

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

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

Demandante

versus

LA REPÚBLICA DE ECUADOR

Demandada

**SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES POR PARTE DEL
DEMANDANTE**

12 de junio de 2012

I. INTRODUCCIÓN

1. En este arbitraje, Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. ("MSDIA") busca alivio frente a un fallo por \$150 millones de dólares dictado en su contra por las cortes ecuatorianas, una imposición irracional e indefendible producida a través de un proceso judicial claramente sesgado e irregular y como resultado de la no provisión por parte de Ecuador de un tribunal imparcial para adjudicar la reclamación subyacente. Durante todo el litigio, las cortes de Ecuador manipularon el proceso en perjuicio de MSDIA, y su hallazgo de responsabilidad y la adjudicación de enormes daños carecen totalmente de sustento en razón o en derecho. El proceso judicial y la decisión judicial resultante constituyen una denegación de justicia y una violación de las obligaciones de Ecuador bajo el Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador Sobre la Promoción Recíproca de Inversiones (el "TBI Ecuador – Estados Unidos" o "Tratado").

2. Desde la decisión judicial por \$150 millones de dólares por parte de la corte de apelaciones de Ecuador en septiembre de 2011, MSDIA ha interpuesto un recurso de casación ante la corte más alta de Ecuador, la Corte Nacional de Justicia, y la última petición está pendiente. Todos los procedimientos sustantivos ante la Corte Nacional de Justicia están completos, y la decisión definitiva de esa corte puede ser dictada en cualquier momento. La oportunidad de la decisión está totalmente dentro de la discreción unilateral de la Corte Nacional de Justicia, y MSDIA no tiene ninguna capacidad para demorar esa decisión.

3. En ausencia de las Medidas Cautelares buscadas en esta solicitud, la decisión de la Corte Nacional de Justicia ocasionará un daño inmediato e irreversible para MSDIA. Bajo la ley ecuatoriana, la decisión judicial definitiva será totalmente ejecutable en Ecuador, y la ejecución de la decisión judicial en contra de los activos de MSDIA, lograda con la ayuda del estado ecuatoriano, puede ocurrir entonces rápidamente –muy posiblemente dando lugar a una confiscación de los activos de MSDIA en Ecuador en menos de un mes. Debido a que el enorme fallo excede por mucho el valor de la empresa de MSDIA en Ecuador, poco después de una decisión judicial adversa por parte de la Corte Nacional de Justicia esa empresa muy probablemente será totalmente destruida.

4. Además, debido a que ese resultado devastador parecerá ser inevitable, la posibilidad de la destrucción inminente de la empresa de MSDIA en Ecuador tendrá efectos inmediatos e irreparables sobre la capacidad de MSDIA para retener sus empleados y muchas otras relaciones comerciales cruciales que dependen de la confianza en la supervivencia de la empresa. Estos daños irreversibles recaerán sobre MSDIA simplemente tras la emisión de una decisión judicial adversa por parte de la Corte Nacional de Justicia –incluso antes de que el demandante adopte medidas para ejecutar esa decisión judicial.

5. Por estos motivos, MSDIA enfrenta una amenaza inminente en el sentido de que su inversión a largo plazo en Ecuador se verá severa e irreparablemente perjudicada por las actuaciones del poder judicial de Ecuador y de los agentes de la rama ejecutiva de Ecuador que hagan efectivas las órdenes de su rama judicial. Ese daño incluye la muy real e inminente posibilidad de que toda la empresa de MSDIA en Ecuador sea destruida. Ningún alivio posterior dentro de las facultades de este o de cualquier tribunal podría remediar ese daño totalmente.

6. Este Tribunal tiene la autoridad para dictar medidas cautelares de protección con el fin de preservar el *status quo* y para evitar lesiones sustanciales e irreparables a MSDIA. Dichas medidas cautelares son apropiadas y necesarias para preservar la capacidad de este Tribunal para adjudicar un alivio efectivo reivindicando los derechos de MSDIA bajo el Tratado.

7. En procedimientos de arbitraje bajo tratados bilaterales de inversión, las medidas cautelares de protección son otorgadas cuando: 1) el tribunal tiene jurisdicción *prima facie*, 2) las medidas son necesarias para prevenir una amenaza de daños o perjuicios sustanciales o irreparables, y 3) existe urgencia porque el daño amenazado probablemente ocurriría antes de la conclusión del procedimiento arbitral. Estos factores se cumplen claramente en las circunstancias de este caso.

8. *Primero*, este Tribunal tiene jurisdicción *prima facie*. Bajo el TBI Ecuador – Estados Unidos, Ecuador acordó arbitrar las disputas sobre inversiones con compañías de los EE.UU., tales como MSDIA, que involucren inversiones en Ecuador. La disputa ante este Tribunal trata sobre reclamaciones por violación de las obligaciones de Ecuador bajo el Tratado con respecto a la inversión de MSDIA en Ecuador, y por lo tanto se enmarca plenamente dentro del alcance de la oferta de Ecuador de arbitrar. El acuerdo de Ecuador al arbitraje en el Tratado y el consentimiento de MSDIA al arbitraje dan lugar a un acuerdo de arbitraje vinculante, bajo el cual este Tribunal tiene jurisdicción *prima facie* para conocer esta disputa.

9. *Segundo*, las medidas que está solicitando MSDIA son necesarias para prevenir la amenaza de daños sustanciales e irreparables a MSDIA. Si la decisión judicial de las cortes ecuatorianas es ejecutado contra los activos de MSDIA, la empresa de MSDIA en Ecuador será destruida por completo. Una vez que ocurra eso, nada de lo que este u otro tribunal puedan hacer podrá restablecer el *status quo* o resucitar la empresa de MSDIA. Al mismo tiempo, se causarán daños graves a los empleados y socios comerciales de MSDIA, al igual que a los pacientes ecuatorianos a quienes MSDIA les presta un servicio actualmente.

10. *Tercero*, la solicitud de MSDIA es urgente porque el daño amenazado para MSDIA ocurrirá antes de que estos procedimientos arbitrales sean concluidos. Bajo los procedimientos ecuatorianos, la decisión de la Corte Nacional de Justicia puede ser expedida en cualquier momento, y será ejecutable de inmediato contra los activos de MSDIA. Los tiempos de ese evento están bajo el control total de Ecuador y sus agentes (específicamente, de su más alta corte), y se esperaría que los agentes ejecutivos del estado ecuatoriano confisquen y liquiden los activos de MSDIA para cumplir la decisión judicial. Inmediatamente después de dictarse un fallo adverso, la empresa de MSDIA sufrirá daños irreparables para la retención y la renovación de las relaciones comerciales continuadas debido a la inminencia de su destrucción.

11. Por estos motivos, MSDIA respetuosamente solicita que este Tribunal dicte medidas cautelares de protección a favor de MSDIA para preservar el *status quo* y para prevenir el daño sustancial e irreparable que se produciría si Ecuador pudiese ejecutar la decisión judicial en contra de los activos de MSDIA.

II. ANTECEDENTES DE LA DISPUTA

12. Este arbitraje concierne a una decisión judicial por \$150 millones de dólares

manifiestamente injusta e irregular, dictada en contra de MSDIA por las cortes de Ecuador. La decisión judicial fue el resultado de un proceso judicial profundamente viciado y sesgado, y los procedimientos que culminaron en la decisión judicial constituyeron una denegación de justicia, que violó las obligaciones de Ecuador bajo el TBI Ecuador – Estados Unidos. A MSDIA no le fue concedido un medio efectivo para aseverar sus reclamaciones y hacer valer sus derechos por parte de las cortes ecuatorianas; no fue tratada justa y equitativamente por las cortes ecuatorianas; su inversión no recibió total protección y seguridad; su inversión fue menoscabada mediante medidas arbitrarias y discriminatorias; y su tratamientos en las cortes ecuatorianas fue muy inferior al requerido por el derecho internacional. Ecuador no proveyó tribunales imparciales para adjudicar las reclamaciones en contra de MSDIA. En cambio, MSDIA fue sometida a un proceso judicial injusto y unilateral que perjudicó sus derechos e impidió que las reclamaciones en su contra fuesen consideradas justamente y sus defensas presentadas plenamente y evaluadas imparcialmente de conformidad con el imperio de la ley.

13. Como se detalla en la Notificación de Arbitraje de MSDIA, la decisión judicial en cuestión surgió de una demanda instaurada contra MSDIA por una compañía ecuatoriana, Nueva Industria Farmacéutica Asociada, S.A. ("NIFA") en diciembre de 2003, alegando que MSDIA había vendido una pequeña y vieja planta de manufactura y empaque construida hace 26 años ubicada en el Valle Chillos de Ecuador a otra compañía ecuatoriana, en lugar de vendérsela a NIFA.¹

14. MSDIA decidió vender la planta del Valle Chillos a finales de 2001 como parte de una decisión de negocios de consolidar sus operaciones de manufactura en América Latina. Para comienzos de 2002, MSDIA había empezado a buscar compradores potenciales en diversas industrias, dentro de Ecuador e internacionalmente.

15. NIFA –un fabricante farmacéutico ecuatoriano que vendía medicamentos de venta libre y medicamentos recetados genéricos- estaba entre varios compradores potenciales que manifestaron su interés en la planta del Valle Chillos a comienzos de 2002. NIFA tenía una presencia relativamente pequeña en el mercado farmacéutico ecuatoriana. Sus *ventas* totales en 2002 (el año en el que comenzaron las negociaciones) fueron de tan solo \$2.4 millones de dólares.² Sus *utilidades* totales en 2002 fueron de tan solo \$2,165 dólares.³

16. Para mayo de 2002, MSDIA y NIFA habían comenzado negociaciones para una posible venta de la planta. A finales de noviembre de 2002, las partes acordaron en principio un precio de compra de tan solo \$1.5 millones de dólares por la planta, sujeto expresamente al logro de un

¹ NIFA se convirtió en "PROPHAR S.A." en agosto de 2010.

² Prueba C-20, Informe de Rolf Stern, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 4 de junio de 2009, en la página 19 (traducción al inglés en la página 21).

³ *Id.*, en la página 26 (traducción al inglés en la página 28) (determinando las utilidades de NIFA con base en las declaraciones de impuestos de NIFA). Las ventas de productos de NIFA representaron entre el 0.12% y el 0.14% del total del mercado farmacéutico ecuatoriano entre 2002 y 2004. Sus ventas de productos genéricos representaron un promedio de tan solo el 2.7% del mercado farmacéutico genérico durante ese período. *Id.* en la página 15 (traducción al inglés en la página 16) (determinando las participaciones de mercado de NIFA con base en datos certificados compilados por la compañía de investigación y datos de mercado IMS Ecuador S.A., e incluido en los registros de la corte).

acuerdo definitivo sobre todos los términos.⁴ Las discusiones se agriaron poco tiempo después porque MSDIA descubrió que NIFA, mientras estaba negociando la compra de la planta de MSDIA, había solicitado y obtenido ciertos registros del Ministerio de Salud ecuatoriano para producir Rofecoxib, un medicamento bajo patente sobre el que MSDIA tenía el derecho exclusivo para comercializar en Ecuador.⁵ En ese entonces, Rofecoxib era la patente más rentable de MSDIA en Ecuador.

17. Con base en las que parecían ser al menos prácticas e intenciones de negocios caballerosas por parte de NIFA, y en el peor de los casos inescrupulosas, la confianza de MSDIA en NIFA se había erosionado. MSDIA le solicitó a NIFA promesas que prohibirían que NIFA pudiese usar la antigua planta y equipos de MSDIA para negociar usando la excelente reputación de MSDIA, confundir a pacientes y médicos sobre el verdadero origen de los productos que NIFA manufacturaría en las antiguas instalaciones de MSDIA, y perjudicar a MSDIA apropiándose indebidamente de sus conocimientos y secretos industriales.

18. Por lo tanto, en una reunión entre las partes el 22 de enero de 2003, MSDIA le solicitó a NIFA acordar no producir copias de los productos de MSDIA en la planta por cinco años después de la venta. Tras discusiones preliminares de la propuesta de MSDIA, NIFA se salió de la reunión y dio las negociaciones por terminadas.⁶

19. En julio de 2003, MSDIA le vendió la planta (sin equipo) a una filial de Ecuaquímica, otra compañía ecuatoriana, por \$830,000 dólares.⁷

20. En diciembre de 2003, NIFA interpuso una querrela civil contra MSDIA ante la Segunda Corte de lo Civil de Pichincha. Las reclamaciones de NIFA se basaban en supuestas violaciones antimonopolio que, si bien nunca fueron articuladas claramente, parecían basarse en una teoría según la cual al vender la planta del Valle de Chillos a una compañía diferente, MSDIA había usado una supuesta posición “dominante” de mercado para evitar que NIFA introdujera nuevos productos al mercado farmacéutico. NIFA –una compañía con utilidades anuales previas reportadas de tan solo *dos mil dólares*- alegó que al venderle la pequeña planta a una compañía

⁴ Prueba C-5, Resumen de Reunión Entre MSDIA y NIFA, 20 de noviembre de 2002. Las partes afirmaron en varias ocasiones durante las negociaciones que no existía ningún acuerdo vinculante y que cualquiera de las dos partes podía retirarse en cualquier momento. Más notablemente, el 20 de noviembre de 2002 MSDIA y NIFA se reunieron en Panamá para discutir los términos de una venta propuesta, incluyendo precio, obligaciones tributarias, y método de pago. En esa reunión, y sujeto a lograr un acuerdo definitivo sobre todos los términos, las partes acordaron en principio un precio de compra de \$1.5 millones de dólares. MSDIA plasmó por escrito los términos discutidos en la reunión de Panamá en una carta transmitida electrónicamente, que claramente expresaba que no era una carta de intención ni un contrato, manifestando que “[e]sta carta no vincula a las partes a nada de lo anterior hasta tanto no se firme una carta de intención o un contrato.” NIFA aprobó la carta por correo electrónico el 25 de noviembre de 2002. *Id.*; Prueba C-6, Correo Electrónico del Gerente General de NIFA, Miguel García, a Ed Jáen (consultor de MSDIA), y subsiguientes, 25 de noviembre de 2002.

⁵ Prueba C-7, Correo electrónico de Héctor Tejada (MSDIA) a Jacob Harel (Merck & Co.) del 26 de noviembre de 2002.

⁶ Prueba C-8, Memorando de Jacob Harel (Merck & Co.) a distribución, 22 de enero de 2003.

⁷ Prueba C-11, Informe de Omar Herrera R., presentado a la corte de primera instancia, *NIFA v. MSDIA*, 25 de octubre de 2004, en la página 4 (traducción al inglés en la página 3). MSDIA suscribió la escritura de venta de la planta con una filial de Ecuaquímica. MSDIA vendió los equipos por separado a otras partes. *Id.*, en las páginas 3-4 (traducción al inglés en las páginas 3-4).

diferente, MSDIA de alguna manera había causado daños por lucro cesante a NIFA por al menos \$200 millones de dólares.⁸

21. Como asunto objetivo, la teoría legal de NIFA no tenía sustento legal alguno ni en los hechos del caso ni en la ley de Ecuador.

22. Como se explica de manera más completa más adelante, tanto al momento de los eventos en cuestión como al momento de la querrela de NIFA, Ecuador no había adoptado ninguna ley antimonopolio. Simplemente no existían leyes de competencia vigentes en Ecuador que MSDIA (o nadie más) pudiese violar. Además, incluso si la ley ecuatoriana *hubiese* incluido una ley sustantiva de competencia y hubiese reconocido reclamaciones antimonopolio en los momentos relevantes (y no lo hizo), la teoría antimonopolio de NIFA no tenía sustento alguno en los hechos objetivos. MSDIA sencillamente no tenía y no tiene una posición dominante en el mercado farmacéutico ecuatoriano; de hecho, en 2002 solamente contaba con una participación del 3% del mercado.⁹ Al menos *siete* otras compañías tenían una *participación igual o mayor* del mercado (altamente competitivo) que la participación de MSDIA.¹⁰ Y no podría haber ningún alegato serio en el sentido de que MSDIA tenía una posición dominante en el mercado ecuatoriano de *finca raíz* –el mercado más relevante en relación con la negociación fallida.

23. Por lo tanto, no podría haber ninguna teoría antimonopolio plausible que le exigiese a MSDIA, a pesar de sus dudas sobre los motivos de NIFA, que le vendiera su planta a NIFA en contraposición a cualquier otra entidad.

24. Tampoco existía ninguna base fáctica o legal creíble para la proposición en el sentido de que cualquier acción de MSDIA causó daño alguno a NIFA, y mucho menos daños por la absurda magnitud de \$200 millones de dólares.

25. A pesar de que NIFA no identificó una base fáctica o legal para sus reclamaciones o ninguna base plausible para daños, mucho menos daños sustanciales, el 17 de diciembre de 2007 la corte de primera instancia ecuatoriana dictó una decisión judicial manifiestamente injusta e irracional contra MSDIA, y le adjudicó \$200 millones de dólares en daños a NIFA por las supuestas utilidades que hubiera ganado si MSDIA le hubiese vendido la pequeña planta a NIFA en lugar de a Ecuaquímica.¹¹ Una “Juez Temporal,” quien no había estado involucrada previamente en el litigio, asumió la responsabilidad del caso a último momento. La evidencia sugiere que su opinión de 15 páginas fue el trabajo de alguien diferente. La Juez Temporal emitió la opinión resolviendo un litigio de cuatro años con un expediente de más de 6,000 folios¹², menos de *tres horas y media* después de asumir la responsabilidad del caso. Su opinión en gran medida recitaba literalmente la redacción de la querrela de la demandante, e incluía

⁸ Prueba C-10, Querrela de NIFA, 16 de diciembre de 2003, en la página 10 (traducción al inglés en la página 8).

⁹ Prueba C-35, Informe de Diego Petrecola, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 11 de marzo de 2011 en la página 10 (traducción al inglés en las páginas 7-8).

¹⁰ En 2003, todas las 20 compañías principales tenían participaciones de mercado de entre el 1.6% y el 6%. *Id.*, en la página 11 (traducción al inglés en la página 9).

¹¹ Prueba C-3, en la página 15.

¹² *Id.*, en las páginas 1, 15; Prueba C-17, Informe de Inspección Judicial del Expediente de Primera Instancia del Caso *NIFA v. MSDIA*, Patricio Carrillo Dávila, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *MSDIA v. Chang-Huang* (Segunda Corte de lo Civil de Pichincha), 19 de diciembre de 2008, en la página 3.

errores tipográficos y gramaticales idénticos, sugiriendo que los dos documentos se originaron en la misma fuente.¹³ Su decisión adjudicó \$200 millones de dólares por decreto, sin siquiera intentar adelantar un análisis acerca de si NIFA había sufrido daños o sobre la magnitud de cualquier daño.

26. El 23 de septiembre de 2011, una corte de apelaciones ecuatoriana ratificó y enmendó la decisión judicial del juzgado, adjudicándole a NIFA \$150 millones de dólares por supuestos daños por lucro cesante por supuestas violaciones antimonopolio.¹⁴ El proceso de la corte de apelaciones se caracterizó por la no provisión, aparentemente deliberada, de notificaciones sobre las decisiones judiciales en un esfuerzo, en ocasiones exitosos, por privar a MSDIA de derechos procedimentales y sustantivos; una descarada manipulación de la facultad de la corte para nombrar expertos en asuntos cruciales de responsabilidad y daños suplantando a los expertos con distinguidas credenciales inicialmente nombrados por la corte quienes habían llegado a opiniones a favor de MSDIA por personas sin credenciales nombradas posteriormente cuyas opiniones no sustentadas y pobremente razonadas favorecían a NIFA; y una opinión sobre responsabilidad y daños que no abordó los argumentos legales y las evidencias presentadas por MSDIA ni ofreció explicación coherente alguna sobre el por qué de los \$150 millones de dólares –en contraposición a \$0 o, en caso dado, la adjudicación por \$200 millones de dólares que estaba bajo apelación- eran una cuantificación plausible de los daños por lucro cesante.

27. Por lo tanto, la evidente falta de imparcialidad de las cortes ecuatorianas le ha negado sistemáticamente a MSDIA las garantías de debido proceso y la ha sometido a una clara denegación de justicia.

