aquellos honorarios asociados con facturas en las que el asunto NIFA fue tratado como distinto.

⁹⁵⁷ ⁹⁵⁷ Documento probatorio C-270, facturas de WilmerHale en el litigio *NIFA contra MSDIA*, enero de 2008-octubre de 2011.

⁹⁵⁸ Por un número de meses, MSDIA recibió de WilmerHale un 3% de descuento en honorarios (pero no en costos) por “pronto pago”. Para esos meses, MSDIA ha reducido los montos solicitados en conexión con los honorarios de WilmerHale en un 3% después de eliminar aquellos honorarios, si los hubo, no relacionados con el litigio ecuatoriano.

⁹⁵⁹ A pesar de que WilmerHale ha seguido realizando trabajo en conexión con el litigio ecuatoriano después de septiembre de 2011, en aras de la simplicidad, ha decidido no aislar dicho trabajo de su trabajo realizado en el arbitraje.

⁹⁶⁰ La descripción de apoyo del trabajo realizado que está adjunta a estas facturas es legalmente privilegiada y refleja la estrategia de litigio confidencial de MSDIA. Ese detalle no ha sido incluido con las portadas de las facturas que están incluidas en los Documentos probatorios C-270 y C-271. Adicionalmente, algunas porciones de las facturas de Quevedo & Ponce contenían notas hechas a mano que son privilegiadas y/o no se relacionan con el monto de honorarios solicitado y han sido editadas.

Tabla 1: Facturas pagadas a Quevedo & Ponce en conexión con el litigio NIFA contra MSDIA⁹⁶¹
(Trabajo llevado a cabo desde julio de 2005 hasta el presente)

Fecha de la factura	Honorarios solicitados	Fecha de factura	Honorarios solicitados	Fecha de factura	Honorarios solicitados
5-jul-05	USD 700,00	6-ene-09	USD 32.955,00	5-abr-11	USD 45.132,00
10-nov-05	USD 1.330,00	23-ene-09	USD 41.830,00	24-may-11	USD 6.110,00
9-dic-05	USD 1.120,00	24-feb-09	USD 450,02	17-jun-11	USD 11.208,00
20-dic-05	USD 280,00	24-feb-09	USD 1.153,12	26-jul-11	USD 44.550,00
22-feb-06	USD 2.755,00	24-feb-09	USD 462,28	9-sep-11	USD 28.440,00
22-feb-06	USD 840,00	25-feb-09	USD 55.627,50	27-oct-11	USD 61.761,00
9-mar-06	USD 1.015,00	24-mar-09	USD 53.578,33	10-ene-12	USD 93.669,00
29-may-06	USD 1.812,50	15-abr-09	USD 30.467,00	7-mar-12	USD 102.132,00
19-jun-06	USD 1.450,00	26-may-09	USD 33.629,83	8-jun-12	USD 8.766,00
20-oct-06	USD 362,50	25-jun-09	USD 99.429,50	20-jul-12	USD 10.264,00
20-nov-06	USD 290,00	22-jul-09	USD 52.677,00	13-sep-12	USD 20.136,00
11-ene-07	USD 290,00	21-ago-09	USD 42.286,33	7-nov-12	USD 5.502,00
15-feb-07	USD 2.040,00	15-sep-09	USD 11.363,33	28-nov-12	USD 5.904,00
23-mar-07	USD 865,00	17-nov-09	USD 26.342,83	24-ene-13	USD 17.460,00
27-abr-07	USD 2.980,00	21-dic-09	USD 12.440,00	7-mar-13	USD 65.360,00
14-jun-07	USD 3.315,00	25-ene-10	USD 5.295,00	5-abr-13	USD 42.560,00
26-jun-07	USD 1.380,00	26-feb-10	USD 8.205,00	22-may-13	USD 55.100,00
30-jun-07	USD 1.380,00	23-mar-10	USD 22.883,33	28-jun-13	USD 4.560,00
7-ago-07	USD 1.040,00	22-abr-10	USD 15.250,00	17-jul-13	USD 1.140,00
17-ago-07	USD 480,00	26-may-10	USD 4.387,50	9-sep-13	USD 9.120,00
16-ene-08	USD 800,00	3-jun-10	USD 8.162,50	14-nov-13	USD 47.500,00
20-feb-08	USD 22.350,00	30-jun-10	USD 7.200,00	19-dic-13	USD 13.680,00
13-mar-08	USD 15.000,82	28-jul-10	USD 13.262,50	24-ene-14	USD 21.660,00
14-abr-08	USD 37.935,00	26-ago-10	USD 5.580,00	27-feb-14	USD 14.060,00
26-may-08	USD 15.409,17	20-sep-10	USD 180,00	31-mar-14	USD 18.240,00
11-jun-08	USD 1.647,50	19-oct-10	USD 9.900,00	16-may-14	USD 44.840,00
14-jul-08	USD 8.712,50	9-dic-10	USD 15.490,00	26-jun-14	USD 140.220,00
27-ago-08	USD 11.178,33	4-feb-11	USD 3.000,00	Total	USD 1.790.428,55
16-oct-08	USD 5.340,83	1-mar-11	USD 3.540,00		
18-nov-08	USD 71.477,50	14-mar-11	USD 18.750,00		

