

**EN EL ASUNTO DE UN ARBITRAJE AL AMPARO DEL TRATADO ENTRE LOS  
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR  
CONCERNIENTE AL ESTÍMULO Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE  
INVERSIONES Y EN CONFORMIDAD CON LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE LA  
CNUDMI  
ENTRE**

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

*Demandante,*

- y -

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Demandada.*

Caso PCA No. 2012-10

**DÚPLICA DE LA DEMANDADA LA REPÚBLICA DEL ECUADOR EN OPOSICIÓN A LA SOLICITUD  
DE MEDIDAS PROVISIONALES PRESENTADA POR LA DEMANDANTE**

Abogados de la República del Ecuador  
Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado  
Dra. Christel Gaibor, Directora de Asuntos Internacionales  
de la Procuraduría General del Estado  
Ab. Diana Terán  
Ab. Juan Francisco Martínez  
Procuraduría General del Estado  
Email: [dgarcia@pge.gob.ec](mailto:dgarcia@pge.gob.ec)  
[cgaybor@pge.gob.ec](mailto:cgaybor@pge.gob.ec)  
[dteran@pge.gob.ec](mailto:dteran@pge.gob.ec)  
[jfmartinez@pge.gob.ec](mailto:jfmartinez@pge.gob.ec)

Mark Clodfelter  
Janis H. Brennan  
Alberto Wray  
Thomas Bevilacqua  
Diana Tsutieva  
Dr. Constantinos Salonidis  
Moin Ghani  
Foley Hoag LLP  
Email: [mclodfelter@foleyhoag.com](mailto:mclodfelter@foleyhoag.com)  
[jhbrennan@foleyhoag.com](mailto:jhbrennan@foleyhoag.com)  
[awray@foleyhoag.com](mailto:awray@foleyhoag.com)  
[tbevilacqua@foleyhoag.com](mailto:tbevilacqua@foleyhoag.com)  
[dtsutieva@foleyhoag.com](mailto:dtsutieva@foleyhoag.com)  
[csalonidis@foleyhoag.com](mailto:csalonidis@foleyhoag.com)  
[mghani@foleyhoag.com](mailto:mghani@foleyhoag.com)

Agosto 17, 2012

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

Página

I.	INTRODUCCIÓN .....	1
II.	<b>LA SOLICITUD DE LA DEMANDANTE DE MEDIDAS PROVISIONALES DEBE RECHAZARSE PORQUE EL RECLAMO NO SE BASA EN NINGUNA ACCIÓN FINAL DEL SISTEMA JUDICIAL DE ECUADOR COMO UN TODO Y, POR LO TANTO, NO EXISTE NINGÚN DERECHO QUE DEBA PROTEGERSE Y NINGÚN ARGUMENTO PRIMA FACIE SOBRE EL FONDO.</b> .....	8
A.	El agotamiento de los recursos locales disponibles y efectivos es obligatorio para todos los reclamos basados en el Tratado presentados por la Demandante. ....	9
B.	La Demandante no ha logrado demostrar la futilidad. ....	16
1.	Los argumentos de la Demandante acerca del estado general del sistema judicial de Ecuador son manifiestamente infundados. ....	17
2.	Las reclamaciones de la Demandante de irregularidades procesales en las cortes inferiores no establece la futilidad de su recurso a la Corte Nacional de Justicia. ....	28
3.	Lejos de constituir indicios de corrupción entre los demandantes y jueces relacionados con el litigio NIFA, las alegaciones de MSDIA pintan el cuadro de un sistema receptivo que está en marcada contradicción con su alegación de un sistema “fundamentalmente defectuoso”. ....	31
4.	No puede haber ninguna alegación seria de que los procesos ante la Corte Nacional de Justicia estén manchados o que no permitan una posibilidad de éxito razonable para MSDIA. ....	35
5.	La invocación de la Demandante a la jurisprudencia es inútil. ....	37
6.	Conclusión .....	39
C.	Debido a que la Demandante no ha agotado todos los recursos disponibles y efectivos, la Demandante no tiene ningún derecho elegible para protección a través de medidas provisionales. ....	40
D.	Por las mismas razones, la Demandante no ha logrado establecer una probabilidad de éxito sobre el fondo de su caso sobre responsabilidad y jurisdicción. ....	44
1.	La Demandante no ha establecido un caso <i>prima facie</i> de responsabilidad de Ecuador de acuerdo al Tratado. ....	44
2.	Debido a que los reclamos de la Demandante no se basan en acciones finales del sistema judicial de Ecuador como un todo, la Demandante no puede establecer la jurisdicción del Tribunal ni siquiera en forma <i>prima facie</i> . ....	50
a.	La Demandante no ha establecido una “diferencia relativa a inversiones” porque no logra satisfacer el elemento de finalidad judicial de la denegación de justicia sin el cual sus reclamos no están listos para arbitraje. ....	50
b.	En ausencia de una “diferencia relativa a inversiones” lista para arbitraje, la Demandante no puede haber cumplido los prerrequisitos jurisdiccionales del Artículo VI. ....	51