III. MSDIA TIENE DERECHO A MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN

28. Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL) confieren amplias facultades a los tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares de protección. El Artículo 26(1) establece que “el tribunal arbitral puede otorgar *cualquier medida cautelar que considere necesaria con respecto al asunto de la disputa.*”¹⁵ De acuerdo con sus términos, el Artículo 26(1) requiere únicamente que la medida de protección solicitada sea “necesaria” “con respecto al asunto de la disputa.” El Artículo 26(1) por lo tanto “deja amplia [] discreción al Tribunal para adjudicar medidas cautelares.”¹⁶ Se entiende que esta disposición le confiere a los tribunales

¹³ Prueba C-18, Informe de Alonso León Asqui y del Dr. Bruno Sáenz Andrade sobre la Decisión Judicial de Primera Instancia en *NIFA v. MSDIA*, *MSDIA v. Chang-Huang*, 26 de enero de 2009, en las páginas 4-9.

¹⁴ Prueba C-4, en la página 16.

¹⁵ Prueba CLM-26, Reglas de Arbitraje de 1976 de la CNUDMI (UNCITRAL), Artículo 26(1) (énfasis añadido). El Artículo 26(2) dispone que el tribunal puede otorgar medidas cautelares “en la forma de un laudo cautelar.”

¹⁶ Prueba CLM-26, *Paushok v. Gov't of Mongolia*, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL), Orden de Medidas Cautelares (2 de septiembre de 2008), en el párrafo 36.

arbitrales amplias facultades para otorgar una extensa gama de recursos potenciales.¹⁷

29. MSDIA requiere protección durante el curso de estos procedimientos de arbitraje frente a la ejecución, en contra de sus activos en Ecuador o en cualquier otra parte del mundo, de cualquier decisión judicial en el litigio con NIFA. Estas medidas cautelares son necesarias con respecto al asunto de la disputa ante este Tribunal, específicamente los derechos de MSDIA, bajo el TBI Ecuador – Estados Unidos, a ser tratada de manera justa y equitativa por las cortes de Ecuador y a no ser sometida por ellas a una denegación de justicia.

30. Si la manifiestamente parcializada e injusta decisión judicial contra MSDIA es ejecutada contra los activos de MSDIA mientras el arbitraje está pendiente, de manera tal que la empresa de MSDIA en Ecuador sea destruida totalmente, MSDIA perderá irreparablemente los derechos que este Tribunal, a pesar de adjudicar una reparación pecuniaria, no podría reparar en plenitud. Incluso antes de la ejecución de la decisión judicial, MSDIA empezará a perder empleados y relaciones comerciales cruciales en Ecuador. Y una vez que los activos de MSDIA sean confiscados y vendidos en subasta, el fondo de comercio (goodwill) permanente y las relaciones comerciales que ha construido durante décadas en Ecuador serán destruidos irreversiblemente. Por lo tanto, es necesario que este Tribunal evite la ejecución de la decisión judicial en disputa mientras esté pendiente la resolución de este arbitraje, con el fin de salvaguardar el asunto de la disputa y la capacidad del Tribunal para adjudicar un alivio plenamente efectivo.

31. Los tribunales que operan bajo las Reglas de la CNUDMI (UNCITRAL) generalmente han requerido que las partes que solicitan medidas cautelares de protección cumplan tres requisitos: (1) que el tribunal tenga jurisdicción *prima facie*; (2) que las medidas solicitadas sean necesarias para prevenir una amenaza de daños o perjuicios sustanciales o irreparables; y (3) que

¹⁷ Prueba CLM-28, D. Caron, D. Caplan y M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules: Arbitration Rules: A Commentary* 539 (Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: Reglas de Arbitraje: Un Comentario 539) (2006) (un tribunal arbitral tiene la “facultad de ordenar ... cualquier medida ‘que considere necesaria’ en vista de las circunstancias particulares”); Similarmente, bajo el Artículo 47 del Convenio del CIADI (ICSID), los tribunales del CIADI tienen la facultad de ordenar “cualquier medida cautelar que deba tomarse para preservar los respectivos derechos de las partes”, lo que ha sido interpretado como que le permite a los tribunales ordenar una amplia gama de recursos cautelares. *Ver* C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* 779 (El Convenio del CIADI: Un Comentario 779) (2009) “[N]o se puede dar una lista exhaustiva de las medidas cautelares que pueden ser usadas por los tribunales.”).

exista urgencia debido a que el daño amenazado probablemente ocurrirá antes de concluir los procedimientos arbitrales.¹⁸ MSDIA cumple fácilmente cada uno de estos elementos.

A. *El Tribunal tiene Jurisdicción Prima Facie*

32. MSDIA cumple claramente el requisito de que el peticionario demuestre *prima facie* que el Tribunal tiene jurisdicción para conocer la disputa de las partes.

33. Bajo el Artículo VI(1) del TBI Ecuador – Estados Unidos, Ecuador acordó arbitrar, entre otros, “una disputa... surgida de o relacionada con... (c) una supuesta violación de cualquier derecho conferido o creado por este Tratado con respecto a una inversión.”¹⁹

34. El Artículo I(1)(a) define “inversión” como “todo tipo de inversión en el territorio de una Parte de propiedad de o controlado directa o indirectamente por ciudadanos o compañías de la otra Parte, tales como contratos de capital accionario, de servicio de la deuda y de inversión; e incluye (i) bienes tangibles e intangibles, incluyendo derechos, tales como hipotecas, gravámenes y prendas; (ii) una compañía o acciones del capital accionario u otras participaciones en una compañía o participaciones en los activos de la misma; (iii) una reclamación de dinero o una reclamación de rendimiento con un valor económico, y asociada con una inversión; (iv) propiedad intelectual...; y (v) todo derecho conferido por ley o por contrato, y toda licencia y permiso de conformidad con la ley.”²⁰

35. La disputa actual surge de o se relaciona con derechos conferidos o creados por el Tratado con respecto a la inversión de MSDIA. MSDIA es una compañía constituida en los Estados Unidos y por lo tanto es una “compañía[y] de la otra Parte.” Como se indica en la Notificación de Arbitraje de MSDIA, durante los últimos 40 años MSDIA ha distribuido y vendido productos farmacéuticos esenciales en Ecuador, a través de una sucursal ubicada en Ecuador, con empleados, instalaciones y amplias operaciones en Ecuador. La empresa en funcionamiento de MSDIA en Ecuador claramente constituye una inversión para los efectos del Artículo I(1)(a).

¹⁸ Ver, por ejemplo, Prueba CLM-10, *Encana Corp. v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL Arbitration Rules, Interim Award (Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, Laudo Cautelar) (31 de enero de 2004), en el párrafo 13 (“[T]res condiciones deben cumplirse en principio antes de poder establecer medidas cautelares... Primero, debe existir una base aparente de jurisdicción. Segundo, la medida buscada debe ser urgente. Tercero, la base para establecer medidas cautelares debe ser que de lo contrario se podrían causar daños irreparables a la parte solicitante.”); Prueba CLM-28, D. Caron, D. Caplan y M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 535-37 (Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: Un Comentario 535-37) (2006); Prueba CLM-27, C. Brower, J. Brueschke, *The Iran United States Claims Tribunal* 218 (El Tribunal de Reclamaciones Irán Estados Unidos) (1998). Estos tres requisitos también han sido aplicados en numerosas decisiones de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) y en laudos arbitrales bajo el Convenio del CIADI / ICSID. Ver, por ejemplo, Prueba CLM-21, *Pulp Mills on the River Uruguay (Molinos de Pulpa en el Río Uruguay) (Argentina v. Uruguay)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order (Solicitud de Indicación de Medidas Cautelares, Orden) (13 de julio de 2006), en los párrafos 59-62; Prueba CLM-19, *LaGrand Case (Germany v. United States of America) (Caso LaGrand) (Alemania v. Estados Unidos de América)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order (Solicitud de Indicación de Medidas Cautelares, Orden) (3 de marzo de 1999), párrafos 18, 22; Ver también Prueba CLM-31, Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* 771-77 (El Convenio del CIADI: Un Comentario 771-77) (2009).

¹⁹ Prueba C-1, TBI Estados Unidos – Ecuador.

²⁰ *Id.*

36. Más específicamente, hasta 2003, MSDIA fue propietaria y operaba una instalación manufacturera en Ecuador, cuya venta está en el meollo de esta disputa. La misma instalación manufacturera era un bien inmueble tangible de propiedad de y controlado por MSDIA y claramente clasifica como una “inversión” bajo el Artículo I(1)(a).

37. El Tratado garantiza que Ecuador la dará a la inversión de MSDIA un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, y un tratamiento no menor al requerido por el derecho internacional, entre otras cosas. Bajo el Tratado, Ecuador también promete que no menoscabará la inversión de MSDIA mediante medidas arbitrarias o discriminatorias y que le dará a MSDIA medios efectivos para aseverar reclamaciones y hacer valer derechos en Ecuador. La presente disputa se refiere al incumplimiento por parte de Ecuador de estas obligaciones y a su menoscabo de los derechos garantizados a la inversión de MSDIA bajo el Tratado. Por lo tanto, la disputa claramente se enmarca dentro del alcance del acuerdo de arbitrar.

38. El acuerdo de arbitraje bajo el cual se derivan las facultades de este Tribunal fue debidamente constituido. Ecuador hizo una oferta vinculante cuando suscribió el Tratado. MSDIA aceptó la oferta de Ecuador de arbitrar cuando radicó su Notificación de Arbitraje.²¹ Bajo el Artículo VI(4) del Tratado, esto dio lugar a un acuerdo de arbitraje vinculante.

39. Bajo el Artículo VI (4) del Tratado, MSDIA debidamente inició un arbitraje contra Ecuador bajo las Reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). El Tratado establece que la iniciación de arbitraje procede cuando: (1) el inversionista no ha sometido la disputa para resolución ya sea ante las cortes o tribunales administrativos del Estado anfitrión o de conformidad con cualquier procedimiento de solución de disputas previamente acordado; y (2) han transcurrido seis meses desde la fecha en la que surgió la disputa.

40. Cada uno de estos requerimientos han sido satisfechos. MSDIA no ha presentado sus reclamaciones bajo el TBI para resolución ante las cortes o tribunales administrativos de Ecuador ni a ningún otro procedimiento aplicable de solución de disputas previamente acordado. Y han transcurrido más de seis meses desde que surgió esta disputa en diciembre de 2007, cuando la Segunda Corte de lo Civil de Pichincha expidió su decisión judicial en contra de MSDIA.²² MSDIA notificó a Ecuador sobre la disputa de conformidad con las disposiciones del Tratado el 8 de junio de 2009.²³ El período de espera de seis meses venció hace tiempo.²⁴

²¹ Ver generalmente Prueba CLM-11, *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/00/9, Laudo (15 de septiembre de 2003), en los párrafos 12.2, 12.3 (“[S]e establece firmemente que un inversionista puede aceptar la oferta de un Estado de arbitraje ante el CIADI / ICSID contenida en un tratado bilateral de inversión mediante la institución de procedimientos del CIADI / ICSID. No hay nada en el TBI que sugiera que el inversionista debe comunicar su consentimiento de una forma diferente directamente al Estado... Se desprende que el Demandante válidamente dio su consentimiento a arbitraje ante el CIADI / ICSID al radicar su Notificación de Arbitraje ante el Centro del CIADI / ICSID.”); Prueba CLM-9, *El Paso Energy Int'l v. Argentina*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción (27 de abril de 2006), en el párrafo 35 (“Se establece ahora sin lugar a dudas que una referencia general al arbitraje del CIADI / ICSID en un TBI puede ser considerado como el consentimiento escrito del Estado, requerido por el Artículo 25 para darle jurisdicción al Centro, y que la radicación de una solicitud por parte del inversionista es considerado como el consentimiento de este último.”).

²² Prueba C-3.

²³ Prueba C-2, Carta de Ethan Shenkman y Howard Shapiro al Dr. Diego García Carrión, 8 de junio de 2009.

B. *Las Medidas Solicitadas son Necesarias para Prevenir Daños Irreparables a los Derechos de MSDIA*

41. El segundo requisito para establecer el derecho a medidas cautelares de protección es que las medidas son necesarias para prevenir una amenaza de daños o perjuicios sustanciales o irreparables. Este requisito también se cumple claramente en este caso.

1. Las Medidas Cautelares de Protección son Apropriadas para Prevenir la Confiscación de los Activos de un Demandante si la Confiscación Pudiese Dar Lugar a Daños Irreparables.

42. El propósito de las medidas cautelares es “prevenir daños o perjuicios irreparables a los derechos de una parte.”²⁵ Dichos “derechos pueden ser amenazados por acciones capaces de perjudicar la ejecución de cualquier decisión, que pueda ser dictada por el tribunal.”²⁶ Los tribunales han sostenido que las medidas cautelares de protección son por lo tanto justificadas con el fin de preservar el *status quo*, para evitar el agravamiento de la disputa, y para preservar la autoridad final del tribunal para adjudicar un alivio plenamente efectivo en conexión con las

²⁴ El TBI también sugiere que inicialmente las partes “deben” buscar una resolución mediante negociación. MSDIA intentó negociar de buena fe con Ecuador. Después de que MSDIA envió la carta del 8 de junio de 2009 notificando a Ecuador sobre la disputa, abogados de MSDIA se reunieron con el Procurador General de Ecuador para discutir el caso en septiembre de 2009. Desafortunadamente, esto llevó a NIFA a presentar cargos penales en contra de los abogados de MSDIA por supuestamente interferir con el proceso judicial. Estos cargos penales estaban pendientes contra los abogados de MSDIA durante todo el tiempo que MSDIA apeló la decisión judicial del caso NIFA ante la Corte de Apelaciones. Estos no fueron sobreseídos finalmente sino hasta septiembre de 2011. Ver párrafos 148-152 abajo.

²⁵ Prueba CLM-28, D. Caron, D. Caplan y M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 536 (Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: Un Comentario 536) (2006) (énfasis interno omitido).

²⁶ Prueba CLM-28, D. Caron, D. Caplan y M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 536 (Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: Un Comentario 536) (2006) (cita interna omitida). Ver también Prueba CLM-19, *LaGrand Case (Germany v. United States of America) (Caso LaGrand) (Alemania v. Estados Unidos de América)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order, (Solicitud de Indicación de Medidas Cautelares, Orden) (3 de marzo de 1999), en el párrafo 22 (Las medidas cautelares se pretenden “para preservar los respectivos derechos de las partes pendiente la decisión [del Tribunal], y presuponen [] que no se deberán causar perjuicios irreparables a los derechos que son objeto de una disputa en procedimientos judiciales... [L]a Corte debe preocuparse por preservar mediante tales medidas los derechos que pueden posteriormente ser fallados por la Corte como pertenecientes o bien al Demandante, o al Demandado.”)

reclamaciones que han sido puestas a su consideración.²⁷

43. Los tribunales arbitrales han expedido medidas cautelares de protección inhibiendo a los estados de ejecutar medidas legislativas en disputa u órdenes judiciales mientras esté pendiente el desenlace de un arbitraje que cuestione la medida u orden disputada. Estos tribunales han sostenido que dichas medidas cautelares eran necesarias para preservar el asunto de la disputa durante la pendencia del arbitraje de manera que el tribunal retuviese la capacidad de otorgar un alivio efectivo en su laudo definitivo.

a) Casos que inhiben a los estados de ejecutar medidas legislativas en disputa

44. En *Perenco v. Ecuador*, un inversionista inició un arbitraje alegando que una cierta ley adoptada por Ecuador —la Ley 42, que aumentaba la participación de Ecuador en contratos existentes de participación de hidrocarburos— violaba las obligaciones contractuales y del tratado de Ecuador. Perenco buscaba medidas cautelares del tribunal para evitar que Ecuador confiscara petróleo para satisfacer los montos supuestamente adeudados bajo la Ley 42.

45. El tribunal sostuvo que “mientras esté pendiente la decisión definitiva, no se le debe exigir a Perenco elegir entre hacer los pagos que precisamente disputa y sufrir cuantiosas confiscaciones de su producción de petróleo o de otros activos.”²⁸ El tribunal concluyó que la “inminente confiscación de los activos [de Perenco] en Ecuador”²⁹ por parte de Ecuador daría lugar a que la empresa de Perenco se viera inutilizada, si no destruida,³⁰ y que “la confiscación de los activos de Perenco... agravaría seriamente la disputa entre las partes.”³¹ El tribunal agregó que “[s]i la empresa de Perenco fuese efectivamente llevada a terminarse... dicho daño no podría, a juicio del Tribunal, ser adecuadamente compensada por una adjudicación de daños.”³²

46. El tribunal ordenó medidas cautelares inhibiendo a Ecuador de exigir pagos supuestamente adeudados bajo la Ley 42 y de adoptar acción alguna, judicial o de otro tipo, para

²⁷ Ver, por ejemplo, Prueba CLM-8, *City Oriente Ltd. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/06/21, Decisión sobre la Revocatoria de Medidas Cautelares y Otros Asuntos Procedimentales (13 de mayo de 2008), en el párrafo 62 (concluyendo que sin medidas cautelares existía el riesgo de que la relación contractual de City Oriente con Ecuador terminara “y cualquier laudo potencial a favor de [City Oriente] sería... imposible de ejecutar e ilusorio.”); Prueba CLM-14, *Quiborax S.a. v. Plurinational State of Bolivia*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures (Decisión sobre Medidas Cautelares) (26 de febrero de 2010), en el párrafo 117 (las medidas cautelares pueden ser usadas para preservar el “derecho a la preservación del *status quo* y el no agravamiento de la disputa.”); Prueba CLM-2, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/05/22, Procedural Order No. 1 (Orden Procedimental No. 1) (31 de marzo de 2006), en el párrafo 71 (las medidas cautelares pueden ser usadas para asegurar que “cualquier decisión arbitral que otorgue al Demandante el alivio que busca [puede] ser efectivo y realizable”); Prueba CLM-16, *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/02/18, Order No. 1 (Orden No. 1) (1° de julio de 2003), en el párrafo 7 (ordenando a “ambas partes [a] abstenerse de, suspender, y discontinuar, cualquier procedimiento doméstico... que pueda perjudicar el dictamen o la implementación de una eventual decisión o laudo de este Tribunal o agravar la disputa existente.”).

²⁸ Prueba CLM-13, *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/08/6, Decision on Provisional Measures (Decisión sobre Medidas Cautelares) (8 de mayo de 2009), en el párrafo 60.

²⁹ *Id.* en el párrafo 46.

³⁰ *Id.* en el párrafo 53.

³¹ *Id.* en el párrafo 46.

³² *Id.* en el párrafo 46.

cobrar pago alguno supuestamente adeudado. El tribunal también ordenó medidas cautelares inhibiendo a Ecuador de adoptar alguna otra conducta que pudiese afectar o alterar los derechos de Perenco bajo sus contratos de participación con Ecuador mientras estuviese pendiente el desenlace del arbitraje.”³³

47. En otros dos arbitrajes que involucraban pagos de la Ley 42, el tribunal otorgó medidas cautelares de protección similares para preservar el *status quo* y evitar el agravamiento de la disputa. Al igual que el tribunal de *Perenco*, estos dos tribunales concluyeron que la destrucción de una empresa existente era un perjuicio que no podía ser adecuadamente compensado por una adjudicación de daños.

48. En *Burlington Resources v. Ecuador*, tras hacer inicialmente pagos bajo la Ley 42, el inversionista dejó de hacer dichos pagos e inició un arbitraje ante el CIADI / ICSID contra Ecuador. Ecuador instituyó entonces procedimientos por vía ejecutiva contra el inversionista en cortes ecuatorianas para ejecutar el pago de montos supuestamente adeudados bajo la Ley 42. Conforme a estos procedimientos por vía ejecutiva, Ecuador confiscó la producción de petróleo del inversionista.

49. El tribunal anotó que “los derechos a ser preservados por medidas cautelares no se limitan a aquellos que constituyen el objeto de la disputa..., sino que pueden extenderse a derechos procedimentales, incluyendo el derecho general al *status quo* y al no agravamiento de la disputa... [los cuales] son por lo tanto derechos autónomos.”³⁴ El tribunal concluyó que si las confiscaciones continuasen, dichas confiscaciones eran “propensas a agravar la presente disputa,” y era “muy probable que el conflicto [se] escalase y [existía] el riesgo de que la relación entre el inversionista extranjero y Ecuador [pudiese] llegar a terminarse.”³⁵ El tribunal concluyó que las medidas cautelares de protección eran necesarias para prevenir “la destrucción de una inversión existente,”³⁶ y ordenó a Ecuador cesar los procedimientos por vía ejecutiva en sus cortes y no iniciar nuevos procedimientos mientras estuviese pendiente el desenlace del arbitraje.