⁹⁶¹ Documento probatorio C-271, facturas de Quevedo & Ponce en el litigio NIFA contra MSDIA, julio de 2005-presente.

Tabla 2: Facturas pagadas a WilmerHale en conexión con el litigio NIFA contra MSDIA (Trabajo realizado desde febrero de 2008 hasta septiembre 2011)⁹⁶²

Fecha de factura	Total de la factura	Total solicitado
12-mar-08	USD 271.389,00	USD 167.020,16
31-mar-08	USD 206.072,36	USD 200.217,80
7-may-08	USD 148.500,54	USD 144.549,35
30-may-08	USD 220.610,12	USD 214.868,24
27-jun-08	USD 230.031,85	USD 223.554,46
24-jul-08	USD 389.695,05	USD 383.388,37
21-ago-08	USD 312.168,57	USD 306.705,39
29-sep-08	USD 60.257,34	USD 58.585,60
21-oct-08	USD 54.608,55	USD 52.360,29
26-nov-08	USD 222.810,19	USD 216.658,51
8-dic-08	USD 125.707,63	USD 125.707,63
30-ene-09	USD 138.994,72	USD 136.827,91
27-feb-09	USD 130.190,09	USD 126.315,29
19-mar-09	USD 278.403,51	USD 273.142,75
18-may-09	USD 268.229,96	USD 263.089,32
29-may-09	USD 246.611,30	USD 241.586,88
24-jun-09	USD 264.488,92	USD 258.228,32
28-jul-09	USD 162.339,37	USD 145.650,52
31-ago-09	USD 92.655,32	USD 89.986,42
24-sep-09	USD 64.797,37	USD 58.640,46
30-oct-09	USD 99.345,41	USD 72.279,42
17-nov-09	USD 45.007,30	USD 39.052,09
11-dic-09	USD 80.102,75	USD 77.849,37
29-ene-10	USD 43.229,88	USD 35.491,38
9-mar-10	USD 73.930,49	USD 61.193,05
5-abr-10	USD 87.593,16	USD 85.068,66
12-abr-10	USD 66.908,08	USD 65.726,08
20-may-10	USD 44.507,47	USD 40.505,59
11-jun-10	USD 16.397,97	USD 15.952,80
13-jul-10	USD 21.911,31	USD 18.281,49
19-ago-10	USD 21.570,56	USD 18.604,17
19-ago-10	USD 14.540,65	USD 14.104,69