<b>III. LA DEMANDANTE NO HA LOGRADO ESTABLECER LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL PRIMA FACIE SOBRE SU SOLICITUD. ....</b>	<b>55</b>
A. La Demandante no ha logrado establecer la existencia de una inversión protegida.....	55
1. La inversión de la Demandante en la planta de manufactura en el Valle de Los Chillos.....	55
B. El “negocio próspero” de MSDIA no constituye una inversión protegida en los términos del Tratado. ....	58
1. El concepto de “inversión” en el TBI tiene un significado objetivo bien establecido en el derecho internacional. ....	58
2. Las actividades de comercialización y distribución de la Demandante no constituyen una “inversión” dentro del significado objetivo. ....	62
a. La Demandante no ha realizado ninguna contribución.....	62
b. MSDIA no ha logrado demostrar un elemento de riesgo. ....	65
c. MSDIA no ha logrado demostrar el requisito de duración indispensable.....	66
d. MSDIA tampoco puede demostrar una contribución significativa al desarrollo de Ecuador. ....	67
C. El inicio de la Demandante de este arbitraje contraviene el Artículo VI del Tratado.....	70
<b>IV. LA DEMANDANTE NO HA LOGRADO DEMOSTRAR UNA NECESIDAD URGENTE DE IMPEDIR DAÑO IRREPARABLE.....</b>	<b>75</b>
A. La Demandante no ha logrado demostrar que su negocio en Ecuador sufriría daño irreparable. ....	76
1. Si bien la Réplica de la Demandante afirma que es probable que la decisión de la Corte Nacional de Justicia le sea adversa, su prueba no apoya el aserto y en realidad la contradice categóricamente. ....	76
2. La aseveración de la Demandante de que ésta amerita medidas provisionales porque su pago de una decisión adversa de la Corte Nacional de Justicia sería “irracional” carece de sentido y no hace nada para cumplir su responsabilidad de demostrar daño irreparable. ....	84
3. El argumento de la Demandante de que el derecho internacional le otorgue una opción de no pagar ninguna sentencia que ésta considerare injusta en ausencia de daño irreparable a la Demandante es infundado. ....	89
4. La Demandante no ha logrado demostrar por qué la compensación monetaria no compensaría la totalidad del perjuicio que ésta alega sufriría. ....	92
B. La Demandante no ha logrado demostrar que las medidas provisionales se necesiten con urgencia. ....	100
1. La Demandante no ha logrado aplicar la prueba correcta de la urgencia, la cual exige que la acción que supuestamente perjudica los derechos de la Demandante sea inminente desde la perspectiva presente. ....	101
a. El estándar legal para la urgencia es una demostración de un potencial inminente de la acción que supuestamente perjudica los derechos de la Demandante. ....	101
b. La Demandante ha admitido que la aplicación del estándar de urgencia requiere una demostración de una acción perjudicial inminente para la Demandante. ....	110

2.	La Demandante no ha logrado refutar la demostración de Ecuador de que el dictamen de la decisión de la Corte Nacional no es inminente. ....	111
3.	Incluso si la emisión de una decisión de la Corte Nacional pudiera ocurrir dentro de seis meses, la Demandante no ha logrado establecer que la ejecución de una decisión futura adversa para MSDIA, si existiere alguna, será rápida como materia de procedimiento civil ecuatoriano. ....	115
<b>V.</b>	<b>EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LA DEMANDANTE IMPONDRÍAN UNA CARGA DESPROPORCIONADA A ECUADOR.....</b>	<b>119</b>
A.	El cumplimiento de Ecuador de las medidas provisionales solicitadas contravendría su propia constitución y sus obligaciones internacionales. ....	119
B.	El cumplimiento de las medidas provisionales solicitadas podría exponer a Ecuador a Responsabilidad del Estado. ....	127
C.	Los esfuerzos de la Demandante de minimizar la carga de Ecuador son inútiles. ....	128
<b>VI.</b>	<b>LAS MEDIDAS DE LA DEMANDANTE PARA LA “NO AGRAVACIÓN” FRACASAN EN AUSENCIA DE SU DERECHO A MEDIDAS PROVISIONALES SEGÚN EL ARTÍCULO 26 DE LAS REGLAS DE LA CNUDMI.....</b>	<b>130</b>
<b>VII.</b>	<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>132</b>

## I. INTRODUCCIÓN

1. A fin de prevalecer en su Solicitud de Medidas Provisionales, la Demandante debe cumplir *todas* las pruebas aplicables. De hecho, después de dos extensos alegatos, decenas de documentos probatorios y múltiples declaraciones testimoniales y periciales, no ha demostrado que cumpla *cada una* de esas pruebas. Como la Demandada demostró en su Oposición, la Demandante no puede realizar las demostraciones preliminares para las medidas provisionales (1) que ésta tenga un derecho existente a exigir protección, (2) que tenga una probabilidad de éxito en el fondo de sus reivindicaciones de jurisdicción y responsabilidad, (3) que, en realidad, confronte daño que sea irreparable y no compensable mediante indemnización por daños, o (4) que algún daño de esa clase sea de hecho inminente. La Demandada también demostró que las medidas provisionales solicitadas le imponen a ésta de una obligación desproporcionada al exigirle una acción incoherente con su Constitución y sus obligaciones internacionales con respecto a terceros y que la mera agravación de la diferencia por sí sola, incluso si pudiera demostrarse, ha sido inapropiada e insuficiente para ameritar dichas medidas.

2. La Réplica de la Demandante no logra rehabilitar su Solicitud en ninguno de estos aspectos. De hecho, tiene el efecto opuesto. Los documentos presentados con la Réplica demuestran más allá de todo reparo que el procesamiento continuo de la Demandante de una apelación en casación ante la Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana contradice todos y cada uno de los elementos de su argumento a favor de las medidas provisionales y, además, revela una duplicidad impresionante por parte de la Demandante que este Tribunal debe sancionar mediante un rechazo categórico de la Solicitud y un laudo a favor de que se pague a la Demandada por las costas de oponerse a ella.