50. De manera similar, en *City Oriente v. Ecuador*, el tribunal afirmó que, “mientras esté pendiente una decisión sobre esta disputa, prevalece el principio según el cual ninguna de las partes puede agravar o extender la disputa o tomar la justicia en sus propias manos.”³⁷ En consecuencia, el tribunal de *City Oriente* le ordenó a Ecuador no exigir el pago de montos supuestamente adeudados por el inversionista bajo la Ley 42 durante la pendencia del arbitraje.³⁸ Posteriormente, Ecuador presentó una petición al tribunal para que se revocaran las medidas cautelares. El tribunal se rehusó, concluyendo que los pagos de la Ley 42 eran “tan elevados que [existía] el riesgo de que el pago anticipado de dichos montos pudiese poner en peligro la

³³ *Id.* en el párrafo 79.

³⁴ Prueba CLM-3, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/08/5, Procedural Order No. 1 (Orden Procedimental No. 1) (29 de junio de 2009), en el párrafo 60.

³⁵ *Id.* en el párrafo 65.

³⁶ *Id.* en el párrafo 83.

³⁷ Prueba CLM-7, *City Oriente Ltd. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/06/21, Decision on Provisional Measures (Decisión sobre Medidas Cautelares) (19 de noviembre de 2007), en el párrafo 57.

³⁸ *Id.* en el párrafo 59.

factibilidad económica de la compañía”.³⁹ El tribunal por lo tanto concluyó que las “medidas cautelares previenen [previnieron] daños graves –e incluso irreparables- al demandante.”⁴⁰

51. En *Paushok v. Mongolia*, los demandantes iniciaron un arbitraje ante la CNUDMI (UNCITRAL) impugnando el impuesto de Mongolia por sobreutilidades sobre las ventas de oro, alegando que ese impuesto violaba su derecho a un tratamiento justo y equitativo. Los demandantes buscaban medidas cautelares que le impidieran a Mongolia hacer exigible el impuesto mientras estuviese pendiente el arbitraje.

52. El tribunal concluyó que la ejecución de ese impuesto probablemente conduciría a la pérdida de la totalidad de la inversión del demandante.⁴¹ El tribunal concluyó que dichas circunstancias planteaban “un peligro inminente de perjuicio grave,” y ameritaban medidas cautelares de protección.⁴² El tribunal suspendió el pago del impuesto por sobreutilidades disputado hasta que fallara sobre los méritos de la solicitud de alivio del demandante, y ordenó a Mongolia a abstenerse de confiscar u obtener un gravamen sobre los activos del demandante durante el arbitraje.⁴³

53. Los tribunales en *Perenco, Burlington Resources, City Oriente, y Paushok* expedieron medidas cautelares restringiendo la adopción de acciones estatales para ejecutar legislación disputada en contra de los activos del inversionista durante el arbitraje. Estos laudos establecen que las medidas cautelares de protección son apropiadas para prevenir la confiscación de los activos de un inversionista durante la pendencia de un arbitraje que impugna las bases sobre las cuales el estado pretende confiscar esos activos, cuando el hacerlo causaría daños graves o irreparables al negocio del inversionista.”⁴⁴

b) Casos que inhiben a los estados de ejecutar órdenes judiciales en disputa

54. Aplicando principios similares, los tribunales también han expedido medidas cautelares de protección inhibiendo las acciones estatales para ejecutar una sentencia judicial en disputa, cuando el hacerlo causaría daños graves e irreparables al negocio del inversionista. Por ejemplo, en *Bayindir v. Pakistan*, la Autoridad Nacional de Autopistas de Paquistán (“NHA”) había buscado un fallo de las cortes turcas permitiéndole cobrar una garantía bancaria de \$196 millones de dólares que había sido suministrada por el inversionista. El inversionista buscó medidas

³⁹ Prueba CLM-8, *City Oriente Ltd. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/06/21, Decision on Revocation of Provisional Measures and Other Procedural Matters (Decisión sobre Revocatoria de Medidas Cautelares y Otros Asuntos Procedimentales) (13 de mayo de 2008), en el párrafo 76.

⁴⁰ *Id.* en el párrafo 78.

⁴¹ Prueba CLM-12, *Paushok v. Gov't of Mongolia*, UNCITRAL Arbitration Rules, Order on Interim Measures (Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, Orden sobre Medidas Cautelares) (2 de septiembre de 2008), en el párrafo 77.

⁴² *Id.* en el párrafo 62.

⁴³ *Id.* en la página 16.

⁴⁴ Analizando las decisiones en *Perenco y Burlington*, el tribunal en *Cemex v. Venezuela* anotó que “la destrucción de la empresa existente que constituía la inversión habría creado un ‘daño irreparable.’” *CEMEX Caracas Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/08/15, Decision on the Claimants' Request for Provisional Measures (Decisión sobre la Solicitud del Demandante de Medidas Cautelares) (3 de marzo de 2010), en el párrafo 55.

cautelares de protección de un tribunal arbitral.

55. El tribunal expidió medidas cautelares “recomenda[ndo] que Paquistán diera los pasos que fuesen necesarios para asegurar que la NHA no ejecutase ninguna sentencia definitiva que pueda obtener de las cortes turcas con respecto al Avance de la Movilización.”⁴⁵ La decisión del tribunal de expedir medidas cautelares demuestra que los tribunales están en capacidad y dispuestos a restringir las acciones estatales para ejecutar órdenes judiciales al igual que medidas legislativas para preservar los derechos de los demandantes cuando esté pendiente el desenlace de un arbitraje.

56. De manera similar, en *The Electricity Company of Sofia — Belgium v. Bulgaria*, un caso conocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional (“PCIJ”), predecesora de la CIJ, la PCIJ le ordenó a Bulgaria asegurar que, durante los procedimientos ante la PCIJ, no se darían pasos adicionales en una acción de cobro local interpuesta por la Municipalidad de Sofía.⁴⁶ En su solicitud de medidas cautelares, el gobierno belga había anotado que el pago de las sumas buscadas por la municipalidad “no solo perjudicarían gravemente la posición de la Compañía sino que también impedirían la restitución de sus derechos” si Bélgica llegase a prevalecer.⁴⁷ En estas circunstancias, la PCIJ consideró que las medidas cautelares eran necesarias “para prevenir... la realización de actos que probablemente perjudicarían... los respectivos derechos que pueden resultar de la decisión judicial inminente.”⁴⁸

57. Aplicando estos principios, el tribunal arbitral en *Chevron v. Ecuador* recientemente expidió medidas cautelares de protección inhibiendo a Ecuador de ejecutar una decisión judicial de un tercero contra Chevron expedida por cortes ecuatorianas. En ese caso, que es un procedimiento bajo las Reglas de la CNUDMI (UNCITRAL), Chevron alega que una decisión judicial por miles de millones de dólares en su contra está “manchada por fraude y/o por graves violaciones al debido proceso” y que violó las obligaciones de Ecuador bajo el TBI Estados Unidos-Ecuador de brindar un tratamiento justo y equitativo.”⁴⁹

58. Chevron interpuso el arbitraje y buscó medidas cautelares de protección incluso antes de que se expidiera la decisión judicial de primera instancia en Ecuador. Chevron anotó que la ejecución de una decisión judicial que creía inminente podría “hacer [] que los [] procedimientos de arbitraje fuesen ineficaces y, si por ese medio no se frustraría la reclamación del Demandante contra el Demandado, causaría pérdidas a los Demandantes no compensables en

⁴⁵ Prueba CLM-1, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (Decisión sobre Jurisdicción) (14 de noviembre de 2005), en el párrafo 46 (citando la Orden Cautelar No. 1 del tribunal).

⁴⁶ Prueba CLM-18, *In re Electricity Co. of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria)*, PCIJ, Interim Measures Decision (Decisión de Medidas Cautelares), 5 de diciembre de 1939, Serie A/B, No. 79, en la página 199.

⁴⁷ *Id.* en la página 196.

⁴⁸ *Id.* en la página 199.

⁴⁹ Prueba CLM-5, *Chevron Corp. v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23 (CNUDMI / UNCITRAL), First Interim Award on Interim Measures (Primer Laudo Cautelar sobre Medidas Cautelares) (25 de enero de 2012), en la página 14. Después de que la decisión judicial en su contra fue confirmada en apelación, Chevron presentó un memorial complementario sobre los méritos agregando una reclamación por denegación de justicia. Ver *Claimants' Supplemental Memorial on the Merits (Memorial Complementario del Demandante sobre los Méritos)* de Chevron, fechado el 20 de marzo de 2012, disponible en http://italaw.com/documents/ClmtsSupplementalMemorial_Eng.pdf.

daños.”⁵⁰

59. El tribunal de *Chevron* razonó que “[s]i llegase a establecerse que [la] decisión judicial... fue una violación de un obligación que [Ecuador] adeudaba a los Demandantes como asunto de derecho internacional... cualquier pérdida surgida de la ejecución de dicha decisión judicial (dentro y fuera de Ecuador) pueden ser pérdidas por las cuales [Ecuador] sería responsable ante los Demandantes bajo el derecho internacional.”⁵¹ El tribunal concluyó que por lo tanto era apropiado “adoptar medidas cautelares con respecto al asunto de la disputa de las Partes.”⁵² El tribunal le ordenó a Ecuador “adoptar todas las medidas a su disposición para suspender o causar la suspensión de la ejecución o el reconocimiento dentro y fuera de Ecuador de cualquier decisión judicial en contra de [Chevron]”.⁵³

60. El tribunal de *Chevron* inicialmente concedió la solicitud de Chevron de medidas cautelares en una orden procedimental fechada el 9 de febrero de 2011.⁵⁴ El 14 de febrero de 2011 la corte de primera instancia en Ecuador expidió una decisión judicial por miles de millones de dólares en contra de Chevron, la cual fue posteriormente confirmada por la corte de apelaciones el 3 de enero de 2012.⁵⁵ En vista de estos desarrollos, y ante solicitud de Chevron, el tribunal “confirm[ó] y reexpidi[ó] su orden previa de medidas cautelares” como Laudo Cautelar de conformidad con los Artículos 26 y 32 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL).⁵⁶ Además de exigirle a Ecuador “adoptar todas las medidas a su disposición para suspender o causar la suspensión de la ejecución o reconocimiento dentro y fuera de Ecuador” de la decisión judicial en contra de Chevron, el tribunal también instruyó a Ecuador “informar a este Tribunal... sobre todas las medidas que ha tomado el Demandado para la implementación de este Laudo Cautelar.”⁵⁷

61. Tras una audiencia sobre medidas cautelares, el tribunal de *Chevron* expidió un Segundo Laudo Cautelar sobre medidas cautelares. El tribunal determinó que Chevron había establecido lo siguiente: “(i) un caso suficiente con respecto tanto a la jurisdicción del Tribunal para decidir sobre los méritos de la disputa de las partes como sobre el caso del Demandante sobre los méritos contra el Demandado; (ii) una urgencia suficiente dado el riesgo de que un riesgo sustancial puede recaer sobre los Demandantes antes de que este Tribunal pueda decidir sobre la disputa de las Partes mediante cualquier laudo final; y (iii) una suficiente posibilidad de que el daño a los Demandantes pueda ser irreparable mediante compensación pecuniaria.”⁵⁸ El tribunal nuevamente le ordenó a Ecuador “(ya sea mediante sus ramas judicial, legislativa o ejecutiva)

⁵⁰ Prueba CLM-5, *Chevron Corp. v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23 (CNUDMI / UNCITRAL), First Interim Award on Interim Measures (Primer Laudo Cautelar sobre Medidas Cautelares) (25 de enero de 2012), en la página 7.

⁵¹ *Id.* en la página 8.

⁵² *Id.* en la página 11.

⁵³ *Id.* en la página 11.

⁵⁴ *Id.* en la página 9.

⁵⁵ *Id.* en la página 13.

⁵⁶ *Id.* en la página 16.

⁵⁷ *Id.* en la página 16.

⁵⁸ Prueba CLM-6, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23 (CNUDMI / UNCITRAL), Second Interim Award on Interim Measures (Segundo Laudo Cautelar sobre Medidas Cautelares) (16 de febrero de 2012), en el párrafo 2.

adoptar todas las medidas necesarias para suspender o causar la suspensión de la ejecución y reconocimiento dentro y fuera de Ecuador de las decisiones judiciales” en contra de Chevron y “continuar informando a este Tribunal... sobre todas las medidas que el Demandado ha tomado para la implementación de sus obligaciones legales bajo este Segundo Laudo Cautelar.”⁵⁹

62. Como se comenta a continuación, el presente caso involucra una decisión judicial cuantiosa resultante de una denegación de justicia en las cortes ecuatorianas. Como en *Chevron*, es apropiado que este Tribunal ordene medidas cautelares para inhibir la ejecución de una decisión judicial que le causaría un daño irreparable a los activos de MSDIA y a su empresa en Ecuador.

2. En Ausencia de Medidas Cautelares, la Amenaza de Ejecución, y la Ejecución Misma, de la Decisión Judicial en Disputa Contra los Activos de MSDIA Causará Daños Inmediatos, Sustanciales e Irreparables

63. Una vez sea expedida una decisión adversa por parte de la Corte Nacional de Justicia, aún antes de que los activos de MSDIA sean confiscados para cumplir tal decisión judicial, MSDIA sufrirá lesiones irreparables. Si los empleados y socios comerciales perciben que MSDIA como empresa fracase en Ecuador por la decisión judicial, ellos actuarán para proteger sus propios intereses. Los empleados claves buscarán y encontrarán otro empleo. Los distribuidores recurrirán a otros proveedores. Aquellos a quienes MSDIA les arrienda sus instalaciones buscarán otros arrendatarios con posibilidades de ocupar sus predios a largo plazo. Estos daños serán inmediatas y producirán consecuencias irreversibles.⁶⁰

64. Además, el valor total de los activos de MSDIA en Ecuador —la empresa de su sucursal ecuatoriana, que provee productos farmacéuticos en Ecuador, incluyendo medicamentos para el tratamiento del VIH, el virus que causa el SIDA, colesterol elevado, hipertensión, diabetes, infecciones micóticas y candidiásicas, y otras enfermedades infecciosas, entre otras cosas, así como vacunas para la prevención de enfermedades⁶¹— es mucho menor que el monto de la decisión judicial por \$150 millones de dólares.⁶² La sucursal ecuatoriana de MSDIA tiene unas ventas anuales aproximadas de \$27 millones de dólares y más de 100 empleados.⁶³ Los activos de la sucursal están compuestos por inventarios, cuentas por cobrar y activos fijos incluyendo vehículos, computadores y equipos de oficina, y un pequeño saldo de efectivo operacional.⁶⁴

65. Debido a que la sucursal de MSDIA en Ecuador no tiene efectivo u otros activos líquidos suficientes para satisfacer la decisión judicial, el acreedor por decisión judicial tendría que pedir a las cortes ecuatorianas la confiscación de los activos de MSDIA en Ecuador.⁶⁵ Estos activos son necesarios para la operación del negocio de MSDIA —de hecho, además del fondo

⁵⁹ *Id.* en el párrafo 3.

⁶⁰ Declaración Testimonial de Jean Marie Canan, fechada el 8 de junio de 2012, (“Declaración Testimonial de Canan”), en el párrafo 21.

⁶¹ *Id.* en los párrafos 11-14 y el Apéndice adjunto.

⁶² *Id.* en el párrafo 19.

⁶³ *Id.* en los párrafos 8-9.

⁶⁴ *Id.* en el párrafo 19.

⁶⁵ Opinión Experta del Dr. Jaime Ortega Trujillo, fechada el 11 de junio de 2012, (“Opinión Experta de Ortega”), en los párrafos 16-21.

de comercio (goodwill), buen nombre y relaciones de MSDIA, estos activos *son*, en efecto, el negocio de MSDIA. Si las cortes ecuatorianas ordenan la confiscación de los activos de MSDIA en Ecuador para satisfacer la decisión judicial en su contra, esto destruirá por completo la empresa de MSDIA en Ecuador.⁶⁶

66. La confiscación de los activos de MSDIA en Ecuador tendría efectos irreparables no solo sobre MSDIA, que sería sacada por completo del negocio en Ecuador, sino también sobre los empleados de MSDIA en Ecuador, a quienes MSDIA no estaría en capacidad de pagarles, y sobre el suministro de productos farmacéuticos esenciales al pueblo ecuatoriano.⁶⁷ Ninguno de estos daños puede ser reparado mediante la adjudicación de daños pecuniarios.

67. Además, a no ser que Ecuador adopte medidas para evitar la ejecución de la decisión judicial en disputa fuera de Ecuador, existe un riesgo sustancial de que el acreedor por decisión judicial, NIFA, adopte medidas para ejecutar la decisión judicial en otros países en los que MSDIA tiene activos, lo que también causará daños sustanciales e irreparables a las empresas de MSDIA en otros países fuera de Ecuador.⁶⁸

68. Los tribunales arbitrales han otorgado medidas cautelares justamente en circunstancias tales como estas. Como se anotó arriba, los tribunales en *Perenco*, *Burlington Resources*, *City Oriente*, y *Paushok* sostuvieron que los demandantes no deben ser forzados a elegir entre hacer los pagos en disputa que fueron el objeto del arbitraje y ver sus inversiones inutilizadas o destruidas por la confiscación de sus activos. En esos casos, los tribunales aceptaron que era apropiado y necesario inhibir al estado de adoptar medidas para confiscar los activos del demandante para satisfacer los pagos en disputa. En *Bayindir v. Pakistan* y *Chevron v. Ecuador*, los tribunales aplicaron este razonamiento y ordenaron medidas cautelares inhibiendo al estado de adoptar medidas para ejecutar decisiones judiciales en disputa.”⁶⁹

69. De manera similar, en este caso, MSDIA está cuestionando una acción del estado –es decir, la decisión judicial de las cortes ecuatorianas- que ordena a MSDIA a pagar \$150 millones de dólares. MSDIA cuestiona esta acción como una denegación de justicia y violación de las obligaciones de Ecuador bajo el TBI. Por lo tanto, como en *Chevron*, “[s]i llegase a establecerse que [esta] decisión judicial... fue una violación de un obligación que [Ecuador] adeudaba al Demandante[] como asunto de derecho internacional... cualquier pérdida surgida de la ejecución de dicha decisión judicial (dentro y fuera de Ecuador) pueden ser pérdidas por las cuales [Ecuador] sería responsable ante el Demandante[] bajo el derecho internacional.”⁷⁰

70. Además, de manera similar a *Perenco*, *Burlington Resources*, *City Oriente*, y *Paushok*, la acción estatal amenazada en este caso destruiría la empresa de MSDIA en Ecuador. Como se comentó arriba, la ejecución de una decisión judicial exigible causaría daños inmediatos, sustanciales e irreparables por la pérdida de empleados claves y otras relaciones comerciales

⁶⁶ Declaración Testimonial de Canan, en los párrafos 20-22.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ MSDIA es una sociedad anónima estadounidense con activos y operaciones en varios países, incluyendo Ecuador.

⁶⁹ Ver párrafos 54-62 arriba.

⁷⁰ Prueba CLM-5, *Chevron Corp. v. Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23 (CNUDMI / UNCITRAL), First Interim Award on Interim Measures (Primer Laudo Cautelar sobre Medidas Cautelares) (25 de enero de 2012), en la página 8.

cruciales en Ecuador, y si la ejecución prosigue en Ecuador o fuera de Ecuador mientras este arbitraje está pendiente, la empresa de MSDIA en Ecuador será totalmente destruida, conllevando así un daño irreparable aún mayor. Si cualquiera de esto llegase a ocurrir, este Tribunal perdería su capacidad para adjudicar a MSDIA un alivio plenamente efectivo con respecto a las reclamaciones sometidas a su consideración. Las medidas cautelares de protección son por lo tanto necesarias y apropiadas para proteger el *status quo* y para proteger la autoridad final del Tribunal para otorgar reparación frente a las reclamaciones en cuestión en este arbitraje.