Fecha de factura	Total de la factura	Total solicitado
23-dic-10	USD 48.423,81	USD 46.907,67
12-abr-11	USD 10.432,45	USD 10.361,77
12-abr-11	USD 88,00	USD 0,00
12-abr-11	USD 3.352,10	USD 3.311,60
12-abr-11	USD 59.322,25	USD 55.843,46
13-abr-11	USD 1.326,00	USD 58.939,14
13-abr-11	USD 64.253,90	USD 10.320,12
13-abr-11	USD 2.940,00	USD 2.851,80
27-may-11	USD 25.261,51	USD 24.547,51
27-may-11	USD 813,00	USD 813,00
22-jun-11	USD 83.134,40	USD 60.951,60
22-jun-11	USD 3.626,00	USD 3.517,22
21-jul-11	USD 56.587,75	USD 54.711,04
21-jul-11	USD 423,00	USD 410,31
25-ago-11	USD 79.916,77	USD 58.590,39
25-ago-11	USD 1.064,00	USD 1.032,08
21-sep-11	USD 107.661,60	USD 99.966,10
21-sep-11	USD 363,50	USD 363,50
24-oct-11	USD 89.046,40	USD 48.878,40
24-oct-11	USD 1.831,00	USD 1.831,00
Total	USD 5.143.474,23	USD 4.775.340,11

⁹⁶² Documento probatorio 270, facturas de WilmerHale en el litigio NIFA contra MSDIA, febrero de 2008-octubre de 2011.

VI. SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN

792. Como se estableció en el Memorial y en la Notificación de Arbitraje de MSDIA, y por las razones expuestas anteriormente, MSDIA solicita respetuosamente una indemnización que:

- a. Declare que las acciones de los tribunales ecuatorianos en conexión con el litigio *NIFA contra MSDIA* violaron las obligaciones de Ecuador bajo el TBI Ecuador – EE.UU.;
- b. Ordene que Ecuador pague a MSDIA 1.570.000 de dólares de compensación por el pago de MSDIA de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia el 21 de septiembre de 2012;
- c. Ordene que Ecuador pague todos los costos y honorarios de abogados que asumió MSDIA al defenderse en el litigio *NIFA contra MSDIA*, actualmente cuantificados por el monto de 6.565.768,66 de dólares;
- d. Ordene que Ecuador, incluso específicamente sus cortes, su rama ejecutiva, y su policía nacional, den todos los pasos dentro de su poder para evitar el cumplimiento de cualquier sentencia futura contra MSDIA en el caso *NIFA contra MSDIA*, tanto dentro como fuera de Ecuador;
- e. Ordene que Ecuador indemnice y libere al Demandante contra todos y cada uno de los daños resultantes del cumplimiento de cualquier sentencia futura contra MSDIA en el caso *NIFA contra MSDIA*, incluyendo el valor de cualquier activo pagado, confiscado, retirado, o perdido de alguna otra forma, en conexión con el cumplimiento de la sentencia de NIFA y cualesquiera otros daños causados al negocio del Demandante tanto dentro como fuera de Ecuador, incluyendo ganancias perdidas;
- f. Ordene que Ecuador pague al Solicitante daños por sus costos legales para resistir el cumplimiento de cualquier sentencia futura contra MSDIA en el caso *NIFA contra MSDIA*, dentro o fuera de Ecuador;
- g. Ordene que Ecuador pague los intereses anteriores y posteriores al laudo de todas las sumas debidas;
- h. Ordene que Ecuador pague al Demandante todos los costos y honorarios de abogados que ha asumido en este arbitraje;
- i. Ordene una indemnización adicional u otra que sea justa, incluyendo, sin limitación, los daños morales para compensar a MSDIA por el daño no pecuniario que recibió como resultado de las violaciones de Ecuador, incluyendo el daño a la reputación y a la buena voluntad de MSDIA, tanto dentro como fuera de Ecuador.

Presentado respetuosamente,

[Firma]

Gary B. Born
Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP
49 Park Lane
Londres W1K 1PS
Reino Unido
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
EE. UU.
Tel: +1 202 663 6000
Fax: +1 202 663 6363

Fechado: 8 de agosto de 2014