3. La Demandante basó su Solicitud en la suposición de que la decisión en esa apelación, la cual ésta alegaba era inminente, y la ejecución subsiguiente de la sentencia de la corte inferior, le causarían daño inmediato e irreparable que requeriría reparación provisional antes de que este Tribunal decidiera el fondo de su invocación de jurisdicción o sus afirmaciones de responsabilidad legal. En su Oposición, la

Demandada señaló la deficiencia obvia en su aserto: a la luz del hecho de que existen por lo menos nueve posibles resultados de esa apelación, solo uno de los cuales sería adverso para la Demandante<sup>1</sup>. No existe manera alguna de conocer con antelación cuál sea la decisión y, por lo tanto, ninguna manera de determinar si es probable o no algún efecto adverso. Reconociendo las implicaciones fatales de esta deficiencia – que no existe ninguna posibilidad de daño en absoluto si la decisión de la Corte Nacional no ratificare la sentencia – en su Réplica la Demandante asevera por primera vez que:

- “existe sobrada razón para esperar [una] decisión de la Corte Nacional de Justicia [que] sea adversa para MSDIA”<sup>2</sup>;
- “es probable que exista una decisión adversa emanada de la Corte Nacional de Justicia, la cual llevaría a la ejecución de la sentencia contra los activos de MSDIA en Ecuador”<sup>3</sup>;
- es probable que La Corte Nacional de Justicia de Ecuador dicte una sentencia adversa para MSDIA”<sup>4</sup>;

La Demandante admite ahora que su argumento de daño irreparable depende de la probabilidad de que la Corte Nacional de Justicia de Ecuador emita una decisión que ratifique la sentencia de las cortes inferiores contra MSDIA”<sup>5</sup>.

4. Pero aquí está el problema. Los propios documentos de la Demandante prueban que, *en su propia opinión*, no existe ninguna probabilidad de que una decisión de la Corte Nacional adversa para la Demandante y *ninguna* amenaza de daño inminente, mucho menos de daño irreparable, para la Demandante. Estos documentos demuestran que toda la premisa de la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante es falsa y, por lo tanto, que la Solicitud es una farsa.

---

<sup>1</sup> Véase Oposición de Ecuador a la Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Demandante, ¶ 104(b) (“Oposición de Ecuador”).

<sup>2</sup> Réplica de la Demandante a la Oposición de la Demandada a su Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 3 (“Réplica de la Demandante”).

<sup>3</sup> *Id.*, ¶ 6.

<sup>4</sup> *Id.*, Título, sección V.B, p. 54.

<sup>5</sup> *Id.*, ¶ 105.

5. El 30 de abril del 2012, conforme exige la ley ecuatoriana<sup>6</sup>, la Demandante presentó ante la Superintendencia de Compañías Ecuatoriana sus estados financieros para su sucursal ecuatoriana correspondiente al 2011, auditada por Price Waterhouse Coopers. La Demandante presentó una copia de este documento con su Réplica que consta como Exhibit C-11, y una copia idéntica de su presentación del documento ante la Superintendencia de Compañías se adjunta a esta Dúplica como Exhibit REM-5. En ese estado financiero, insertado en las notas explicativas, la Demandante aborda precisamente el asunto que está en cuestión en este proceso, es decir, cuál es el riesgo que representa para MSDIA el proceso de NIFA y la sentencia dictada en ese caso. Cuando explica por qué no se hizo ninguna provisión en el estado financiero para las implicaciones financieras de la acción de NIFA y una segunda acción no relacionada contra la Demandante en las cortes ecuatorianas, ésta declaró:

Management believes that it is not necessary to establish provisions to cover risks of loss derived from these actions *inasmuch as a decision favorable to the branch is expected at the superior judicial levels*<sup>7</sup>. [NT: Transcripción de la cita No. 7, en el documento original en inglés, página 3]

6. En otras palabras, al contrario de las declaraciones y alegaciones hechas en su Solicitud y Réplica, la Demandante se dignó admitir al gobierno ecuatoriano, que era probable que una decisión *favorable*, no una decisión *adversa*, emanare de la Corte Nacional de Justicia y que, como resultado, no había ninguna necesidad, de la naturaleza que fuere, de establecer alguna reserva “para cubrir el riesgo de pérdida” que se derivare del litigio NIFA.

---

<sup>6</sup> Ley de Compañías, Codificación, Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999, Artículos 23, 318 y 319 (RLM-108) (“Ley de Compañías”). Véase también Resolución No. 2, Superintendencia de Compañías, Registro Oficial 400 de 10 de marzo de 2011, Artículo 5 (RLM-119) (“Resolución No. 2”). Esta ley se aplicó a los estados financieros de MSDIA presentados en el 2012. La ley ha sido anulada y reemplazada mediante la Resolución No. 3, la cual mantiene el requisito. Véase Resolución No. 3, Superintendencia de Compañías, Registro Oficial 676 de 4 de abril de 2012, Artículo 5 (RLM-120) (“Resolución No. 3”).

<sup>7</sup> Estados Financieros Auditados de MSDIA del 30 de abril del 2012 para el Año Fiscal que termina al 31 de diciembre del 2011, Nota 18 de Nota[s] Explicativas, p. 41 (Traducción al inglés; énfasis agregado) (en el original en español: “La Administración considera que no es necesario constituir provisiones para cubrir riesgos de pérdida derivados de estos juicios ya que espera una resolución favorable a la Sucursal en las instancias judiciales superiores.”) (C-111) (“Informe de los Auditores Independientes.”) [NT: Transcripción literal de la versión en español tomada de la nota a pie de página No. 7, página 3 en el documento original en inglés.]