C. *La Amenaza de Daño a MSDIA Es Inminente*

71. El tercer requisito para establecer el derecho a medidas cautelares de protección es que exista “urgencia en el sentido de que hay un riesgo real de que se puedan adoptar acciones perjudiciales para los derechos de cualquiera de las partes antes de la Corte haya emitido su decisión definitiva.”⁷¹ El grado de urgencia “depende de las circunstancias, incluyendo las medidas provisionales solicitadas, y puede ser satisfecho cuando una parte puede probar que hay necesidad de obtener las medidas solicitadas antes de la expedición de un laudo.”⁷² Este requisito también se cumple fácilmente en este caso.

72. La amenaza de daño a MSDIA es inminente. Bajo los procedimientos ecuatorianos, la decisión judicial de la Corte Nacional de Justicia será definitiva y ejecutable con efecto inmediato.⁷³

73. Como se comentó arriba, una vez que una decisión adversa es expedida por la Corte Nacional de Justicia, incluso antes de que los activos de MSDIA sean confiscados para satisfacer dicha decisión judicial, MSDIA sufrirá daños irreparables en la forma de pérdida de empleados y otras relaciones comerciales.⁷⁴

74. Además, existe una alta posibilidad de que, en ausencia de medidas cautelares, la

⁷¹ Prueba CLM-17, *Application of the Int'l Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Aplicación de la Convención Internacional para la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial) (Georgia v. Russian Federation)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order (Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales, Orden) (15 de octubre de 2008), en el párrafo 129. Ver también Prueba CLM-20, *Passage Through the Great Belt (Paso por el Gran Belt) (Finland v. Denmark)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order (Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales, Orden) (29 de julio de 1991), en el párrafo 23 (una medida es urgente cuando “es probable que se adopten acciones perjudiciales para los derechos de cualquiera de las partes de que [una] decisión definitiva sea expedida”) (cita omitida).

⁷² Prueba CLM-2, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/05/22, Procedural Order No. 1 (Orden Procedimental No. 1) (31 de marzo de 2006), en el párrafo 76. Ver también *id.* en el párrafo 86 (donde la no expedición de medidas provisionales podría plantear el riesgo de menoscabar un derecho sustancial, “el curso de acción más seguro [en] una etapa temprana de los procedimientos es asegurar que no se adopte ninguna medida adversa en relación con el mismo.”); Prueba CLM-3, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/08/5, Procedural Order No. 1 (29 de junio de 2009), en las páginas 28-29 (inhibiendo a Ecuador de adoptar acciones coercitivas inminentes para ejecutar pagos de conformidad con la Ley 42); Prueba CLM-7, *City Oriente Ltd. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/06/21, Decision on Provisional Measures (Decisión sobre Medidas Provisionales) (19 de noviembre de 2007), en el párrafo 67 (“las medidas provisionales solo son apropiadas si es imposible esperar que un asunto específico sea resuelto en la etapa de méritos.”).

⁷³ Opinión Experta de Ortega, en el párrafo 11.

⁷⁴ Ver párrafo 63 arriba; ver también Declaración Testimonial de Canan en el párrafo 21.

decisión judicial sería ejecutada contra los activos de MSDIA mucho antes de que este Tribunal pudiese emitir un laudo definitivo sobre los méritos. Una vez que la Corte Nacional de Justicia ha expedido su decisión judicial, devolverá el expediente del caso, junto con una copia certificada de su decisión judicial, a la corte de apelaciones.⁷⁵ La corte de apelaciones devolverá entonces el expediente del caso a la corte de primera instancia.⁷⁶ Este proceso puede tomarse normalmente una o dos semanas pero podría ser surtido en cuestión de días.⁷⁷

75. Bajo procedimientos normales, la corte de primera instancia expide entonces una notificación a las partes informando que ha recibido el caso.⁷⁸ Tan pronto se ha expedido la notificación, el acreedor por decisión judicial puede interponer una petición para la ejecución de la decisión judicial.⁷⁹ Tras la radicación de dicha petición, la corte puede expedir una orden de ejecución.⁸⁰ Bajo los procedimientos ecuatorianos, la corte puede entonces ordenar al deudor por decisión judicial que pague el monto total de la decisión judicial, o que le suministre a la corte una lista de activos que está renunciando voluntariamente para satisfacer la decisión judicial, dentro de las 24 horas siguientes a la orden.⁸¹

76. Si el deudor por decisión judicial no paga la decisión judicial, el acreedor por decisión judicial puede interponer una petición solicitando que la corte inicie los procedimientos de confiscación.⁸² En respuesta, la corte ordenará la confiscación de los activos del deudor por decisión judicial.⁸³ La confiscación será realizada por un depositario nombrado por la corte, con la asistencia de la Policía Nacional de Ecuador.⁸⁴ Una vez efectuada la confiscación, los activos serán evaluados y vendidos en subasta pública.⁸⁵ Lo producido de la subasta será entregado al acreedor por decisión judicial.⁸⁶ Estos procedimientos pueden ser surtidos muy rápidamente. No existen períodos de espera particulares impuestos por las leyes ecuatorianas.⁸⁷

77. Por lo tanto, bajo los procedimientos ecuatorianos, una vez que la Corte Nacional de

⁷⁵ Opinión Experta de Ortega, en el párrafo 12; Prueba CLM-25, Ecuadorian Organic Code of the Judicial Power (Código Orgánico del Poder Judicial de Ecuador), Artículo 142.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Opinión Experta de Ortega, en el párrafo 14.

⁷⁸ *Id.*, en el párrafo 15.

⁷⁹ Opinión Experta de Ortega, en el párrafo 15; Prueba CLM-24, Ecuadorian Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil de Ecuador), Arts. 438, 488.

⁸⁰ Opinión Experta de Ortega, en el párrafo 16; Prueba CLM-24, Ecuadorian Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil de Ecuador), Arts. 438, 488.

⁸¹ Opinión Experta de Ortega, en el párrafo 16; Prueba CLM-24, Ecuadorian Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil de Ecuador), Arts. 430, 438.

⁸² Opinión Experta de Ortega, en el párrafo 17; Prueba CLM-24, Ecuadorian Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil de Ecuador), Art. 439.

⁸³ Opinión Experta de Ortega, en el párrafo 18; Prueba CLM-24, Ecuadorian Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil de Ecuador), Art. 439.

⁸⁴ Opinión Experta de Ortega, en el párrafo 18; Prueba CLM-24, Ecuadorian Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil de Ecuador), Art. 440.

⁸⁵ Opinión Experta de Ortega, en los párrafos 20-21; Prueba CLM-24, Ecuadorian Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil de Ecuador), Art. 439.

⁸⁶ Opinión Experta de Ortega, en los párrafos 20-21; Prueba CLM-24, Ecuadorian Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil de Ecuador), Art. 478.

⁸⁷ Opinión Experta de Ortega, en el párrafo 19.

Justicia ha expedido su decisión, posiblemente en menos de un mes Ecuador hará efectiva la confiscación de todos los activos de MSDIA en Ecuador.⁸⁸

78. Además, dado que MSDIA no tiene activos suficientes en Ecuador para satisfacer la decisión judicial, existe un riesgo grave y sustancial de que NIFA busque ejecutar la decisión judicial fuera de Ecuador.

79. Debe anotarse que la urgencia en este caso es sustancialmente más aguda que en *Chevron*, donde el Tribunal expidió precisamente las medidas cautelares aquí buscadas. En ese caso, el tribunal expidió una orden de medidas cautelares que inhibían la ejecución de la decisión judicial *antes* de la expedición de la decisión judicial en la corte de primera instancia. Posteriormente, el tribunal convirtió esa orden en un laudo cautelar poco después de que la corte de apelaciones confirmó la decisión judicial de la corte de primera instancia, pero *antes* de cualquier procedimiento en la Corte Nacional de Justicia. En este caso, todos los procedimientos en la Corte Nacional de Justicia han sido completados, y una decisión de esa corte puede ser expedida en cualquier momento.⁸⁹ Además, MSDIA tiene activos sustanciales y una empresa en funcionamiento en Ecuador hoy en día, lo que está claramente en un riesgo inmediato.⁹⁰

80. Por lo tanto, aquí es evidente que “es probable que se adopten acciones perjudiciales para los derechos de [MSDIA] antes de que [una] decisión definitiva sea dictada.”⁹¹ La Corte Nacional de Justicia casi con total certeza expedirá una decisión antes de que se dicte un laudo definitivo en este arbitraje. Como se explicó arriba, si la Corte Nacional de Justicia confirma la decisión judicial contra MSDIA, el daño al negocio de MSDIA en Ecuador sería rápido e irreparable. El requisito de la urgencia bajo el derecho internacional —una posibilidad de daños irreparables a los derechos de una parte antes de un laudo sobre los méritos— se cumple plenamente por lo tanto en este caso.

D. No Existen Factores en Contrario que Pesen contra el Otorgamiento de Medidas Cautelares

81. La mayoría de los tribunales en arbitrajes sobre tratados de inversión han aplicado los tres factores descritos arriba al decidir si otorgan medidas cautelares de protección. Como se estableció arriba, esos tres factores se cumplen plenamente en este caso.

82. Algunos tribunales han considerado dos factores adicionales al otorgar medidas cautelares de protección. Primero, algunos tribunales han sopesado el daño potencial al inversionista si las medidas solicitadas no son otorgadas contra el daño potencial al estado si son

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.* en el párrafo 10.

⁹⁰ Declaración Testimonial de Canan, en los párrafos 20-22.

⁹¹ Prueba CLM-20, *Passage Through the Great Belt (Pasaje por el Gran Belt) (Finland v. Denmark)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Order (29 de julio de 1991), en el párrafo 23.

otorgadas.⁹² Segundo, algunos tribunales han considerado si el demandante ha hecho una presentación *prima facie* sobre los méritos.⁹³ Incluso si el Tribunal fuese a considerar cualquiera de estos factores —ninguno de los cuales es ampliamente aceptado como requisito para el otorgamiento de medidas cautelares— en este caso, ambos factores respaldan la solicitud de MSDIA de medidas cautelares.

1. El Daño Potencial a MSDIA Supera el Daño Potencial a Ecuador

83. Las medidas cautelares de protección solicitadas por MSDIA no impondrían ninguna carga sobre Ecuador. Este caso involucra reclamaciones según las cuales Ecuador violó sus obligaciones del tratado al denegarle justicia a MSDIA en conexión con una decisión judicial por \$150 millones de dólares a favor de una compañía privada ecuatoriana. Ecuador en sí mismo no tiene ningún interés directo en esa decisión judicial, o en el pago de esa decisión judicial, el cual sería en su totalidad para beneficio del acreedor privado por decisión judicial. Aplazar la ejecución de la decisión judicial por lo tanto no causaría daño alguno a Ecuador.

84. En efecto, varios tribunales han anotado que la expedición de medidas cautelares puede beneficiar tanto al inversionista como al estado. El tribunal de *Burlington*, por ejemplo, manifestó: “Las consecuencias de la terminación de la relación de inversión afectarían al inversionista al igual que al Estado. Este último en efecto perdería entonces futuros pagos bajo la ley 42 si estos en últimas fuesen confirmados como adeudados. Esta última observación muestra que las medidas provisionales velan por los intereses de ambos lados.”⁹⁴

85. El tribunal de *Paushok* anotó que preservar la empresa en funcionamiento en ese caso significaba que si los “Demandantes prevaleciesen, el Demandado probablemente enfrentaría una reclamación por daños menores a las que enfrentaría si las actividades de GEM hubiesen sido dadas por terminado; este no es un factor insignificante, considerando las apretadas limitaciones presupuestarias del Demandado.”⁹⁵ Por lo tanto, concluyó el tribunal, “existe una ventaja considerable para ambas partes con la expedición de medidas cautelares de protección.”⁹⁶

86. De manera similar, en este caso, preservar “la inversión en funcionamiento... [de

⁹² Ver por ejemplo Prueba CLM-3, *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/08/5, Procedural Order No. 1 (Orden Procedimental No. 1) (29 de junio de 2009), en el párrafo 82; Prueba CLM-12, *Paushok v. Gov't of Mongolia*, UNCITRAL Arbitration Rules (Reglas de Arbitraje de la CNUDMI), Order on Interim Measures (Orden sobre Medidas Cautelares) (2 de septiembre de 2008), en el párrafo 79; Prueba CLM-15, *Saipem S.p.A v. The People's Republic of Bangladesh*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures (Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales) (21 de marzo de 2007), en el párrafo 184.

⁹³ Ver Prueba CLM-12, *Paushok v. Gov't of Mongolia*, UNCITRAL Arbitration Rules (Reglas de Arbitraje de la CNUDMI), Order on Interim Measures (Orden sobre Medidas Cautelares) (2 de septiembre de 2008), en el párrafo 55.

⁹⁴ Prueba CLM-3, *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/08/5, Procedural Order No. 1 (Orden Procedimental No. 1) (29 de junio de 2009), en los párrafos 84-85.

⁹⁵ Prueba CLM-12, *Paushok v. Gov't of Mongolia*, UNCITRAL Arbitration Rules (Reglas de Arbitraje de la CNUDMI), Order on Interim Measures (Orden sobre Medidas Cautelares) (2 de septiembre de 2008), en el párrafo 84.

⁹⁶ *Id.* en el párrafo 85.

MSDIA]... beneficia tanto al inversionista como al estado.”⁹⁷ Como se comentó arriba, si el negocio de MSDIA en Ecuador fuese destruido y MSDIA prevalece en este arbitraje, Ecuador tendría que compensar a MSDIA por esos daños. Por ende, minimizar esos daños beneficia a Ecuador. Más aún, una orden de medidas provisionales beneficiaría a Ecuador porque le permitiría a MSDIA continuar distribuyendo medicamentos esenciales a los ciudadanos de Ecuador, incluyendo medicamentos vitales para el tratamiento del VIH, colesterol elevado, hipertensión y diabetes, entre otros, para muchos de los cuales el tratamiento no puede ser interrumpido.⁹⁸

87. Además, aplazar la ejecución de la decisión judicial en disputa no violaría la independencia del poder judicial de Ecuador ni la soberanía de Ecuador. MSDIA no busca medidas cautelares aplazando procedimientos judiciales pendientes, y no busca interponer la decisión judicial de este Tribunal en lugar de la decisión judicial de las cortes ecuatorianas. MSDIA solo busca inhibir las acciones del estado que permiten la confiscación de los activos de MSDIA. Como se estableció arriba, los tribunales arbitrales han otorgado regularmente medidas cautelares de protección en circunstancias similares. Dicho simplemente, no existe el riesgo de daños a Ecuador por las medidas solicitadas.

88. Incluso si el Tribunal llegase a concluir que hay un daño potencial a Ecuador, tendría que equilibrar la supuesta carga sobre Ecuador con las consecuencias para MSDIA si las medidas cautelares no son otorgadas.⁹⁹ Cualquier daño potencial a Ecuador es superado con creces por el daño potencial a MSDIA. Si el Tribunal inhibe a Ecuador de ejecutar la decisión judicial durante la pendencia del arbitraje y posteriormente falla a favor de Ecuador sobre los méritos, las medidas cautelares serán levantadas y la decisión judicial puede ser ejecutada contra los activos de MSDIA en ese momento. Si, de otra parte, el Tribunal no inhibe la ejecución de la decisión judicial en disputa y luego falla a favor de MSDIA, el negocio de MSDIA en Ecuador habrá desaparecido, y el daño a MSDIA será sustancial e irreparable.¹⁰⁰

2. MSDIA Ha Establecido un Caso *Prima Facie* sobre los Méritos

89. Bajo las reglas aplicables de la CNUDMI / UNCITRAL, los méritos de la reclamación subyacente típicamente no son consideradas en conexión con una solicitud de medidas cautelares. Los pocos laudos arbitrales que han considerado los méritos del caso del demandante en conexión con una solicitud de medidas cautelares solo han requerido que el demandante

⁹⁷ Prueba CLM-3, *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/08/5, Procedural Order No. 1 (Orden Procedimental No. 1) (29 de junio de 2009), en el párrafo 83.

⁹⁸ Ver Declaración Testimonial de Canan, en los párrafos 11-14 y el Apéndice adjunto.

⁹⁹ En *Quiborax*, el tribunal “equilibr[ó] el daño causado a los Demandantes por los procedimientos penales y el daño que sería causado al Demandado si los procedimientos fuesen aplazados o terminados.” Prueba CLM-14, *Quiborax S.A. v. Plurinational State of Bolivia*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/06/2, Decision on Provisional Measures (Decisión sobre Medidas Provisionales) (26 de febrero de 2010), en el párrafo 158. Concluyó que incluso si un aplazamiento fuese a hacerle daño a Bolivia dicho daño “[era] proporcionalmente menor que el daño causado a los Demandantes si los procedimientos penales siguiesen su curso.” *Id.* en el párrafo 165.

¹⁰⁰ Ver Prueba CLM-8, *City Oriente Ltd. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI / ICSID No. ARB/06/21, Decision on Revocation of Provisional Measures and Other Procedural Matters (Decisión sobre Revocatoria de Medidas Provisionales y Otros Asuntos Procedimentales) (13 de mayo de 2008), en el párrafo 78 (“habiendo sopesado los intereses en juego, es la opinión de este Tribunal que las [medidas provisionales] previenen daños graves — e incluso irreparables — para el peticionario al costo de un daño menor y reparable para los Demandados.”).

establezca un caso *prima facie* sobre los méritos.¹⁰¹

90. Por ejemplo, en *Paushok v. Mongolia*, el tribunal sostuvo que necesitaba “decidir solamente que las reclamaciones hechas no son, a simple vista, frívolas u obviamente ajenas a la competencia del Tribunal.”¹⁰² Esto se debe a que “[o]brar de otra manera requeriría que el Tribunal procediese a adoptar una determinación sobre los hechos y, en la práctica, a una audiencia sobre los méritos del caso, un proceso largo y complicado que daría al traste con los fines propiamente dichos de las medidas cautelares.”¹⁰³

91. Incluso si el Tribunal en efecto considera los méritos de las reclamaciones de MSDIA, sin embargo, MSDIA ha hecho una presentación *prima facie* de sus reclamaciones. La decisión judicial en disputa contra MSDIA fue el resultado de un proceso judicial que estuvo profundamente viciado y sesgado en cada uno de sus pasos.

- a) Los Procedimientos de la Corte de Primera Instancia y la Decisión Judicial Fueron Contrarios a la Ley y a los Procedimientos de Ecuador y a los Requisitos Mínimos de Debido Proceso y Demostraron un Claro Sesgo en Contra de MSDIA

92. La Segunda Corte de lo Civil de Pichincha (la corte de primera instancia) cometió una serie de irregularidades y violaciones procedimentales de la ley de procedimiento de Ecuador durante la fase probatoria de los procedimientos en esa corte. Entre otras cosas, el juez de primera instancia original permitió que el único testigo de NIFA testificara en dos ocasiones separadas, separadas por más de un año, sin notificación previa a MSDIA sobre la hora y el lugar del testimonio. La corte finalmente se rehusó a exigirle al testigo que respondiera a muchas de las preguntas enviadas por MSDIA para serle formuladas al testigo.¹⁰⁴

93. El 17 de septiembre de 2007, la Juez Temporal Victoria Flordelina de Lourdes Chang-Huang Castillo reemplazó al juez original, quien había venido presidiendo el caso *NIFA v. MSDIA* desde diciembre de 2003. En el momento en el que la Juez Temporal Chang-Huang fue asignada a la disputa de *NIFA v. MSDIA*, la fase probatoria del caso se había acabado hacía mucho tiempo, y el juez original había decretado que el caso estaba listo para decisión.

94. Tras la asignación al caso, la Juez Temporal Chang-Huang no adoptó ninguna acción frente al mismo por tres meses, tiempo durante el cual los registros de la corte indicaron que el expediente completo del caso permaneció en los archivos de la corte y ella no accedió al mismo. Los registros de la corte revelan además que ella adoptó su primera acción en el caso —“tomar conocimiento” del asunto (un paso bajo los procedimientos civiles ecuatorianos mediante el cual

¹⁰¹ Ver Prueba CLM-12, *Paushok v. Gov't of Mongolia*, UNCITRAL Arbitration Rules (Reglas de Arbitraje de la CNUDMI), Order on Interim Measures (Orden sobre Medidas Cautelares) (2 de septiembre de 2008), en el párrafo 55 (el tribunal concluyó que “no necesitaba ir más allá de si se había sustanciado un caso razonable el cual, si los hechos alegados son probados, podría posiblemente llevar al Tribunal a la conclusión de que un laudo podría ser expedido a favor de los Demandantes.”).