7. Esta declaración se hizo *cinco meses después de que* la Demandante anunciara por primera vez su intención de solicitar medidas provisionales en su Notificación de Arbitraje<sup>8</sup> del 29 de noviembre del 2011 y *más de dos meses después* de que ésta enfatizara a la CPA la urgencia de constituir el tribunal de manera que aquella pudiera hacer su solicitud de medidas provisionales<sup>9</sup>. Se la hizo *apenas seis semanas antes de que* ésta presentara realmente su Solicitud. Y, es significativo que, se la hizo *después de* todos los sucesos en el proceso de apelación ante la Corte Nacional que ésta ahora critica<sup>10</sup>.

8. Esta declaración debe tomarse como una declaración exacta del verdadero punto de vista de la Demandante de los riesgos que ésta confronta. Las declaraciones hechas en los estados financieros auditados tienen consecuencias graves. Si la Demandante hubiera creído en realidad lo que ha alegado en su Solicitud y Réplica, habría tenido que revelar las implicaciones financieras de la supuesta probabilidad de pérdida en la declaración de la situación financiera de la sucursal<sup>11</sup>. Como se expresa en el Informe de los Auditores Independientes adjunto al estado financiero, “La Gerencia de Merck Sharp & Dohme (Inter American ) Corporation – Sucursal Ecuador, es responsable de la preparación y presentación razonable de estos estados financieros de acuerdo con los *International Financial Reporting Standards* (IFRS) [Estándares internacionales para la presentación de informes financieros], y el control interno necesario para permitir la preparación de los estados financieros que *no tienen ninguna distorsión esencial, debida a fraude o error.*”<sup>12</sup>. En el formulario cubierto

---

<sup>8</sup> Notificación de Arbitraje, ¶ 14 (29 de noviembre del 2011).

<sup>9</sup> Carta de la Demandante del 25 de febrero del 2012 a la CPA, p. 1 (“Con la máxima urgencia, como indica en la Solicitud de Arbitraje, MSDIA anticipa la presentación de una solicitud de medidas provisionales inmediatas a la constitución de un tribunal, o con posterioridad a ella lo antes posible. La demora en la selección de un árbitro presidente demoraría la posibilidad de que MSDIA solicitara y obtuviera reparación provisional. Es posible que estas demoras efectivamente impidieran que MSDIA obtuviese reparación provisional efectiva, negándole las protecciones garantizadas por el TBI aplicable entre los Estados Unidos y Ecuador y las Reglas de la CNUDMI y causándole daño irreparable.”) (REM-1).

<sup>10</sup> La Demandante declara que “entre el 31 de diciembre del 2011 y la fecha en que se emitieron estos estados financieros (25 de abril del 2012), no ocurrió ningún hecho que, en opinión de la Gerencia de la Sucursal, podría tener un efecto esencial en los estados financieros o requiera revelación”. Informe de los Auditores independientes, ¶ 19 (C-111).

<sup>11</sup> Segundo Informe Pericial de Timothy H. Hart (17 de agosto del 2012) (“Segundo Informe Pericial de Hart”), ¶¶ 7, 16.

<sup>12</sup> Informe de los Auditores Independientes, ¶ 2 (C-111).

mediante el cual se presentó el estado financiero ante el Superintendente de Compañías Ecuatoriano, los gerentes de la Demandante certificaron la veracidad de la información en el informe<sup>13</sup>. Y la ley no exige únicamente la presentación del informe, como se advirtió anteriormente, sino que la presentación de documentos incompletos o información falsa está sujeta a multas administrativas<sup>14</sup>, así como también a sanciones civiles y penales<sup>15</sup>. La certificación de la veracidad de la Demandante demuestra que ésta reveló esta información con pleno conocimiento de la ley aplicable<sup>16</sup>.

9. La Demandante hizo declaraciones similares en el estado financiero presentado para la sucursal en relación con años previos<sup>17</sup>. Cabe destacar que el dictamen del asesor jurídico de la Demandante de que el resultado del litigio NIFA era incierto fue lo que calificó esas declaraciones<sup>18</sup>. Desde luego, una calificación de esa clase es en sí misma incoherente con las alegaciones de la Demandante de que es probable que se reciba una decisión adversa de la Corte Nacional. Pero lo que es aún más significativo es el hecho de que los estados financieros presentados por la Demandante el 30 de abril del 2012 no expresan esa calificación de ninguna manera, de la naturaleza que fuere.

10. La declaración de la Demandante contradice elementos fundamentales de su pretensión de que tiene derecho a medidas provisionales. Si bien la Demandante alega

---

<sup>13</sup> “La gerencia de la compañía declara que ésta asume la responsabilidad de la verdad de la información presentada en este formulario en cumplimiento de los requisitos del Artículo 20 y 23 de la Ley de Compañías, de acuerdo con las regulaciones que establecen la información y los documentos que deben presentar ante la Superintendencia de Compañías las sociedades sujetas a su control y aplicación”[.] Presentación de los Estados Financieros de MSDIA el 30 de abril del 2012 ante la Superintendencia de Compañías, portada (REM-5).

<sup>14</sup> Ley de Compañías, Artículos 25, 325 (RLM-108).

<sup>15</sup> *Id.*, Artículo 126 y Código Penal, Codificación, Suplemento al Registro Oficial 147 del 22 de enero de 1971, Artículos 340, 363 (RLM-83).

<sup>16</sup> Presentación de Estados Financieros de MSDIA el 30 de abril del 2012 a la Superintendencia de Compañías, portada (REM-5).