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ Notificación de Arbitraje de MSDIA (29 de noviembre de 2011), en los párrafos 51-53.

el/la juez formalmente asume jurisdicción) — el 17 de diciembre de 2007, a las 2:06 p.m.¹⁰⁵ Notablemente, *ese mismo día* —menos de tres horas y media después— la Juez Temporal Chang-Huang expidió una decisión de 15 páginas resolviendo un litigio de cuatro años con unos registros de 6,000 páginas.¹⁰⁶ La decisión falló a favor de NIFA y le otorgó la totalidad de los \$200 millones de dólares en supuestos daños que había reclamado.¹⁰⁷

95. No tuvo sustento alguno la decisión de la Juez Temporal Chang-Huang en los registros, y de hecho, las circunstancias enfáticamente sugieren que la decisión no fue el producto de su propio trabajo.¹⁰⁸ Pretendiendo ser el razonamiento propio de la juez, su opinión en efecto fue en gran medida una recitación literal de la querrela del demandante, y la inclusión de errores tipográficos y gramaticales idénticos sugerían que los dos documentos se originaron de la misma fuente.¹⁰⁹ La decisión adjudicó \$200 millones de dólares por decreto, sin siquiera intentar adelantar análisis alguno sobre si NIFA había sufrido daños o sobre la magnitud de cualquier daño.

96. Bajo la ley procedimental ecuatoriana, MSDIA tenía tres días para ejercer su derecho de apelar la decisión judicial de la corte de primera instancia. La corte de primera instancia no notificó a MSDIA sobre su decisión judicial de la manera requerida por la ley procedimental ecuatoriana.¹¹⁰ La notificación insuficiente de la corte parece haber sido calculada para evitar que MSDIA ejerciese su derecho a la apelación dentro del período de 3 días permitido bajo los procedimientos ecuatorianos.

¹⁰⁵ Prueba C-3 en la página 1.

¹⁰⁶ *Id.* en la página 15; Prueba C-17, Report of Judicial Inspection of *NIFA v. MSDIA* First Instance Case File (Informe de la Inspección Judicial del Expediente del Caso de Primera Instancia de *NIFA v. MSDIA*), Patricio Carrillo Dávila, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *MSDIA v. Chang-Huang*, 19 de diciembre de 2008, en la página 3 (describiendo que el registro incluía 6,243 páginas).

¹⁰⁷ Prueba C-3 en la página 15.

¹⁰⁸ *Ver* Notificación de Arbitraje de MSDIA (29 de noviembre de 2011), en los párrafos 59-64.

¹⁰⁹ Prueba C-18, Informe de Alfonso León Asqui y el Dr. Bruno Sáenz Andrade Sobre la Decisión Judicial de Primera Instancia de *NIFA v. MSDIA*, *MSDIA v. Chang-Huang*, fechada el 26 de enero de 2009, en las páginas 4-9 (detallando similitudes entre la Querrela de NIFA y la decisión judicial, y concluyendo que una sección significativa de la decisión judicial es “esencialmente, el mismo texto”). El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha identificado la participación indebida de abogados en la preparación de las decisiones judiciales de los jueces presidentes en Ecuador como un problema grave y permanente, concluyendo que “[m]ientras que la constitución contempla un poder judicial independiente, en la práctica el poder judicial en ocasiones era propenso a recibir presiones externas y a la corrupción. Los medios reportaron ampliamente sobre la propensión del poder judicial a sobornos para lograr decisiones favorables y para la resolución de casos legales, y sobre jueces repartiendo casos a abogados externos, quienes redactaban las sentencias judiciales y las devolvían al juez presidente para su firma.” Prueba C-36, Departamento de Estado de los EE.UU., 2010 Country Report on Human Rights Practices — Ecuador (Informe de País 2010 sobre Prácticas en Derechos Humanos — Ecuador), 8 de abril de 2011, en la página 9, <http://www.state.gov/documents/organization/160163.pdf>. En su más reciente informe de país sobre Ecuador, el Departamento de Estado también observó que en el último año el “gobierno [ecuatoriano] reconoció una amplia corrupción en la rama judicial e inició un proceso de reforma del poder judicial. Académicos y analistas de centros de estudios (*think tanks*) dijeron que los casos legales no eran procesados a no ser que oficiales de policía y judiciales fuesen sobornados.” Prueba C-61, Departamento de Estado de los EE.UU., 2011 Country Report on Human Rights Practices — Ecuador (Informe de País 2011 sobre Prácticas en Derechos Humanos — Ecuador), 24 de mayo de 2012, en la página 16, <http://www.state.gov/documents/organization/186722.pdf>.

¹¹⁰ *Ver* Notificación de Arbitraje de MSDIA (29 de noviembre de 2011), en los párrafos 65-67.

b) Los Procedimientos y la Decisión Judicial de la Corte de Apelaciones Fueron Contrarios a la Ley y los Procedimientos Ecuatorianos y a los Requisitos Mínimos de Debido Proceso y Demostraron un Claro Sesgo en Contra de MSDIA

(1) La Corte de Apelaciones No Notificó a MSDIA Sobre el Hecho de Haber Tomado Posesión del Caso

97. A pesar del hecho de que la corte de primera instancia no notificó de la manera requerida por la ley ecuatoriana, MSDIA no obstante logró radicar una apelación oportuna. Sin embargo, cuando la corte de apelaciones tomó posesión de la apelación el 15 de julio de 2008, no se lo notificó a MSDIA. Al tomar posesión del caso, la corte de apelaciones marcó el inicio de un período de tiempo de 10 días dentro del cual MSDIA tenía que presentar su “Fundamentación de la Apelación,” una presentación requerida de MSDIA por la ley ecuatoriana con el fin de preservar el derecho de apelación de la decisión judicial de la corte de primera instancia. Debido a que no fue notificada, MSDIA descubrió que la corte había tomado posesión de la apelación solo unos minutos antes del vencimiento del plazo de 10 días, mas sin embargo logró radicar una Fundamentación oportuna en el último minuto. La falta de notificación por parte de la corte a MSDIA parece de nuevo haber tenido la intención de causar que MSDIA perdiera su derecho de apelar la decisión judicial de \$200 millones de dólares de la corte de primera instancia.¹¹¹

(2) La Corte de Apelaciones Suplantó Sin Justificación a Expertos con Altas Credenciales Nombrados por la Corte que Habían Llegado a Conclusiones Bien Razonadas de No Responsabilidad y No Daños con Personas Carentes de las Credenciales y la Experiencia Relevantes Quienes Favorecieron al Demandante

98. Como lo hacen a menudo en los litigios ecuatorianos, los expertos nombrados por la corte jugaron un papel importante en los procedimientos ecuatorianos de segunda instancia, que se adelantan *de novo* y generalmente involucran la presentación adicional de evidencias.¹¹² La corte manipuló el proceso de nombramiento de expertos y la consideración de sus testimonios de una manera que demostró transparentemente su predisposición a decidir en contra de MSDIA y a favor del demandante ecuatoriano, independientemente de los hechos y de la ley.

99. Tras haber nombrado inicialmente expertos internacionalmente respetados y con altas credenciales nombrados por la corte para valorar asuntos de responsabilidad y daños, la corte de apelaciones desestimó sus bien razonadas conclusiones indicando que no existían bases para determinar responsabilidad o daños en este caso. Sin justificación legal bajo la ley o los

¹¹¹ Ver Notificación de Arbitraje de MSDIA (29 de noviembre de 2011), en los párrafos 69-70.

¹¹² Bajo las reglas de procedimiento ecuatorianas, una corte puede nombrar expertos “nombrados por la corte” para opinar sobre asuntos especificados a solicitud de una parte. Cuando es posible, las cortes nombran personas que han sido “acreditadas” como expertas en el asunto correspondiente por la oficina regional del Consejo de la Judicatura. Ver Prueba CLM-24, Ecuatorian Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil de Ecuador), Art. 252. Cuando una parte ha solicitado que la corte nombre un experto en un tema para el cual no hay expertos acreditados, la corte puede buscar recomendaciones de otros organismos, tales como un ministerio relevante del gobierno ecuatoriano o una asociación industrial o gremial.

procedimientos ecuatorianos, y sin base en la razón, la corte de apelaciones nombró “expertos” de remplazo que obviamente carecían de las credenciales y experiencia relevantes. Estos nuevos “expertos” presentaron informes no razonados y no sustentados que estaban en total desacuerdo con las opiniones del primer grupo de expertos nombrados por la corte y totalmente favorables para el demandante ecuatoriano. La corte adoptó las conclusiones de estos expertos de remplazo sin análisis y sin abordar la evidencia de los expertos nombrados originalmente por la corte quienes habían concluido que no existían bases para determinar responsabilidad o daños.

Los Expertos en Ley Antimonopolio Nombrados por la Corte

100. La corte de apelaciones arbitrariamente rechazó la bien razonada opinión de su experto antimonopolio originalmente nombrado por la corte, el Dr. Ignacio De León. El Dr. De León es un prominente experto en ley de competencia latinoamericana. Él se ha desempeñado previamente como jefe de la Autoridad Venezolana de Competencia. Más recientemente, ha prestado servicios de consultoría sobre políticas de competencia a organizaciones tales como el Banco Mundial, la UNCTAD, la Comunidad Andina y USAID.¹¹³ La corte rechazó la opinión del Dr. De León a pesar del hecho de que ella lo había nombrado por recomendación de la Autoridad de Competencia de Ecuador en 2009,¹¹⁴ a pesar de las credenciales irreprochables y el sólido análisis del Dr. De León, y a pesar del hecho de que NIFA no ofreció base alguna para rechazar las conclusiones del Dr. De León.

101. En los procedimientos de la corte de apelaciones, NIFA basó su caso totalmente en una supuesta violación antimonopolio, argumentando que MSDIA había “sac[ado] provecho de su... elevado poder económico” para evitar que NIFA penetrara algún o algunos mercados no especificados.¹¹⁵ El 17 de febrero de 2010, el Dr. De León radicó un informe experto ante la corte concluyendo que las reclamaciones antimonopolio aseveradas por NIFA necesariamente fracasaban porque no existían normas legales aplicables vigentes que rigieran la libre competencia en Ecuador en los años 2002 o 2003.¹¹⁶

102. El Dr. De León concluyó además que incluso si hubiese estado vigente una prohibición contra actos anticompetitivos en Ecuador, las acciones de MSDIA no violaban ninguna norma legal aceptada de las leyes de competencia. Entre otras cosas, el Dr. De León concluyó que (i) MSDIA no tenía una posición dominante en los mercados de finca raíz o farmacéuticos,¹¹⁷ (ii) MSDIA no tenía obligación alguna de venderle su planta a NIFA, en parte porque la planta de

¹¹³ Prueba C-24, Informe de Ignacio De León, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 17 de febrero de 2010, en la página 3.

¹¹⁴ Prueba C-22, Carta de Fausto E. Alvarado C., Autoridad de Competencia de Ecuador, presentada a la Corte de Apelaciones, 29 de junio de 2009. La Autoridad de Competencia de Ecuador fue establecida en marzo de 2009 mediante el Decreto Ejecutivo No. 1614. *Ver* Prueba C-19.

¹¹⁵ Prueba C-16, Escrito de NIFA, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 9 de octubre de 2008, en la página 2.

¹¹⁶ Prueba C-24, Informe de Ignacio De León, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 17 de febrero de 2010, en las páginas 90, 96.

¹¹⁷ *Id.* en la página 95.

MSDIA no era, como lo había alegado NIFA, una “instalación esencial”,¹¹⁸ e (iii) incluso si MSDIA hubiese tenido una posición dominante en un mercado relevante (la cual no tenía), MSDIA no había cometido ningún acto que pudiese ser visto como un uso abusivo de tal posición.¹¹⁹

103. Poco después de que el Dr. De León radicara su informe experto independiente, el Dr. Carlos Guerra Román, un abogado ecuatoriano en propiedad intelectual carente de capacitación o experiencia en leyes de competencia, radicó una solicitud ante el Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura buscando ser acreditado como experto antimonopolio. MSDIA no estaba al tanto de la solicitud en ese momento. La solicitud del Dr. Guerra no reflejaba ninguna experiencia o capacitación previas de ningún tipo en leyes de competencia.¹²⁰ No obstante, a pesar de la total carencia de cualificaciones del Dr. Guerra, también desconocidas para MSDIA en ese momento, el Consejo de la Judicatura aprobó la solicitud del Dr. Guerra precisamente el mismo día en el que fue presentada, el 5 de abril de 2010.¹²¹ Esta aprobación en sí misma parece haber carecido de la integridad requerida de un organismo cuasi-judicial como el Consejo de la Judicatura.

104. Un mes después, el 11 de mayo de 2010, NIFA radicó una petición aseverando (sin ningún sustento probatorio) que el Dr. De León había cometido un “error esencial” y solicitando el nombramiento de un experto antimonopolio adicional para revisar el informe del Dr. De León.¹²² El 8 de diciembre de 2010, aunque NIFA literalmente no presentó ninguna prueba sustentando esta solicitud, la corte de apelaciones (sin explicaciones) nombro sin embargo al Dr.

¹¹⁸ *Id.* en las páginas 60-61 (“MSD no estaba en control de una activo, infraestructura, o bien que fuese “esencial” para el proceso de producción de NIFA. Las instalaciones de producción no cumplían los requisitos exigidos por esa doctrina”) (énfasis en el original).

¹¹⁹ *Id.* en las páginas 79-80, 81.

¹²⁰ Como se anota más adelante, desde los eventos en cuestión, el Consejo de la Judicatura de Ecuador ha concluido que el Dr. Guerra claramente no estaba calificado para desempeñarse como experto en leyes de competencia. *Ver* Prueba C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura para Pichincha, 26 de enero de 2012 (concluyendo que el Dr. Guerra carecía de las credenciales requeridas por la ley ecuatoriana para haber sido debidamente acreditado como experto en leyes de competencia); Prueba C-60, Memorando de María Augusta Pella, Directora Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, a Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, 20 de abril de 2012, y Memorando de Daniela Caicedo, Secretaria de la Oficina del Director General del Consejo de la Judicatura, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura para Pichincha, 4 de mayo de 2012 (el mismo).

¹²¹ Prueba C-25, Solicitud de Carlos Guerra Román para acreditación como experto y acreditación acompañante del Consejo de la Judicatura, en las páginas 1-2 (solicitud presentada por el Dr. Guerra el 5 de abril de 2010 y aprobada por el entonces Director Provincial del Consejo de la Judicatura Marco Rodas Buchell el mismo día). Las actuaciones del entonces Director Provincial Rodas al acreditar al Dr. Guerra, y de la corte de apelaciones al aceptar los servicios del Dr. Guerra como experto y preferir su opinión por sobre la de un expertos con altas credenciales como el Dr. De León, sugieren vehementemente influencias indebidas.

¹²² Bajo los procedimientos ecuatorianos, una parte puede cuestionar la opinión de un experto nombrado por la corte radicando una petición, sustentada por evidencias, aseverando que el experto ha cometido un “error esencial.” A solicitud de la parte peticionaria, la corte puede abrir un período de pruebas limitado, durante el cual aceptará pruebas de las partes sobre el supuesto “error esencial.” Durante este período de pruebas, la corte puede nombrar un experto con un mandato limitado para revisar el informe del experto original y opinar si este contiene un “error esencial.” Si, con el beneficio de dichas pruebas, la corte concluye que el experto en efecto cometió un “error esencial,” entonces la corte puede nombrar un segundo experto en el mismo tema. *Ver* Prueba CLM-24, Ecuadorian Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil de Ecuador), Art. 258.

Guerra para desempeñarse como un segundo experto antimonopolio.¹²³

105. El 14 de febrero de 2011, el Dr. Guerra presentó un informe concluyendo que el Dr. De León había cometido un “error esencial” y opinando que MSDIA podía ser declarada responsable bajo principios antimonopolio.¹²⁴ El informe del Dr. Guerra estaba plagado de textos plagiados sin atribución, de obvios errores analíticos, de declaraciones falsas de la Ley ecuatoriana y de aplicaciones equivocadas de principios antimonopolio ampliamente aceptadas. Entre otras cosas, el Dr. Guerra absurdamente concluyó que la planta de MSDIA había constituido una “instalación esencial”, una conclusión que no tenía sentido alguno bajo los hechos del registro o los principios reconocidos de las leyes antimonopolio o de competencia.¹²⁵

106. El Dr. Guerra plagió extensamente trabajos antimonopolio existentes. Entre otros, el Dr. Guerra buscó hacer pasar como su propio trabajo el trabajo de un economista argentino y experto en competencia, el Dr. Diego Petrecolla, apropiándose indebidamente y sin atribución de franjas de la redacción de los trabajos del Dr. Petrecolla y aplicando indebidamente sus principios.¹²⁶ La Autoridad de Competencia de Ecuador había recomendado previamente al Dr. Petrecolla a la corte de apelaciones, junto con el Dr. De León, como experto potencial para el caso.¹²⁷ Debido a que él había sido recomendado a la corte de apelaciones por la autoridad de Competencia, MSDIA le solicitó al Dr. Petrecolla revisar los informes presentados por el Dr. De León y el Dr. Guerra y presentarle a la corte su propio informe, comentando del trabajo de los dos expertos nombrados por la corte y dando su propia opinión sobre los asuntos de ley antimonopolio presentados en el caso.

¹²³ Prueba C-29, Orden de la Corte de Apelaciones fechada el 8 de diciembre de 2010.

¹²⁴ Prueba C-32, Informe de Carlos Guerra Román, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 14 de febrero de 2011, en las páginas 72-74, 77 (traducción al inglés en las páginas 99-102, 105).

¹²⁵ *Id.* en la página 74 (traducción al inglés en las páginas 101-102). Como debidamente concluyó el Dr. De León, para que un recurso califique como una “instalación esencial” tal y como es reconocido el concepto en las leyes antimonopolio, una instalación debe ser controlada por un monopolista, debe constituir un insumo sin el cual otras firmas no pueden competir con el monopolista, y su reproducción debe ser impracticable por motivos técnicos o financieros. Prueba C-24, Informe de Ignacio De León, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 17 de febrero de 2010, en las páginas 60-61; *ver también* Prueba CLM-29, Abbott B. Lipsky Jr. y J. Gregory Sidak, *Essential Facilities (Instalaciones Esenciales)*, 51 Stan. L. Rev. 1187, 1211-1212 (1999); Prueba CLM-30, Pitofsky, Patterson y Hooks, *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law (La Doctrina de Instalaciones Esenciales bajo la Ley Antimonopolio de los Estados Unidos)*, 70 Antitrust L.J. 443 en 448-450 (2002). Más aún, el recurso cuando una instalación es determinada como “esencial” bajo la doctrina es típicamente el uso compartido del recurso esencial a cambio de unas regalías razonables. Por lo tanto, el concepto es más comúnmente asociado con acceso compartido a líneas de servicios públicos de propiedad de una sola empresa. *Ver, por ejemplo*, Prueba CLM-22, *MCI Communications v. American Tel. & Tel. Co.*, 708 F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1983) (exigiéndole a un proveedor de telecomunicaciones dar acceso a la red de servicios local, sobre la cual tenía un monopolio, a competidores en servicios de larga distancia).

¹²⁶ *Ver* Prueba C-35, Informe de Diego Petrecolla, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 11 de marzo de 2011 en la página 7 (traducción al inglés en la página 5).

¹²⁷ Prueba C-22, Carta de Fausto E. Alvarado C., Autoridad de Competencia de Ecuador, presentada a la Corte de Apelaciones, 29 de junio de 2009. El Dr. Petrecolla se ha desempeñado como Economista Jefe de la Comisión Nacional de Competencia de Argentina y como Director del Centro de Estudios Reglamentarios del Instituto del Banco Mundial. Además, él ha asesorado a los gobiernos de El Salvador, Costa Rica, Uruguay y Ecuador en asuntos de competencia, y ha sido consultor sobre competencia y reglamentación de servicios públicos para el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *Id.* en la página 5 (traducción al inglés en la página 3).