<sup>17</sup> Véase, v.g., Exhibit C-82, Nota 10 (“Basada en el criterio de su asesor jurídico, la Gerencia considera que no es necesario establecer provisiones para cubrir los riesgos de pérdida derivados de estas acciones por cuanto se espera una resolución favorable para la sucursal en las corte de nivel superior. Sin embargo, al momento no es posible predecir el resultado final de esta acción y, por lo tanto, determinar sus efectos, si hubiere alguno, sobre la situación financiera y los resultados financieros de la Sucursal”). Véase también Exhibit C-92, Nota 10; Exhibit C-97, Nota 10; Exhibit C-102, Nota 11,

<sup>18</sup> *Id.*

aquí que se debería dispensarle de agotar los recursos locales debido a las deficiencias en el sistema judicial ecuatoriano y en los procedimientos de la Corte Nacional que de alguna manera revelan que su apelación es fútil, su declaración demuestra que ésta en realidad espera una victoria completa en la apelación. Aun cuando la Demandante alega aquí que ésta confronta daño irreparable, su declaración revela que es muy poco probable que haga frente a algún daño. Aunque la Demandante alega aquí que la amenaza es inminente, su declaración revela que es muy poco probable que ese daño llegue alguna vez. Aun cuando la Demandante alega aquí que la carga que ésta confronta sin las medidas provisionales es mayor que la carga que la Demandada soporte como resultado de la medida que aquella solicita, su declaración [de la Demandante] revela que ésta no soportará ninguna carga de la naturaleza que fuere<sup>19</sup>.

11. No puede permitirse que la Demandante diga una cosa a este Tribunal, y diga otra cosa, bajo sanción de la ley, a sus auditores y el gobierno ecuatoriano. Y el Tribunal no puede permitirse ser un instrumento en esta conducta deliberadamente engañosa. Por lo tanto, por esta sola razón, el Tribunal debería rechazar la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales.

12. Sin embargo, en la Dúplica, la Demandada va más allá para demostrar por qué, incluso si la apreciación verdadera de la Demandante de su riesgo no se hubiera revelado, ésta no ha logrado satisfacer las pruebas a favor de las medidas provisionales. En la Parte II, la Demandada demuestra que los supuestos derechos de la Demandante de acuerdo al Tratado no son elegibles para protección al amparo del Tratado y en ausencia del agotamiento de los recursos legales efectivos y disponibles en Ecuador. Por la misma razón, la Demandante no logra establecer una probabilidad de éxito sobre el fondo de su argumento sobre responsabilidad y jurisdicción. La Parte III establece que la Solicitud de la Demandante adolece de defectos jurisdiccionales adicionales: La Demandante no logra establecer la existencia de una inversión protegida; lo que es más, no ha consentido de manera válida en el Arbitraje de la

---

<sup>19</sup> Como se analiza más adelante, otras declaraciones en los estados financieros también revelan que, incluso si se llegare a ratificar la sentencia de NIFA, los recursos de los cuales ésta dispone son más que suficientes para evitar cualquier daño irreparable, en completa contradicción con la alegación de la Demandante sobre la imposibilidad de reparación. Véase Informe Pericial de Timothy H. Hart (24 de julio del 2012) (“Informe Pericial de Hart”), ¶¶ 22-23 (donde se cita el Apéndice E, MSDIA-000002, MSDIA-000004, MSDIA-000006, MSDIA-000008, MSDIA-000010).

CNUDMI. La Parte IV establece que incluso en el supuesto *arguendo* de la veracidad de sus argumentos falsos, los cuales están obviamente en desacuerdo con su propia creencia, la Demandante no ha logrado demostrar que ésta sufrirá daño irreparable en ausencia de medidas provisionales y que su Solicitud no cumple el requisito de urgencia. La Parte V demuestra que la Solicitud general y radical de la Demandante no es acorde en manera alguna con el requisito de proporcionalidad. Por último, en la Parte VI, la Demandada plantea que la apelación de la Demandante a la autoridad del Tribunal para que otorgue medidas provisionales a fin de impedir la agravación de la diferencia y proteger su posibilidad de otorgar reparación efectiva fracasa debido a que no ha logrado satisfacer los requisitos generalmente aceptados para la indicación de medidas provisionales.

13. Como se demuestra más adelante, las declaraciones de la Demandante en su estado financiero de que ésta tiene poco riesgo de una decisión adversa de la Corte Nacional de Justicia son pertinentes para cada punto sobre el cual la Demandante tiene la responsabilidad de probar en estos aspectos. En consecuencia, su Solicitud de Medidas Provisionales debe rechazarse en su totalidad. Ecuador sigue reservándose todos los argumentos de defensa para este arbitraje, incluidos los méritos y los argumentos de defensa sobre la jurisdicción. Ecuador tampoco renuncia a ninguno de sus argumentos de defensa mediante la presentación de esta Dúplica.

**II. LA SOLICITUD DE LA DEMANDANTE DE MEDIDAS PROVISIONALES DEBE RECHAZARSE PORQUE EL RECLAMO NO SE BASA EN NINGUNA ACCIÓN FINAL DEL SISTEMA JUDICIAL DE ECUADOR COMO UN TODO Y, POR LO TANTO, NO EXISTE NINGÚN DERECHO QUE DEBA PROTEGERSE Y NINGÚN ARGUMENTO PRIMA FACIE SOBRE EL FONDO**

1. La Demandante no puede discutir, y en realidad no ha discutido, que la responsabilidad del Estado por un acto judicial se origina únicamente cuando ha existido una acción final por parte del sistema judicial del Estado como un todo<sup>20</sup>. Sujetos a la obligación de no denegar justicia, los Estados no tienen necesariamente que garantizar que los procedimientos empleados en todos y cada uno de los pasos de una corte sean apropiados, una tarea en todo caso imposible. En cambio, cuando la acción judicial está en cuestión, los Estados están obligados a establecer un sistema judicial que, en su totalidad, ofrezca procesos justos y eficientes. Una manifestación fundamental de este principio es el requisito de que se agoten los recursos locales antes de que la acción judicial pueda implicar responsabilidad del Estado. En palabras del tribunal en *Loewen*, puesto que la acción judicial es una acción única de principio a fin, “el Estado no se ha pronunciado sino cuando se han agotado todas las apelaciones”<sup>21</sup>. O, como se expresa en el laudo en *Ambatielos*: “[e]s todo el sistema de protección legal, establecido por la ley municipal, lo que se debió haber puesto a prueba”<sup>22</sup>.

2. La Demandante trata de eludir este principio incontrovertible de dos maneras. Primero, asevera que la conducta judicial en cuestión viola el Tratado no como una denegación de justicia, en particular como una violación del requisito del Artículo II(7) de establecer “medios efectivos” de hacer valer los reclamos y respetar los derechos<sup>23</sup>. Segunda, intenta demostrar que su recurso a la Corte Nacional de Justicia

---

<sup>20</sup> Oposición de Ecuador, ¶¶ 21-31.

<sup>21</sup> *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003) (Mason, Mikva, Mustill), ¶ 143 (“*Loewen*”) (RLM-37).

<sup>22</sup> *Ambatielos Claim (Grecia contra el Reino Unido)*, Laudo (6 de marzo de 1956), XII UNRIAA 83, p. 120 (RLM-6) (“*Ambatielos*”).

<sup>23</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 111, 259.

de Ecuador es fútil<sup>24</sup>. Pero, como se demuestra más adelante, ninguno de estos argumentos le es útil.

**A. El agotamiento de los recursos locales disponibles y efectivos es obligatorio para todos los reclamos basados en el Tratado presentados por la Demandante**

3. La Demandante inició este arbitraje alegando que los “procesos ecuatorianos equivalieron a una denegación de justicia, la cual violó las obligaciones de Ecuador contempladas en el Tratado”<sup>25</sup>. La Demandante al parecer alega ahora que esos procesos equivalen a “múltiples violaciones del Tratado”<sup>26</sup> que no son una denegación de justicia. Sin embargo, rotular de manera diferente alegaciones fácticas idénticas no puede eludir el requisito de agotamiento de los recursos locales. Si bien no existe en realidad ninguna razón *per se* por la cual la conducta del Estado no puede violar múltiples disposiciones de un tratado de inversiones, el requisito de agotamiento de los recursos locales debe cumplirse, independientemente de la rúbrica del tratado que se invoque, para establecer la responsabilidad del Estado por la acción judicial<sup>27</sup>. La

---

<sup>24</sup> *Id.*, ¶¶ 111, 214-263.

<sup>25</sup> Solicitud de Arbitraje, ¶ 158 (“Los procesos ecuatorianos equivalieron a una denegación de justicia, la cual violó obligaciones de Ecuador según el Tratado”). Véase también Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales, ¶ 1; Réplica de la Demandante, ¶ 201 (“MSDIA ha satisfecho en exceso una demostración *prima facie* de una denegación de justicia en este caso”).

<sup>26</sup> *Id.*, ¶ 111.

<sup>27</sup> *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio del 2003) (Mason, Mikva, Mustill), ¶ 156 (“El requisito de [finalidad judicial] tiene aplicación a violaciones de los Artículos 1102 [trato nacional] y 1110 [expropiación], así como también el Artículo 1105 [estándar mínimo de trato, incluido el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas.]”) (“*Loewen*”) (RLM-37). Que la Demandante se basara en el tratado de Jan Paulsson sobre denegación de justicia se contradice por el laudo en *Pantechniki contra Albania*, en el cual Jan Paulsson actuó como árbitro único. Paulsson consideró que la demandante en ese caso abandonó prematuramente su apelación ante la Corte Suprema Albanesa y, por tanto, su reclamo por violación del trato justo y equitativo era imperfecto en el fondo por no haber perseguido los recursos locales. *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers contra la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo (30 de julio del 2009) (Paulsson), ¶¶ 101-102 (“*Pantechniki*”) (RLM-47). Véase también M. Sattorova, *Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct*, 61 INT’L & COMP. L. Q. 222 (2012), p. 241 (“El ejercicio en ‘la hábil rotulación’ socava la justificación principal para la regla de la finalidad judicial, la cual explica el agotamiento obligatorio de los recursos locales mediante referencia a la naturaleza especial de la actividad judicial y la obligación del Estado receptor de la inversión de proveer un sistema de justicia justo y eficiente, al contrario de garantizar justicia en cada fase del proceso judicial.”) (“*Sattorova*”) (RLM-109); G. K. Foster, *Striking A Balance between Investor Protections and National Sovereignty: The Relevance of Local Remedies in Investment Treaty Arbitration*, 49 COLUM. J. TRANSNAT’L L. 201 (2010-2011), p. 241 (“[n]o está claro por qué la decisión de eliminar el requisito del agotamiento *procesal* de los recursos locales implicaría

Demandante no ha citado ninguna otra medida del Estado, ni ha planteado otros argumentos fácticos, que cambiarían el carácter de la conducta de la que se queja a algo que no sea una denegación de justicia<sup>28</sup>.