107. El 11 de marzo de 2011, MSDIA presentó el informe del Dr. Petrecolla a la corte de apelaciones. El análisis del Dr. Petrecolla reveló que el Dr. Guerra había plagiado extensamente el trabajo del Dr. Petrecolla, explicó que el Dr. Guerra había hecho un mal uso y había aplicado mal ese trabajo y los principios aplicables de las leyes de competencia, y explicó que el análisis y las conclusiones del Dr. Guerra eran totalmente infundados.¹²⁸ El Dr. Petrecolla concluyó que el informe y los hallazgos del Dr. De León habían reflejado un sólido análisis antimonopolio y eran totalmente correctos; a saber, que no existían bases posibles para hacer responsable a MSDIA frente a NIFA sobre los hechos del registro, y que en cualquier evento, NIFA no había sufrido daño alguno.¹²⁹

108. A pesar de las evidencias que tenía ante sí y de las opiniones del experto nombrado por ella misma, el Dr. De León, y del otro experto que le había recomendado el Ministerio de Competencia, el Dr. Petrecolla, la corte de apelaciones arbitrariamente y sin justificación adoptó los hallazgos del Dr. Guerra, cuya carencia de capacitación o experiencia en leyes de competencia había sido puesta en conocimiento de la corte por parte de MSDIA, quien había sido certificado bajo circunstancias altamente cuestionables poco después de que el Dr. De León presentó su informe, y cuyo análisis era conocido por la corte de apelaciones que era plagiado en gran parte y carecía de todo sustento en los principios de las leyes de competencia. La corte de apelaciones nunca sostuvo expresamente que el experto original nombrado por ella misma, el Dr. De León, había cometido un error esencial. Nunca expidió un decreto rechazando los informes del Dr. De León ni del Dr. Petrecolla.

Los Expertos en Finca Raíz Nombrados por la Corte

109. Debido a que la teoría de daños de NIFA dependía totalmente de su alegato según el cual no había ninguna otra propiedad en la región de Quito adecuada para una nueva planta, la corte de apelaciones nombró un experto en el mercado de finca raíz comercial de Quito, el Sr. Manuel J. Silva Vásconez. Con base en pruebas documentales incontrovertidas, el informe independiente del Sr. Silva concluyó que NIFA tenía a su disposición *muchas* alternativas frente a la pequeña y vieja fábrica de MSDIA. Dada la disponibilidad de propiedades sustitutas, el informe del Sr. Silva del 23 de diciembre de 2009 demostró concluyentemente que NIFA no podía haber sufrido daños significativas por el fracaso de su intento de adquisición.

110. Entre los hallazgos del Sr. Silva estaban sus conclusiones manifestando que:

a. Había una serie de plantas industriales existentes, disponibles y debidamente zonificadas, otras estructuras, y lotes vacantes en los que NIFA hubiese podido construir unas nuevas instalaciones tras la finalización de las negociaciones con MSDIA en enero de 2003.¹³⁰

b. Al menos otra planta farmacéutica estaba en el mercado en 2003 (de propiedad de la compañía farmacéutica ecuatoriana Albanova), y otra instalación disponible en ese

¹²⁸ Prueba C-35, Informe de Diego Petrecolla, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 11 de marzo de 2011 en la página 7 (traducción al inglés en la página 5).

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ Prueba C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásconez, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 23 de diciembre de 2009, en las páginas 1-7 (traducción al inglés en las páginas 1-6).

entonces fue posteriormente comprada por Pfizer y convertida en una instalación manufacturera farmacéutica.¹³¹

c. NIFA era propietaria de un lote vacante cerca de la planta de MSDIA, el cual vendió a otra compañía ecuatoriana en mayo de 2003, en el cual le habría sido permitido, bajo las leyes de zonificación aplicables, construir y operar una instalación manufacturera farmacéutica tres veces más grande en tamaño que la planta de MSDIA.¹³²

d. NIFA había quedado en libertad de ampliar sus instalaciones existentes después de las negociaciones, y en efecto lo había hecho. Obtuvo un permiso de regularización en 2005 para 1,057 metros cuadrados de construcción y obtuvo otro permiso para una ampliación de 300 metros cuadrados adicionales en 2008.¹³³ Bajo las leyes de zonificación aplicables vigentes en 2003, NIFA estaba en libertad de construir hasta 29,000 metros cuadrados en su lote, lo que habría dado lugar a unas instalaciones mucho más grandes que la planta del Valle Chillos.¹³⁴

111. Al igual que con los expertos en competencia, sin explicar las bases para cualquier objeción al Sr. Silva o a sus conclusiones, NIFA solicitó el nombramiento de un nuevo experto, y nuevamente sin explicación, la corte de apelaciones accedió, nombrando al Sr. Marco V. Yerovi Jaramillo.¹³⁵ El Sr. Yerovi expidió entonces un informe que, si bien era irrelevante frente a los asuntos que le habían planteado, era más favorable para NIFA que el informe del Sr. Silva.¹³⁶ La corte de apelaciones entonces sencillamente ignoró la existencia del informe del Sr. Silva, se remitió a ciertas observaciones del informe del Sr. Yerovi, e ignoró hallazgos claves del propio informe del Sr. Yerovi que estaban de acuerdo con el informe del Sr. Silva.¹³⁷

Los Expertos en Daños y Perjuicios Nombrados por la Corte

112. La corte de apelaciones había nombrado al Dr. De León como su experto en leyes de competencia a solicitud de MSDIA, y tras la petición de NIFA radicada el 5 de junio de 2009, la corte de apelaciones también había nombrado al Dr. De León para desempeñarse como su experto en daños y perjuicios.¹³⁸ El Dr. De León, un economista al igual que un abogado y erudito en competencia reconocido internacionalmente, concluyó que NIFA *no* había sufrido daño alguno por la adquisición fallida, no había identificado ningún acto ilegal que pudiese haber causado algún daño, y no había sustentado sus alegatos sobre lucro cesante, que en el mejor de

¹³¹ *Id.* en las páginas 1-2.

¹³² *Id.* en las páginas 8, 10 (traducción al inglés en las páginas 7, 8-9).

¹³³ *Id.* en las páginas 8-9 (traducción al inglés en las páginas 7-8).

¹³⁴ *Id.* en las páginas 7-8, 11-12 (traducción al inglés en las páginas 6-7, 9-10).

¹³⁵ Prueba C-28, Orden de la Corte de Apelaciones fechada el 26 de octubre de 2010.

¹³⁶ Prueba C-30, Informe de Marco V. Yerovi Jaramillo, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 20 de diciembre de 2010.

¹³⁷ Prueba C-4 en la página 11. Notablemente, el informe del Sr. Yerovi no concluyó que el Sr. Silva había cometido un error esencial. La corte de apelaciones también ignoró pruebas de que NIFA había estado adelantando negociaciones paralelas por otros espacios de manufactura potenciales al mismo tiempo que estaba negociando con MSDIA —más notablemente, consideraba la planta de Albanova— y que NIFA había contemplado ampliar sus instalaciones existentes o construir unas nuevas instalaciones en terrenos libres en lugar de comprar unas existentes.

¹³⁸ Prueba C-24, Informe de Ignacio De León, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 17 de febrero de 2010, en la página 98; *ver también* Prueba C-40, MSDIA Petición presentada a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 13 de mayo de 2011, en las páginas 1-2.

los casos eran totalmente especulativos.¹³⁹

113. Pero al igual que con los asuntos de competencia y de finca raíz, la corte de apelaciones rechazó las conclusiones de sus propios expertos, cuando esas conclusiones favorecían la decisión judicial a favor de MSDIA, y a solicitud de NIFA nombró a una persona menos calificada como un llamado “experto” para opinar sobre el mismo asunto. Con base en explicaciones cambiantes e inconsistentes, la corte de apelaciones nombró y confió en la opinión del Sr. Cristian Augusto Cabrera Fonseca. Al igual que con el nombramiento del Dr. Guerra como experto antimonopolio, la solicitud del Sr. Cabrera para ser acreditado como experto en daños no demostraba ninguna experiencia previa en el campo relevante del análisis de daños y lucro cesante.¹⁴⁰

114. La manera en la que el Sr. Cabrera fue nombrado muestra además en sí misma el sesgo de la corte de apelaciones. A diferencia de su enfoque con los asuntos de competencia, NIFA no presentó una petición oportuna de “error esencial” cuestionando las conclusiones del Dr. De León sobre los daños. Bajo los procedimientos ecuatorianos, esta hubiese sido la única base sobre la cual la corte podría haber nombrado otro experto en daños.¹⁴¹ No obstante, NIFA radicó varias peticiones solicitando que la corte de apelaciones nombrara un experto en daños adicional mucho después de que los períodos de tiempo para buscar el nombramiento de expertos o radicar una petición de error esencial habían vencido. Radicó su segunda petición el 8 de abril de 2011, casi nueve meses después de la presentación final del Dr. De León en el caso.¹⁴²

115. El 25 de abril de 2011 —catorce meses después de que el Dr. De León expidió su informe concluyendo que NIFA no había sufrido daño alguno— la corte acogió la solicitud de NIFA, declarando que pretendía nombrar un segundo experto en daños para revisar el análisis de daños del Dr. De León por error esencial.¹⁴³ MSDIA radicó una objeción a la orden de la corte, explicándole a la corte que la solicitud de NIFA de un experto en errores esenciales por daños no era procedente porque NIFA no había radicado una petición de error esencial oportuna con respecto al análisis de daños de Dr. De León. MSDIA le pidió a la corte que revocara su decisión, puntualizando su error de procedimiento.¹⁴⁴

116. El 10 de mayo de 2011, la corte nombró al Sr. Cabrera, un contador ecuatoriano, como segundo experto en daños.¹⁴⁵ Aparentemente acogiendo los argumentos de MSDIA sobre la impropiedad del nombramiento del Sr. Cabrera como experto en error esencial para revisar el trabajo del Dr. De León, la corte reversó su decisión en el sentido de que el segundo experto en

¹³⁹ Prueba C-24, Informe de Ignacio De León, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 17 de febrero de 2010, en las páginas 47-49, 98.

¹⁴⁰ Al igual que con el Dr. Guerra, como se comenta más adelante, el Consejo de la Judicatura de Ecuador ha determinado después de estos eventos que el Dr. Cabrera no estaba calificado para desempeñarse como experto en daños. Ver más adelante en los párrafos 123-128.

¹⁴¹ Ver Prueba C-38, Petición de MSD presentada a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 28 de abril de 2011, en los párrafos 11-17.

¹⁴² El Dr. De León presentó un complemento a su informe experto a la corte de apelaciones, respondiendo a las observaciones de las partes sobre su informe experto y reafirmando sus conclusiones claves, el 20 de julio de 2010.

¹⁴³ Prueba C-37, Orden de la Corte de Apelaciones fechada el 25 de abril de 2011.

¹⁴⁴ Ver Prueba C-38, Petición de MSD presentada a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 28 de abril de 2011, en los párrafos 11-17.

¹⁴⁵ Prueba C-39, Orden de la Corte de Apelaciones fechada el 10 de mayo de 2011.

daños fuese nombrado como experto en error esencial, pero en el mismo decreto la corte declaró que en cambio estaba nombrando al Sr. Cabrera como experto en daños *sustantivos* para expedir un nuevo informe evaluando los daños de NIFA.¹⁴⁶

117. La corte argumentó que ahora estaba nombrando al Sr. Cabrera en conexión con la solicitud de nombramiento de un experto en daños que NIFA había hecho durante la fase probatoria del procedimiento casi dos años antes, el 5 de junio de 2009.¹⁴⁷ La corte de apelaciones ya había concedido expresamente esa solicitud cuando nombró al Dr. De León. A pesar de ya haber concedido y cumplido con esa solicitud más de dos años antes, la corte sin embargo argumentó que estaba respondiendo a esa solicitud cumplida tiempo atrás en esta renovación del nombramiento.¹⁴⁸

118. El 21 de junio de 2011, el Sr. Cabrera presentó un informe determinando que NIFA tenía derecho a *\$204 millones de dólares* en daños por lucro cesante, y que debía hacerse una adjudicación adicional por daños en contra de MSDIA y a favor “del pueblo ecuatoriano” por un monto de más de *\$642 millones de dólares*.¹⁴⁹

119. El informe del Sr. Cabrera estaba totalmente divorciado de la metodología aceptada para calcular lucro cesante. El Sr. Cabrera no identificó ningún acto ilegal cometido por MSDIA que hubiese causado daños a NIFA, imposibilitando discernir la fuente de cualquier daño. Absurdamente, el Sr. Cabrera incluyó en sus cálculos de “ventas perdidas” de NIFA las ventas que, de acuerdo con la fuente en la que el Sr. Cabrera pretendía basarse, NIFA *efectivamente había hecho* entre los años 2003 y 2008.¹⁵⁰ En otras palabras, de manera insensata, El Sr. Cabrera argumentó que MSDIA debía pagar como si NIFA hubiese perdido el valor de las ventas que NIFA efectivamente sí hizo. Más aún, el Sr. Cabrera pretendió calcular los supuestos daños a NIFA durante un período arbitrariamente definido de 15 años terminando en 2018, sin dar explicación alguna o base en los hechos sobre cómo la no disponibilidad de una propiedad podría posiblemente continuar imponiendo daños y perjuicios por dicho período de tiempo inverosímilmente largo.¹⁵¹ Para llegar a sus astronómicas cifras, el Sr. Cabrera estimó el margen de utilidad de NIFA durante ese período de 15 años en un margen de utilidad de cerca del 50%, más de *15 veces* más alto que el margen histórico de NIFA, y *excediendo con creces el máximo margen de utilidad de los productos farmacéuticos genéricos que estaba permitido bajo las leyes ecuatorianas*.¹⁵² Y el Sr. Cabrera hizo muchas otras determinaciones similarmente indefendibles y erróneas, como claramente serían necesarias para traducir la incapacidad de NIFA para comprar una pequeña planta en particular evaluada en tan solo \$1.5 millones de dólares, en sus

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Ver en general* Prueba C-40, Petición de MSDIA presentada a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 13 de mayo de 2011.

¹⁴⁹ Prueba C-42, Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 21 de junio de 2011, en las páginas 27, 35 (traducción al inglés en las páginas 22, 29).

¹⁵⁰ Prueba C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 15 de julio de 2011, en la página 17 (traducción al inglés en las páginas 15-16) (analizando el informe presentado por el Sr. Cabrera).

¹⁵¹ *Id.* en la página 12-13 (traducción al inglés en la página 11) (anotando que “[el Sr. Cabrera] no enumera los motivos técnicos por los cuales él cree que quince años es un tiempo razonable para establecer un pronóstico de ventas, cuando la práctica habitual es hacer una proyección a cinco años.”).

¹⁵² *Ver, por ejemplo, id.* en la página 27 (traducción al inglés en la página 24).

casi mil millones de dólares en supuestos daños y perjuicios.

120. El 15 de julio de 2011, MSDIA radicó una petición oportuna acusando al Sr. Cabrera de haber cometido un error esencial y aportando una base detallada para la acusación, incluyendo el informe de otro experto en daños (el Sr. Mr. Carlos Montañez Vásquez) quien concluía que no existían bases concebibles para los cálculos del Sr. Cabrera del supuesto lucro cesante de NIFA o de los daños al pueblo ecuatoriano.¹⁵³ La corte de apelaciones se rehusó incluso a considerar el asunto, aseverando ahora una vez más que el Sr. Cabrera era un experto en error esencial, no un experto en daños nombrado conforme a una petición de nombramiento de un experto en estos, y que por lo tanto no estaba sujeto a un cuestionamiento por error esencial.¹⁵⁴

121. Las supuestas bases de la corte de apelaciones para negarle a MSDIA la oportunidad de cuestionar el informe del Sr. Cabrera eran rotundamente inconsistentes con la revocatoria previa de la corte del nombramiento del Sr. Cabrera como experto en error esencial y la renovación de su nombramiento como experto en daños sustantivos conforme a la solicitud de NIFA de junio de 2009. Bajo el razonamiento de la renovación del nombramiento, el Sr. Cabrera debería haber estado sujeto a escrutinio por error esencial, tal como lo había estado el Dr. De León — nombrado en respuesta a la misma solicitud de NIFA dos años antes. El fallo de la corte de apelaciones negándole a MSDIA la oportunidad de cuestionar la opinión del Sr. Cabrera reveló de nuevo su absoluta carencia de imparcialidad y le negó a MSDIA el debido proceso de ley.

122. El incoherente informe del Sr. Cabrera fue la única evidencia citada por la corte de apelaciones en respaldo de decisión de adjudicarle a NIFA \$150 millones de dólares en daños.¹⁵⁵ Pretendiendo adoptar el análisis del Sr. Cabrera, la corte no reconoció ni siquiera abordó los muchos problemas incontrovertibles del análisis que habían sido identificados por MSDIA y su experto, no abordó la no demostración por parte del Sr. Cabrera de un vínculo causal entre los supuestas daños y perjuicios y cualquier acto indebido por parte de MSDIA, y no aportó ningún raciocinio para el cálculo de los daños en \$150 millones de dólares, una cifra que no había sido sugerida en el registro por la corte de primera instancia, por NIFA, por el Sr. Cabrera, o por nadie más.

El Informe de Enero de 2012 del Director Provincial del Consejo de la Judicatura Repudiando las Acreditaciones del Dr. Guerra y del Sr. Cabrera

123. En vísperas de la decisión de la corte de apelaciones, el Dr. Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura para Pichincha —la oficina encargada de acreditar expertos para nombramientos en asuntos judiciales en la Provincia— expidió un informe concluyendo que sus antecesores en el cargo de Director Provincial nunca debieron haber

¹⁵³ *Id.* en la página 2, 28-29 (traducción al inglés en las páginas 2, 26) (el Sr. Montañez concluyó que la única base concebible para los daños identificados por el Sr. Cabrera eran \$50,000 dólares en daños consecuenciales asociados con los costos en los que NIFA alegaba haber incurrido en conexión con la obtención de financiación para comprar la planta de MSDIA, anotando que NIFA parecía haber introducido pruebas en el registro estableciendo esos daños).

¹⁵⁴ Prueba C-45, Orden de la Corte de Apelaciones fechada el 19 de julio de 2011 (rechazando la petición de error esencial de MSDIA con respecto al informe del Sr. Cabrera); Prueba C-46, Orden de la Corte de Apelaciones fechada el 1° de agosto de 2011 (rechazando la solicitud de MSDIA de reconsiderar su Orden del 19 de julio de 2011, con base en que el Sr. Cabrera era un experto en error esencial, argumentando que “no existe fórmula procedimental para probar error esencial con respecto a otro error esencial”).

¹⁵⁵ Prueba C-4, páginas 14-15.

acreditado al Sr. Cabrera y al Dr. Guerra como expertos porque sus respectivas solicitudes no demostraban las calificaciones requeridas.¹⁵⁶

124. El informe del Dr. Escandón, fechado el 26 de enero de 2012, concluyó, basado en una revisión de los materiales y calificaciones de la solicitud del Dr. Guerra, que el Dr. Guerra “tiene escasos conocimientos y experiencia en propiedad intelectual, competencia desleal, ley de competencia y ley de daños, porque ninguno de los certificados que él ha presentado cubro las áreas antes mencionadas; es obvio que ellos son incompatibles con los requisitos para ser considerado un experto.” En cuanto al Sr. Cabrera, el Dr. Escandón concluyó que él “no ha sustanciado con ninguna documentación, conocimiento o experiencia su pericia en el cálculo de daños, daños consecuenciales, lucro cesante o tributación. No es claro por qué él alegó ser un experto....”¹⁵⁷

125. El informe del Dr. Escandón confirmó lo que MSDIA ya había establecido ante la corte de apelaciones: que el Sr. Cabrera y el Dr. Guerra nunca debieron haber sido nombrados como expertos en el caso, y que, una vez nombrados, la corte de apelaciones nunca debió haber considerado ni debió haberse basado en sus opiniones. La decisión de la corte de apelaciones de nombrar expertos manifiestamente no calificados y su insistencia en aceptar y basarse en las opiniones de esos expertos, sin ninguna justificación legal, y sin abordar las numerosas falencias en sus opiniones, demostró la predisposición de la corte a fallar en contra de MSDIA y a favor del demandante ecuatoriano independientemente de los hechos y de la ley.