4. Es asimismo inútil que la Demandante se basara en especial en el Artículo II(7). La Demandante señala el Laudo Parcial en *Chevron contra Ecuador* del 30 de marzo del 2010 (en lo sucesivo, “*Chevron I*”), el cual expresaba que el Artículo II(7) se incluyó en el Tratado “como una obligación del tratado específica e independiente” que constituye *lex specialis* y no “una mera reformulación de la ley sobre denegación de justicia”<sup>29</sup>. Las implicaciones para esa determinación en opinión del tribunal en *Chevron I*, fueron dobles (y resultaron ser cruciales para el éxito de las demandantes en ese caso): *primero*, “que una prueba distinta y posiblemente menos exigente es aplicable según esta disposición comparada con la denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional consuetudinario”<sup>30</sup>; y, *segunda*, las demandantes no tenían que probar un agotamiento “estricto” de los recursos locales a fin de que el tribunal determinara una violación del Artículo II(7)<sup>31</sup>. Sin embargo, *Chevron I* no libera a la Demandante del requisito de agotamiento, por dos razones.

---

necesariamente la eliminación de elementos *sustantivos* que impliquen recursos locales”). (énfasis en el texto original) (RLM-89) (“Foster”). Véase también *id.*, pp. 244-249 (donde se demuestra que “es en gran medida debatible si todo reclamo basado en la conducta judicial debe o no verse como, en efecto, un reclamo de denegación de justicia, porque sea probable que los recursos locales sigan siendo pertinentes independientemente de cómo se caracterice el reclamo”).

<sup>28</sup> Véase, v.g., *Malicorp Ltd contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo (7 de febrero del 2011) (Tercier, Baptista, Tschanz), ¶ 124 (“cuando un inversionista basa su acción principalmente en el hecho de que ésta ha sido víctima de una expropiación, esa medida implica necesariamente un trato que no fue, precisamente, ni justo ni equitativo. A fin de basarse en ambas disposiciones, el inversionista debe ser capaz de establecer que también ha sido la víctima de otras medidas, que no sean la expropiación. Esta condición no se ha cumplido en el presente caso puesto que la reclamación única pero esencial de la Demandante concierne a la rescisión del Contrato. Ésta no explica en absoluto en sus alegatos de qué manera ha sido también la víctima de trato injusto o inequitativo, que diera lugar a consecuencias adicionales”). (RLM-111) (“*Malicorp*”).

<sup>29</sup> *Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre el Fondo (30 de marzo del 2010) (Böckstiegel, Brower, van den Berg), ¶ 242 (CLM-111) (“*Chevron I*”).

<sup>30</sup> *Id.*, ¶ 244.

<sup>31</sup> *Id.*, ¶ 268. En particular, pese a estar construido como un estándar distinto de la denegación de justicia, el Tribunal aplicó el Artículo II(7) basado en los mismos principios que rigen usualmente la determinación de una denegación de justicia en todos los aspectos, excepto en el del agotamiento de los recursos. Esto ha llevado a los analistas a cuestionar si las dos razones de la responsabilidad del Estado son esencialmente diferentes y a caracterizar que el tribunal en *Chevron* se basara en la disposición como un “intento de evitar la regla de los recursos locales”. Sattorova, pp. 27-238 (RLM-109). El

5. Primera, las conclusiones del tribunal en *Chevron I* con respecto al Artículo II(7) no estuvieron respaldadas por la aplicación apropiada de las reglas de interpretación de tratados. Desde luego, sus determinaciones con respecto a la interpretación y aplicación del Artículo II(7) no son vinculantes para este Tribunal y ninguna fuerza persuasiva que ellos posean depende del razonamiento de ese tribunal<sup>32</sup>. El pequeño esfuerzo que éste hace para resaltar las deficiencias del análisis del tribunal en *Chevron I* del Artículo II(7) como *lex specialis* es indicativo a este respecto.

6. Como prueba de la naturaleza de *lex specialis* del Artículo II(7), el tribunal en *Chevron I* consideró el hecho de que la disposición no hace una “referencia explícita a la denegación de justicia o al derecho internacional consuetudinario”,<sup>33</sup> y que ésta se creó como un estándar del tratado independiente “para resolver una falta de claridad en el derecho internacional consuetudinario con respecto a la denegación de justicia”<sup>34</sup>.

7. Sin embargo, el hecho de que el Artículo II(7) no mencione la denegación de justicia o el derecho internacional consuetudinario es difícilmente convincente. Como el tribunal en *Duke Energy contra Ecuador* expresó, el Artículo II(7) garantiza “el acceso” de las Partes Contratantes “a las cortes y la existencia de mecanismos

---

Tribunal en *Jan de Nul contra Egipto* siguió un método marcadamente diferente: aplicó el estándar de denegación de justicia a la reclamación de las demandantes de mal trato judicial, en lugar del estándar de trato justo y equitativo, puesto que

los estándares pertinentes para activar la responsabilidad del Estado en el primer conjunto de actos son los estándares de denegación de justicia, incluido el requisito de agotamiento de los recursos locales que se analizan más adelante. *Sostener lo contrario permitiría eludir los estándares de denegación de justicia.*

*Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo (6 de noviembre del 2008) (Kaufmann-Kohler, Mayer, Stern), ¶ 191 (énfasis agregado) (“*Jan de Nul*”) (RLM-32).

<sup>32</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra la República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción (29 de enero del 2004) (El-Kosheri, Crawford, Crivellaro), ¶ 97 (CLM-7). Una decisión contradictoria sobre la misma materia podría debilitar aún más el débil valor persuasivo de un laudo arbitral. Véase *AWG Group Ltd. contra la República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Responsabilidad (30 de Julio del 2010) (Salakuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), ¶¶ 144, 152, 167 (RLM-75).