126. El 30 de abril de 2012, María Augusta Perla, una abogada de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, le dirigió un memorando al Dr. Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura.¹⁵⁸ El memorando del 30 de abril de 2012 adoptó y confirmó el hallazgo anterior en el sentido de que el Director Provincial no debió haber acreditado al Sr. Cabrera y al Dr. Guerra como expertos porque sus respectivas solicitudes no demostraron las calificaciones requeridas.¹⁵⁹ Por lo tanto recomendaba que se le pidiera al Director Provincial que “actualice la [lista de] expertos que están autorizados en este momento y retire de la lista a aquello que no están autorizados actualmente, de manera que solo aquellos expertos que sean idóneos para cumplir esta función estén en la lista.”¹⁶⁰ Recomendó que se ordenara al Director Provincial corregir la acreditación del Sr. Cabrera “para que el experto antes mencionado sea acreditado [únicamente] en las áreas en las que él tiene experiencia” —es decir, únicamente en contabilidad.¹⁶¹ Finalmente, recomendó que los materiales relevantes fuesen

¹⁵⁶ Prueba C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura para Pichincha, 26 de enero de 2012. MSDIA alertó a la Corte Nacional de Justicia sobre el informe del Dr. Escandón el 23 de febrero de 2012. Prueba C-59, Petición de MSDIA fechada el 23 de febrero de 2012.

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ Prueba C-60, Memorando de María Augusta Pella, Directora de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, a Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, 30 de abril de 2012.

¹⁵⁹ *Id.* En la página 3. El memorando del 30 de abril de 2012 halló que el Dr. Guerra “no reporta suficiente experiencia para ser considerado como un especialista en... competencia desleal [o] derecho a la competencia.” Concluyó que el Sr. Cabrera “no justifica ninguna experiencia en el cálculo de daños, daños emergentes, interrupción de utilidades y tributación.”

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ *Id.* El memorando del 30 de abril de 2012 no hizo tales recomendaciones con respecto a la acreditación del Sr. Guerra con base en un hallazgo según el cual el Sr. Guerra ya no estaba acreditado al momento del memorando. *Ver id.*

enviados a la Unidad de Auditoría Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, “para que esta pueda determinar cualquier posible responsabilidad de los servidores públicos y de los servidores judiciales, con respecto a cómo ocurrió la acreditación del [Sr. Cabrera].”¹⁶²

127. El 4 de mayo de 2012, la Secretaria de la Oficina del Director General del Consejo de la Judicatura dirigió un memorando al Dr. Escandón, adjuntando el memorando del 30 de abril de 2012 y ordenándole al Dr. Escandón a implementar las recomendaciones contenidas en el mismo.¹⁶³

128. Finalmente, un memorando dirigido al Dr. Escandón el 31 de mayo de 2012 confirmó que la acreditación del Sr. Cabrera como experto en daños y lucro cesante había sido revocada.¹⁶⁴

(3) La Corte de Apelaciones Arbitrariamente se Rehusó a Considerar Prueba Alguna Presentada por MSDIA

129. Enfrentada con abrumadoras pruebas que respaldaban la posición de MSDIA en el sentido de que no existían bases para responsabilidad o daños en el caso, la corte de apelaciones arbitrariamente hizo caso omiso de las pruebas de MSDIA en lugar de intentar —como no podría haberlo hecho— encajar el registro con su decisión a favor de NIFA. En su decisión del 23 de septiembre de 2011, la corte de apelaciones aseveró, sin bases legales, que no tenía obligación alguna de considerar o abordar ninguna de las pruebas presentadas por MSDIA. La corte de apelaciones buscó justificar su negativa a abordar las pruebas presentadas por MSDIA aseverando en su decisión que MSDIA había “renunciado expresamente a las pruebas dirigidas a disipar las bases para el veredicto de primera instancia.”¹⁶⁵

130. En respaldo de este alegato *post-hoc* según el cual MSDIA había “renunciado” a todas las pruebas que había presentado —incluyendo el testimonio de 10 testigos de hecho, media docena de informes expertos y cientos de páginas de documentos— la corte de apelaciones citó una petición que MSDIA había radicado el 16 de abril de 2010, en la cual MSDIA retiró una solicitud que había hecho a principios de los procedimientos para el nombramiento de un experto en daños.¹⁶⁶ Lejos de “renuncia[r] a las pruebas que buscaban disipar las bases” para el veredicto de la corte de primera instancia, la petición de MSDIA dejaba en claro que estaba confiando en las pruebas ya existentes en el registro. El Dr. De León había sido nombrado para cumplir esencialmente la misma función conforme a la solicitud de NIFA del nombramiento de un experto en daños. Una vez que el Dr. De León lo había hecho, no existía la necesidad de que las partes pagaran por los servicios de un experto adicional que cubriría la misma área.¹⁶⁷ Esta retractación de una solicitud de un experto redundante fue claramente no una renuncia a prueba alguna, y hasta la opinión final sobre los méritos, nadie —ni NIFA ni la corte— habían sugerido

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ Prueba C-60, Memorando de Daniela Caicedo, Secretaria de la Oficina del Director General del Consejo de la Judicatura, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura para Pichincha, 4 de mayo de 2012.

¹⁶⁴ Prueba C-63, Memorando de Wilson Rosero Gómez, Jefe de Personal, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura para Pichincha, 31 de mayo de 2012.

¹⁶⁵ Prueba C-4, traducción al inglés en las páginas 15-16.

¹⁶⁶ Prueba C-26, Petición de MSDIA presentada a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 16 de abril de 2010.

¹⁶⁷ *Id.*

jamás que ello pudiese ser considerado así.

131. El alegato *post-hoc* de la corte de apelaciones en el sentido de que MSDIA había renunciado a las pruebas en su defensa —pruebas que se había esforzado por introducir a lo largo de ocho años de litigio— era obviamente injustificable. Es evidencia clara del sesgo y de la carencia de imparcialidad del panel.

(4) La Corte de Apelaciones le Negó a MSDIA la Oportunidad de Radicar un Escrito Final y una Solicitud de una Audiencia Oral

132. Cuando la corte de apelaciones expidió su decisión judicial por \$150 millones de dólares en contra de MSDIA el 23 de septiembre de 2011, lo hizo mientras simultáneamente estaba decidiendo peticiones procedimentales pendientes. Como resultado, le fue negada a MSDIA la capacidad de radicar su escrito final —el cual ya había preparado y estaba esperando para radicarlo— o de solicitar una audiencia oral sobre los méritos. Esta acción pareció ser calculada para denegar, y en efecto denegó, a MSDIA la oportunidad de presentar sus argumentos finales sobre la materia.

c) Las Cortes Ecuatorianas Se Basaron en Leyes Sustantivas que No Existían en Ecuador

133. Además de las numerosas violaciones procedimentales en la corte de primera instancia y en la corte de apelaciones, la decisión judicial de las cortes ecuatorianas fue arbitraria, manifiestamente contraria a la ley, y constituyó un error en la administración de justicia, porque —totalmente apartada de su no conformidad con ningún principio antimonopolio conocido en derecho en cualquier parte del mundo— al momento de la venta y de la decisión judicial, Ecuador de acuerdo a sus propias y claras declaraciones *no tenía una ley antimonopolio* y no había adoptado o anunciado las reglas sustantivas de competencia que las cortes pretendieron aplicar aquí.

134. El hecho de que Ecuador no tenía una ley antimonopolio al momento de los eventos en cuestión en la disputa entre MSDIA y NIFA se confirma por un largo historial de acciones adoptadas, y declaraciones hechas, por el propio gobierno ecuatoriano.

135. En 2002, el Congreso Nacional de Ecuador aprobó un proyecto de ley tendiente a establecer normas legales para la libre competencia, pero ese proyecto de ley fue vetado por el Presidente.¹⁶⁸

136. Entre 1998 y 2003, expertos gubernamentales en antimonopolio de las naciones de la Comunidad Andina, incluyendo representantes de Ecuador, participaron en una serie de reuniones con el fin de evaluar posibles revisiones a la Decisión No. 285 de la Comunidad Andina que era una decisión de 1991 que establecía normas antimonopolio para transacciones que afectaran la competencia en más de una nación miembro.¹⁶⁹ Los informes oficiales que

¹⁶⁸ Ver Prueba C-24, Informe de Ignacio De León, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 17 de febrero de 2010, en la página 90.

¹⁶⁹ Ver, por ejemplo, *id.* en la página 92 (describiendo la Decisión No. 285 de la Comunidad Andina (22 de marzo de 1991)).

resumen esas reuniones se centran en y afirman la ausencia de leyes de competencia en Ecuador durante todo el período. Por ejemplo, el Informe de la Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales, fechado el 1° de agosto de 2003 —casi precisamente en el momento en el que NIFA estaba interponiendo su demanda contra MSDIA— resume los esfuerzos en curso para revisar las normas antimonopolio existentes en los países andinos.¹⁷⁰ Este anota que “las delegaciones llegaron a un consenso sobre una [disposición] procedimental, dejando [para] consultas de Bolivia y Ecuador, *países que no disponen de normas o autoridades de competencia*, los siguientes artículos contenidos en las Disposiciones Transitorias...”¹⁷¹

137. En marzo de 2005, la Comunidad Andina adoptó la Decisión No. 608 de la Comunidad Andina, revisando y remplazando la norma antimonopolio estipulada en la Decisión No. 285. Al igual que la Decisión No. 285, la Decisión No. 608 aplicaba según sus propios términos únicamente a conductas que afecten la competencia en más de uno de los estados miembros de la Comunidad Andina.¹⁷² Los términos de la Decisión No. 608 confirmaron que no existían normas antimonopolio internas en Ecuador al momento de su promulgación. El Artículo 51 de las Disposiciones Transitorias de la Decisión estipulaba: “Para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, la presente Decisión entrará en vigencia a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena; y, para Ecuador, [la presente Decisión entrará en vigencia] a los dos años calendario siguientes o, *si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país*, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.”¹⁷³

138. El 11 de mayo de 2005, el Ministro de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad de Ecuador envió correspondencia al Secretario General de la Comunidad Andina, reconociendo la carencia de normas antimonopolio internas de su país y proponiendo que la Comunidad Andina promulgase un suplemento a la Decisión No. 608 para permitirle a Ecuador aplicar las normas de la Decisión No. 608 internamente. La carta de Ecuador decía, en la parte relevante:

[C]onsiderando que es importante que Ecuador disfrute de los beneficios y comparta las obligaciones de las estipulaciones de la Decisión 608 para empresas dentro de la Sub-Región, permítame sugerirle que en la próxima reunión de la Comisión, avancemos y decidamos sobre el ‘Proyecto de Decisión, modificando las disposiciones transitorias de la Decisión 608’, que se adjunta.”¹⁷⁴

¹⁷⁰ Como se anotó arriba, NIFA radicó su demanda en septiembre de 2003, quejándose sobre eventos ocurridos el año anterior. Ver Prueba C-10, Querrela de NIFA fechada el 16 de diciembre de 2003; párrafos 13-20, arriba.

¹⁷¹ Prueba C-9, Informe de la Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales en Materia de Libre Competencia de la Comunidad Andina, 1° de agosto de 2003, en la página 2.

¹⁷² Prueba C-12, Decisión No. 608 de la Comunidad Andina, 28 de marzo de 2005, en el Artículo 5 (“Son objeto de la presente Decisión aquellas conductas practicadas en: (a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y, (b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros. ... Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.”)

¹⁷³ *Id.* en el Artículo 51.

¹⁷⁴ Prueba C-13, Carta del Dr. Oswaldo Molestina Zavala, Ministro de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y

El Borrador de la Decisión adjunto a la solicitud de Ecuador de 2005 propone, en la parte relevante, modificar la Decisión No. 608 de manera que Bolivia y Ecuador puedan aplicar esta decisión, cuando sea aplicable, para casos que están “fuera del alcance descrito en el Artículo 5” de la Decisión No. 608, es decir, casos que impactan la competencia solo internamente en Ecuador o Bolivia.¹⁷⁵

139. El 14 de julio de 2005, en respuesta a la solicitud de Ecuador, el Secretario General de la Comunidad Andina propuso una regulación específica para la modificación de la Decisión No. 608 para Ecuador. La propuesta anotaba explícitamente que a la promulgación de la Decisión No. 608, “*Bolivia y Ecuador no disponían de normas nacionales en materia de libre competencia*, de manera que de conformidad con las Disposiciones Transitorias de la Decisión 608, se concedía un tratamiento diferenciado con respecto a la promulgación y aplicación inmediata de la norma comunitaria.”¹⁷⁶ Esa propuesta dio lugar a la adopción de la Decisión No. 616, habilitando a Ecuador para aplicar internamente las normas de Decisión No. 608, *pero solamente tras haber creado una autoridad nacional de competencia*.¹⁷⁷

140. En marzo de 2009, en el Decreto Ejecutivo No. 1614, que estableció la autoridad nacional de competencia de Ecuador, el presidente ecuatoriano Rafael Correa declaró que “*Ecuador no tenía una regulación interna para la protección de la competencia económica en la fecha de promulgación de la Decisión 608*,” y todavía no había promulgado una ley antimonopolio interna a la fecha de Decreto Ejecutivo No. 1614.¹⁷⁸ Y no fue sino en el año 2011 que Ecuador adoptó una ley antimonopolio interna propia.¹⁷⁹

141. Es claro, entonces, que al momento de la venta de la planta de MSDIA, y de hecho tan solo hasta el más reciente período, Ecuador no tenía una ley antimonopolio y ninguna regla antimonopolio vigente dentro del país. La expedición por parte de las cortes ecuatorianas de esta enorme decisión judicial contra MSDIA basada en una supuesta violación de leyes antimonopolio en un momento en el que el país sencillamente no tenía tal ley claramente demostró su sesgo en este caso y constituyó una denegación independiente de justicia, buscando imponer normas legales mediante decreto judicial *ex post facto* que sencillamente no estaban vigentes al momento de la conducta de MSDIA.

d) La Adjudicación de Daños Otorgada a NIFA Demuestra la Irracionalidad y Manifiesta Parcialidad de la Decisión Judicial de las Cortes Ecuatorianas

142. Los masivos daños adjudicados por las cortes por supuesto lucro cesante no pueden dejar duda alguna sobre la impropiedad de los procedimientos. Tanto la corte de primera instancia como la corte de apelaciones confirmaron su sesgo y predisposición a fallar en contra de MSDIA

Competitividad de Ecuador, a Allan Wagner, Secretario General de la Comunidad Andina, 11 de mayo de 2005.

¹⁷⁵ *Id.*, y propuesta adjunta de la “Modificación de las Disposiciones Transitorias de la Decisión 608.”

¹⁷⁶ Prueba C-14, Propuesta del Secretario General de la Comunidad Andina sobre la Promulgación de la Decisión 608 para la República de Ecuador, 14 de julio de 2005 (énfasis agregado).

¹⁷⁷ Prueba C-15, Decisión No. 616 de la Comunidad Andina, 15 de julio de 2005, en el Artículo 2.

¹⁷⁸ Prueba C-19, Decreto Ejecutivo No. 1614 de la República de Ecuador, 14 de marzo de 2009, en la página 1 (énfasis agregado).

¹⁷⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Registro Oficial, Suplemento No. 555, 13 de octubre de 2011.

al otorgar \$200 millones de dólares y \$150 millones de dólares, respectivamente, por lucro cesante. Ninguna corte racional, competente y no sesgada podría haber adjudicado daños remotamente cercanos a dichos montos.

143. Como MSDIA les demostró a las cortes ecuatorianas, las utilidades anuales de NIFA en 2002 a duras penas superaron los *dos mil* dólares – fueron tan solo \$2,165 dólares.¹⁸⁰ La adquisición de una pequeña fábrica por \$1.5 millones de dólares no habría tenido la posibilidad de permitirle a NIFA ganar instantáneamente esa cantidad *100,000 veces* (la corte de primera instancia), o *70,000 veces* (la corte de apelaciones).

144. Las pruebas ante las cortes ecuatorianas demostraron que no había nada único sobre la planta de MSDIA que le hubiese permitido a un comprador concretar utilidades de esa escala. De hecho, como se indica arriba, existían muchas otras instalaciones disponibles que eran adecuadas para fabricar productos farmacéuticos. En efecto, si —como lo alegó NIFA— hubiese habido en efecto algo único acerca de la planta de MSDIA que la convertía en clave para concretar \$150 millones de dólares de utilidades adicionales, ninguna compañía racional habría considerado siquiera venderla, y mucho menos a un precio tan insignificante, y seguramente hubiesen habido muchos oferentes por ella. El hecho de que el precio ofrecido por NIFA y acordado por MSDIA por la planta y los equipos fue de tan solo \$1.5 millones de dólares revela adicionalmente la inverosimilitud de las adjudicaciones de daños de las cortes.¹⁸¹

145. De hecho, las pruebas presentadas a las cortes ecuatorianas mostraron que el mercado total de productos farmacéuticos genéricos de Ecuador tuvo ventas (por no hablar de utilidades) de tan solo \$20.4 millones de dólares en 2002.¹⁸² Las *utilidades*, por supuesto, fueron un pequeño porcentaje de esa cifra de ventas brutas. Ninguna corte racional, competente y no sesgada podría suponer que una compañía como NIFA, que tenía tan solo una pequeña participación de ese pequeño mercado, podría con la compra de estas pequeñas instalaciones ganar de alguna manera *utilidades adicionales diez veces mayores que las ventas anuales brutas de todo su mercado*.

146. El respaldo probatorio de la propia NIFA por su reclamación de daños ante la corte de primera instancia era un “plan de negocios” (inverosímilmente) argumentando que la fábrica valía \$12.9 millones de dólares en utilidades para NIFA durante diez años.¹⁸³ En vista de esas pruebas, en sí mismas nada más que una expresión de deseos, ninguna corte racional, competente y no sesgada, considerando ese sustento probatorio, podría haber adjudicado \$200 millones de dólares en daños, al menos *\$187 millones de dólares* más que las propias pruebas inverosímilmente optimistas de NIFA podrían sustentar, ni la corte de apelaciones podría haber racionalmente adjudicado \$137 millones de dólares más de los que la propia NIFA había

¹⁸⁰ Prueba C-20, Informe de Rolf Stern, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 4 de junio de 2009, en la página 26 (traducción al inglés en la página 28).

¹⁸¹ Prueba C-5, Resumen de la Reunión entre MSDIA y NIFA, 20 de noviembre de 2002; Prueba C-6, Correo electrónico del Gerente General de NIFA, Miguel García, a Ed Jáen (consultor de MSDIA), y subsiguientes, 25 de noviembre de 2002.

¹⁸² Prueba C-20, Informe de Rolf Stern, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 4 de junio de 2009, en la página 15 (traducción al inglés en la página 16).

¹⁸³ Prueba C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 4 de junio de 2009, en las páginas 3-4 (resumiendo los supuestos irreales del plan de negocios de NIFA).

esperado.

147. Aparte de esto y del incoherente “informe experto” del Sr. Cabrera, el único sustento probatorio de NIFA para su reclamación de daños ante la corte de apelaciones fue un supuesto “informe de IMS” que concluyó que NIFA tenía \$28 millones de dólares en ventas perdidas.¹⁸⁴ Esa reclamación en sí misma era exageradamente alta. Pero incluso asumiendo que esa cifra fuese exacta, al margen de utilidad histórico de NIFA, *estas ventas adicionales habrían dado lugar a menos de \$1 millón de dólares en lucro cesante.*¹⁸⁵ Ninguna corte racional, competente y no sesgada, considerando ese único sustento probatorio, podría haberle otorgado a NIFA \$150 millones de dólares en daños, al menos *\$149 millones de dólares* más que lo que podría sustentar el acervo probatorio presentado por la propia NIFA.

e) Los Jueces Ecuatorianos Permitieron un Abuso del Proceso Penal en Contra del Abogado No Ecuatoriano de MSDIA

148. Los jueces ecuatorianos facilitaron y permitieron un abuso del proceso penal en contra del abogado no ecuatoriano de MSDIA al iniciar una investigación penal a dos de los abogados de MSDIA basados en los Estados Unidos cuando MSDIA eligió ejercer sus derechos bajo el TBI radicando una Notificación de Disputa en junio de 2009. Las investigaciones penales resultantes tuvieron un efecto intimidatorio sobre la capacidad de MSDIA para defenderse contra la demanda de NIFA, y un efecto intimidatorio sobre el ejercicio por parte de MSDIA de sus derechos bajo el tratado, hasta tan solo unos pocos días antes de que terminara el proceso de la corte de apelaciones en septiembre de 2011.

149. Este tipo de tácticas abusivas no es poco frecuente en Ecuador. Los informes de país del Departamento de Estado de los Estados Unidos sobre Ecuador advierten que los procesos penales contra funcionarios de compañías extranjeras han sido usados comúnmente allí como una herramienta coactiva en conexión con litigios comerciales.¹⁸⁶

150. Las investigaciones penales se desarrollaron de la siguiente manera. En junio de 2009, MSDIA envió una carta por intermedio de su abogado estadounidense de Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP (“WilmerHale”) al Procurador General del Estado de Ecuador, Dr. Diego García Carrión, notificando a Ecuador sobre una disputa de inversión de conformidad con el TBI Ecuador – Estados Unidos. El Procurador General se puso en contacto con la corte de apelaciones para solicitar los expedientes del caso. En enero de 2010, el propietario y gerente general de NIFA, el Sr. Miguel García Costa, interpuso una querrela penal ante la Fiscalía Provincial de Pichincha en contra de los abogados de MSDIA basados en los Estados Unidos bajo cuya firma fue transmitida la carta de notificación, dos socios en WilmerHale. Los alegatos

¹⁸⁴ Prueba C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 15 de julio de 2011, en la página 17 (traducción al inglés en las páginas 15-16) (anotando los \$28,026,862 de dólares que identificó el “Informe de IMS”, sin explicación, como “ventas perdidas”).

¹⁸⁵ Prueba C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, presentado a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 4 de junio de 2009, en la página 22 (traducción al inglés en la página 19), (calculando el margen de utilidad anual de NIFA con base en las declaraciones de impuestos de NIFA introducidas en los registros de corte ecuatoriana). Aplicando el margen de utilidad promedio de NIFA entre 2003 y 2006 del 3.2%, unas *ventas* perdidas de \$28 millones de dólares se traducen en un lucro cesante de poco menos de \$900,000.

¹⁸⁶ Prueba C-33, Departamento de Estado de los EE.UU., Declaración de Clima de Inversión 2011 — Ecuador, en la página 5, <http://www.state.gov/e/eb/r1s/othr/ics/2011/157270.htm>.

eran difíciles de comprender, pero en esencia el Sr. García alegaba que al enviar una notificación manifestando que la denegación de justicia en curso ante las cortes de Ecuador constituía una violación de los derechos de MSDIA bajo el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, los abogados de Merck de alguna manera buscaban engañar a la corte.¹⁸⁷

151. En respuesta, la Fiscalía abrió dos investigaciones penales sobre los alegatos, ambos basados en la premisa de la actuación de los abogados de MSDIA al hacer una notificación bajo el TBI. Ambas investigaciones penales eventualmente fueron sobreesídas, pero la segunda no fue sobreesída sino el 15 de septiembre de 2011.¹⁸⁸ Ocho días después la corte de apelaciones expidió su decisión judicial por \$150 millones de dólares en la apelación de *NIFA v. MSDIA*.

152. Las circunstancias de la investigación penal adicionalmente indican sesgos en el sistema de las cortes de Ecuador. En marzo de 2011, el fiscal a cargo de la investigación de los alegatos del Sr. García recomendó a las cortes ecuatorianas que se sobreesiera el asunto por falta de pruebas.¹⁸⁹ Pero en junio de 2011, con la apelación de NIFA aún pendiente, la recomendación del fiscal fue rechazada por la Juez Elsa Sánchez de Melo del Juzgado Penal de Pichincha, quien remitió la investigación a un fiscal de mayor jerarquía, prolongando así su impacto intimidatorio sobre el ejercicio por parte de MSDIA de sus derechos en Ecuador y bajo el tratado.¹⁹⁰ Como sustento de su decisión, la Juez Sánchez citó únicamente un escrito radicado por el Sr. García, el cual no aportaba prueba alguna respaldando sus alegatos (y por lo tanto no abordaba el defecto identificado por el fiscal)¹⁹¹ pero en cambio recurría a una retórica hostil, vilipendiando la recomendación de sobreesimiento del fiscal como parte de un “intento recurrente por parte de las transnacionales para burlarse siempre no solo de nuestra soberanía sino también de aquellos quienes, como Su Autoridad, son los administradores de justicia.” El Sr. García solicitó que la juez “nega[se] tan absurdo plan de aquellos que intentan engañar a los administradores de justicia, ... rechazar la solicitud de sobreesimiento de la Fiscalía [y] evitar [] dentro de este contexto, ser una vez más... los hazmerreír de las compañías transnacionales como [MSDIA].”¹⁹²

¹⁸⁷ Prueba C-27, Querrela Penal iniciada por Miguel García y papeles acompañantes, como fueron transmitidos por medio del Departamento de Justicia de los EE.UU., el 6 de julio de 2010 (los nombres de los abogados estadounidenses de MSDIA están tachados en las pruebas concernientes a la investigación penal). El Artículo 296 del Código Penal de Ecuador, la disposición citada por el Sr. García en su querrela, establece sanciones penales para todo aquel que, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo... con la intención de inducir a engaño al juez, cambie artificialmente el estado de las cosas, lugares o personas...”. Querrela Penal en la página 12.

¹⁸⁸ Prueba C-31, Desistimiento Provisional de investigación penal (Caso No. 10-01-08101), Jaime Lojan Ordóñez, Fiscal de Pichincha, 12 de enero de 2011; Prueba C-50, Orden de la Juez Elsa Sánchez de Melo, Decimoctavo Juzgado Penal de Pichincha, sobreesiendo la investigación penal (Caso no. 284-2011), 15 de septiembre de 2011.

¹⁸⁹ Prueba C-34, Recomendación de sobreeser investigación penal (Caso No. 10-01-08101), Cesar Almeida Subía, Fiscal de Pichincha, 10 de marzo de 2011.

¹⁹⁰ Prueba C-43, Orden de la Juez Elsa Sánchez de Melo, Decimoctavo Juzgado Penal de Pichincha (Caso no. 284-2011), 24 de junio de 2011.

¹⁹¹ En efecto, tras radicar su querrela inicial, el Sr. García no presentó prueba alguna sustentando sus alegatos.

¹⁹² Prueba C-41, Escrito de Miguel García en Respuesta a la Recomendación de Sobreesimiento del Fiscal, presentada al Juzgado Penal el 13 de mayo de 2011. El 14 de septiembre de 2011, tras una revisión independiente del expediente del caso, el Fiscal Provincial transmitió una opinión a la Juez Sánchez de Melo ratificando la anterior recomendación del fiscal inicial de sobreeser la investigación penal. Como sustento de su decisión, el Fiscal explicó que “durante el año que ha transcurrido... las investigaciones adelantadas no han recolectado pruebas suficientes que permitirían deducir una acusación.” Prueba C-49, Recomendación de sobreesimiento de investigación penal (Caso no. 284-2011), Marco Freire López, Procurador Distrital de Pichincha, 14 de septiembre de 2011. El día siguiente, la Juez Sánchez de Melo finalmente expidió un decreto sobreesiendo la querrela del Sr. García, como le era requerido hacer procedimentalmente. Prueba C-50, Orden de la Juez Elsa Sánchez de Melo, Decimoctavo

Con base en nada más que esta inyectiva, la juez restableció la investigación, permitiendo que esta persistiera justo hasta la semana anterior a que la corte de apelaciones expidió su propia decisión indefendible.

f) Los Procedimientos Iniciales en la Corte Nacional de Justicia Fueron Procedimentalmente Irregulares y Reflejaron un Sesgo Manifiesto

153. En julio de 2011, el Consejo de la Judicatura Transitorio fue establecido conforme a un referendo popular aprobado en mayo de 2011 con el apoyo del Presidente Correa. El Consejo de la Judicatura Transitorio asumió todos los deberes del anterior Consejo de la Judicatura, incluyendo la facultad de reemplazar todos los jueces en ejercicio en Ecuador.¹⁹³ Poco después de su establecimiento, y pocos días después de que el Presidente Correa declaró una emergencia judicial en Ecuador,¹⁹⁴ el Consejo de la Judicatura Transitorio anunció un proceso mediante el cual pretendía seleccionar nuevos jueces para todos los juzgados del país, y para el 20 de agosto de 2011 había establecido que unos nuevos miembros de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador estarían en ejercicio para fines de enero de 2012.¹⁹⁵ Esos anuncios dejaron en claro que los jueces actuales de esa corte podían ser retirados y reemplazados por jueces cuyas identidades no se conocían en ese momento. En vísperas inmediatas de esos anuncios las cortes de Ecuador adelantaron diversas acciones precipitadas que parecían diseñadas para dar lugar a una decisión definitiva de la Corte Nacional de Justicia en este caso antes del remplazo de los jueces.

154. Como se indicó arriba, el 23 de septiembre de 2011 la corte de apelaciones repentinamente expidió un decreto manteniendo la decisión de la corte de primera instancia en contra de MSDIA y adjudicando daños por \$150 millones de dólares a NIFA. Esta decisión fue expedida a pesar del hecho de que existían varias peticiones pendientes ante la corte para aclarar fallos previos, los cuales debían ser fallados por separado de la decisión final sobre méritos y, si este proceso normal se hubiese seguido, se habría demorado un fallo definitivo sobre los méritos por un período de tiempo considerable. El fallo repentino sobre los méritos en esa postura le impidió a MSDIA presentar un escrito final y solicitar argumentos orales sobre la apelación.

155. Tras la expedición de esa decisión, MSDIA interpuso un recurso de casación buscando la revisión de la decisión de la corte de apelaciones por parte de la Corte Nacional de Justicia. El 24 de octubre de 2011, la corte de apelaciones fijó una fianza, que MSDIA pagó.¹⁹⁶

156. El 25 de octubre de 2011, la corte de apelaciones remitió el caso a la Corte Nacional de Justicia.¹⁹⁷ El 11 de noviembre de 2011, la Corte Nacional de Justicia expidió un decreto

Juzgado Penal de Pichincha sobreseyendo investigación penal (Caso no. 284-2011), 15 de septiembre de 2011.

¹⁹³ Prueba C-48, Decreto Ejecutivo No. 872 de la República de Ecuador, 6 de septiembre de 2011.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ Prueba C-47, *Proceso Para Elegir a Los 21 Jueces Nacionales Desde Próxima Semana*, El Universo, 20 de agosto de 2011, <http://www.eluniverso.com/2011/08/20/1/1355/proceso-elegir-21-jueces-nacionales-desde-proxima-semana.html> (“Tal como estaba previsto, el Consejo de la Judicatura Transitorio (CJT) convocará al concurso público para reestructurar la Corte Nacional de Justicia (CNJ) en el transcurso de la próxima semana. ... Según el organismo, la nueva Corte empezará a funcionar en enero del 2012.”).

¹⁹⁶ Prueba C-51, Orden de la Corte de Apelaciones fechada el 24 de octubre de 2011; Prueba C-52, MSDIA Petición presentada a la Corte de Apelaciones, *NIFA v. MSDIA*, 25 de octubre 2011.

¹⁹⁷ Prueba C-53, Orden de la Corte de Apelaciones fechada el 25 de octubre de 2011.

admitiendo formalmente el recurso de casación de MSDIA.¹⁹⁸ Los tiempos de estos dos pasos fueron inusuales y sugirieron aún más un interés judicial indebido en expeditar el caso. En el curso normal de los litigios, típicamente transcurrirían varias semanas antes de que la corte de apelaciones remitiera el caso a la Corte Nacional de Justicia y varios meses o más antes de que la Corte Nacional de Justicia admitiera un recurso de casación. En este caso, sin embargo, ambas cortes expeditaron su procesamiento del caso de manera significativa. De hecho, la Corte Nacional de Justicia aceptó el recurso de casación de MSDIA mientras docenas de otros recursos, radicados anteriormente, seguían esperando la decisión de la Corte referente a su aceptación. MSDIA no tiene conocimiento de ningún otro caso ante la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia que haya sido remitido o aceptado en un período de tiempo tan corto.

157. El 29 de noviembre de 2011, la Corte Nacional de Justicia fijó una fecha de audiencia oral para el lunes 12 de diciembre de 2011.¹⁹⁹ La programación de esta audiencia también fue altamente inusual. Como práctica invariable, la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, como estaba constituida en ese momento, celebraba audiencias orales solamente los martes y los jueves; hasta donde lo sabe MSDIA, esta fue la primera audiencia oral que la Corte fijó para un lunes. Más aún, al momento en el que la Corte estableció esta fecha de audiencia fuera de lo normal, a otros casos —que fueron admitidos en la Corte Nacional de Justicia con anterioridad al caso de MSDIA pero no fueron inusualmente expeditados— les estaban siendo fijadas fechas de audiencia para marzo o abril de 2012 porque el calendario de martes y jueves de la Corte estaba copado hasta entonces. La Corte no dio ninguna explicación sobre por qué eligió tratar este caso de manera diferente o por qué anticipó este caso por delante de docenas de otros casos que seguían esperando la acción de la Corte. Ningún otro caso fue programado para una audiencia un lunes, miércoles o viernes antes de que los jueces de la Sala de lo Civil fueron remplazados el 25 de enero de 2012.

158. Bajo los procedimientos ecuatorianos, una parte puede radicar una solicitud de aplazamiento de la fecha de una audiencia oral ante la Corte Nacional de Justicia.²⁰⁰ El 7 de diciembre de 2011, MSDIA radicó una solicitud de aplazamiento de la audiencia para una fecha posterior, citando la complejidad del caso y la necesidad de contar con un tiempo adecuado para prepararse para la audiencia.²⁰¹

159. El día siguiente, el 7 de diciembre de 2011, la Corte Nacional de Justicia fijó una nueva fecha de la audiencia para el *lunes 26 de diciembre de 2011*.²⁰² La programación de esta audiencia también fue altamente inusual. No solo se programó esta audiencia para un lunes, que es singular, sino que también fue programada para el día después de Navidad. La audiencia de este caso fue la única audiencia oral celebrada el 26 de diciembre, y de hecho fue la única audiencia celebrada durante toda la semana del 26 de diciembre. La fecha de la audiencia imposibilitó la asistencia a la audiencia de los representantes corporativos de MSDIA en los Estados Unidos —de hecho, solo dos de los tres jueces que presidían el caso en ese momento asistieron a la audiencia. Los abogados ecuatorianos de MSDIA sí asistieron a la audiencia y

¹⁹⁸ Prueba C-54, Orden de la Corte Nacional de Justicia fechada el 11 de noviembre de 2011.

¹⁹⁹ Prueba C-55, Orden de la Corte Nacional de Justicia fechada el 29 de noviembre de 2011.

²⁰⁰ Prueba CLM-23, Ley de Casación de Ecuador, Artículo 14.

²⁰¹ Prueba C-56, Petición de MSDIA presentada a la Corte Nacional de Justicia, *NIFA v. MSDIA*, 7 de diciembre de 2011.

²⁰² Prueba C-57, Orden de la Corte Nacional de Justicia fechada el 8 de diciembre 2011.

presentaron argumentos orales. Tras la audiencia, los abogados ecuatorianos de MSDIA radicaron escritos post-audiencia. Después de esa audiencia, una decisión definitiva podría ser expedida en cualquier momento.

160. A pesar de la extraordinaria aceleración de los procedimientos en la Corte Nacional de Justicia hasta ese punto y la audiencia del día después de Navidad, por motivos que MSDIA desconoce, ninguna opinión fue expedida últimamente por los jueces que conocieron los argumentos.

161. Como se había anunciado previamente, el 25 de enero de 2012, todos los miembros de la Corte Nacional de Justicia, incluyendo los tres jueces de la Sala de lo Civil que presidían el caso de *NIFA v. MSDIA*, fueron retirados y remplazados conforme a un proceso establecido por el Consejo de la Judicatura Transitorio. El 30 de enero, los seis jueces de la nueva Sala de lo Civil fueron seleccionados de entre la corte en pleno.²⁰³ En o alrededor del 26 de marzo de 2012, tres de los seis jueces asignados a la Sala de lo Civil fueron seleccionados por sorteo para presidir el caso *NIFA v. MSDIA*.

162. El 27 de marzo de 2012, MSDIA radicó una petición solicitando una segunda audiencia ante los jueces recién nombrados. El 30 de mayo de 2012, la Corte Nacional de Justicia denegó esa solicitud.²⁰⁴ Por lo tanto, parece que el caso está listo para decisión en cualquier momento.

g) Las Actuaciones de Ecuador Violaron Múltiples Disposiciones del TBI Ecuador – Estados Unidos

163. Por todos los motivos indicados arriba, y más, las actuaciones de Ecuador violaron sus obligaciones bajo el TBI Ecuador – Estados Unidos, incluyendo sus obligaciones de:

a. Permitir y tratar las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable (Artículo II (1));

b. Conceder a las inversiones un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, y un trato no menos favorable que el que exige el derecho internacional (Artículo II (3) (a));

c. No menoscabar mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones (Artículo II (3) (b)); y

d. Establecer medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones (Artículo II (7)).

164. MSDIA no ha sido tratada de manera justa y equitativa por las cortes ecuatorianas; a su inversión no le han sido concedidas plena protección y seguridad; su inversión ha sido

²⁰³ Prueba C-62, Orden de la Corte Nacional de Justicia fechada el 30 de mayo de 2012.

²⁰⁴ *Id.*

menoscabada mediante medidas arbitrarias y discriminatorias; y su trato en las cortes ecuatorianas ha estado muy por debajo de los estándares requeridos por el derecho internacional. Además, Ecuador no le ha suministrado a MSDIA medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y hacer exigibles sus derechos por medio de las cortes ecuatorianas. En cambio, MSDIA fue sometida a un proceso judicial injusto y unilateral que perjudicó sus derechos y le impidió que sus defensas fuesen presentadas plenamente y evaluadas de conformidad con el imperio de la ley.

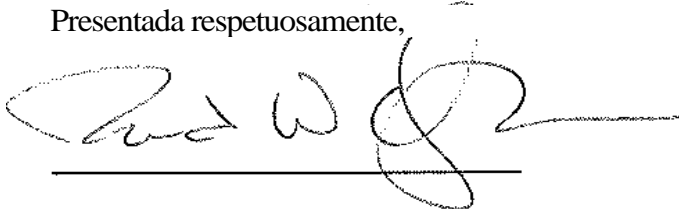
165. Los procedimientos ecuatorianos constituyeron una denegación de justicia, que viola las obligaciones de Ecuador bajo el TBI Ecuador – Estados Unidos. Dicho sencillamente, ningún sistema de justicia justo y competente podría conducir a los resultados alcanzados aquí por las cortes ecuatorianas. Por cualquier medio razonable, MSDIA ha establecido un caso *prima facie* sobre los méritos.

IV. AMPARO SOLICITADO

166. Por todos los anteriores motivos, MSDIA respetuosamente solicita que el Tribunal otorgue las siguientes medidas cautelares de protección mientras esté pendiente el desenlace de este arbitraje:

- a. Ordenar a Ecuador a adoptar cualquier y toda medida disponible para evitar la ejecución de cualquier decisión judicial en el litigio de NIFA contra MSDIA;
- b. Ordenar a Ecuador a inhibirse de cualquier acción, incluyendo por parte de sus cortes y el ejecutivo, para ejecutar cualquier decisión judicial en el litigio de NIFA contra MSDIA o sus activos;
- c. Ordenar a Ecuador a enviar una declaración escrita a cualquier corte en la que NIFA intente ejecutar cualquier decisión judicial en el litigio de NIFA, manifestando que la decisión judicial no es ejecutable mientras esté pendiente el desenlace de este Arbitraje; y
- d. Ordenar a Ecuador a inhibirse de adoptar cualquier acción que pudiese agravar o exacerbar la disputa, amenazar la integridad de estos procedimientos arbitrales, o frustrar la efectividad de cualquier laudo de este Tribunal.

Presentada respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gary B. Born', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

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
Wilmer Cutler Pickering Hale and Don LLP
1875 Pennsylvania Avenue, NW
Washington, DC 20006
Estados Unidos

Tel: +1 202 663 6000
Fax: +1 202 663 6363

Fechada: 12 de junio de 2012