<sup>33</sup> *Chevron*, ¶ 242 (CLM-111).

<sup>34</sup> *Id.*, ¶ 243.

institucionales para la protección de las inversiones”<sup>35</sup>, y así implementa y forma parte de la garantía “más general” contra la denegación de justicia<sup>36</sup>. En realidad, los términos de la disposición replican casi *palabra por palabra*” la obligación según el derecho internacional consuetudinario de establecer “medios efectivos” de reparación para perjuicios a inversionistas extranjeros<sup>37</sup>. Considerado en el contexto de los demás estándares sustantivos en el Tratado<sup>38</sup>, y teniendo en cuenta<sup>39</sup> “las reglas del derecho internacional pertinentes”<sup>40</sup>, las cuales proveen una guía operacional importante para

---

<sup>35</sup> *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil, S.A. contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo (18 de agosto del 2008) (Kaufmann-Kohler, Gómez Pinzón, van den Berg), ¶ 391 (“*Duke Energy*”) (RLM-18).

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> Véase Cuestionario No. 4 sobre “Responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o la propiedad de extranjeros” adoptado por el Comité de Expertos de la Liga de las Naciones para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional en su Segunda Sesión celebrada en Ginebra, 1926, *reproducido* en A. Freeman, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1938), pp. 627-633 (una obligación del Estado de proteger a nacionales extranjeros dentro de su territorio incluye la obligación de establecer los “*medios necesarios para reparar los perjuicios*” que “llegaren al nivel del estándar que exige el derecho internacional”) (énfasis agregado) (RLM-107); Freeman, p. 135 (donde se advierte que “todo Estado está debidamente obligado a poseer una organización judicial que garantice que los juicios se resuelvan de manera imparcial y competente ... “[e]l aparato procesal que se establezca debe ... proveer al extranjero ... los medios efectivos para hacer respetar sus derechos”) (énfasis agregado) (RLM-69).

<sup>38</sup> Véase K. Vandeveld, *The Bilateral Investment Treaty Program of the United States*, 21 CORNELL INT’L L. J. 201 (1988), p. 222 (“Los TBI [de los Estados Unidos] se basan en el derecho internacional para llenar vacíos y establecer estándares mínimos de trato, a fin de proteger contra malinterpretaciones de los textos de los TBI.”) (RLM-104); J. Alvarez, *A BIT on Custom*, 42 N.Y.U. J. INT’L L. & POL. 17 (2009), pp. 33-34 (donde se advierte que las cláusulas de los TBI de los Estados Unidos se interpretan correctamente como “esfuerzos de *incluir las protecciones usuales como parte de las protecciones de un TBI*”, antes que para “excluir estos preceptos jurídicos generales aplicables, como lo hace la *lex specialis*.”) (énfasis agregado) (“Álvarez”) (RLM-100). Véase también *id.* (“Los negociadores de los TBI de los Estados Unidos han ratificado en comentarios eruditos, en testimonio ante el Congreso y, lo que es más importante, durante las negociaciones de los TBI que estos tratados *procuraron ratificar, no restarle valor, al derecho consuetudinario*.”) (énfasis agregado).

<sup>39</sup> Debe advertirse que el tribunal en *Chevron* ignoró por completo la prescripción del Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [CVDT] que solicita a quien interprete que aplique, junto con el contexto, “todas las reglas pertinentes del derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes”. Véase *Chevron*, ¶ 161 (CLM-111). Como observa un analista, “cualquiera sea la flexibilidad y discreción que las propias reglas de la (CVDT) pudieran proveer, ignorarlas no es parte de esto” D. French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, 55 ICLQ 281 (2006), p. 301 (RLM-86).

<sup>40</sup> El Artículo 31(3)(c), que forma parte integral de la “regla general de interpretación” del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no confirma el significado del Artículo II(7); más bien, en coherencia con la introducción del Artículo 31(3)(c), otras reglas “pertinentes” del derecho internacional contextualizan el significado resultante de la aplicación del primer párrafo del Artículo 31. Además, el Artículo 31(3)(c) no incluye una prescripción discrecional sino que constituye un aspecto obligatorio de la aplicación del Artículo 31. Véase WTO Panel Report, *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291, 292, 293/R, adoptado el 29 de septiembre del 2006, ¶ 7.69 (RLM-133).

su interpretación<sup>41</sup>, el Artículo II(7) no puede leerse de manera incoherente con el derecho internacional consuetudinario<sup>42</sup>.

8. Se desprende que, lejos de demostrar una intención de restarles valor a las reglas establecidas del derecho internacional consuetudinario, las cuales deben ser claras y no pueden suponerse *sub silentio*<sup>43</sup>, la reproducción del Artículo II(7) de la obligación del derecho consuetudinario de proveer “medios efectivos” establece la intención de las Partes de incorporar dicha obligación en el Tratado<sup>44</sup>. En consecuencia, no puede decirse que el Artículo II(7) exima de alguno de los requisitos

---

<sup>41</sup> B. Simma & T. Kill, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology* in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY: ESSAYS IN HONOR OF C. SCHREUER (C. Binder *et. al.*, 2009), p. 696 (RLM-76). La Comisión de Derecho Internacional ha expresado asimismo que cuando una regla convencional es una “cantidad conocida” en el derecho internacional general, se supone que las partes contratantes han tenido la intención de incorporar el derecho internacional general. *Conclusiones del trabajo del Grupo de Estudio sobre la “Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law,”* [Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades que surgen de la diversificación y expansión del derecho internacional] reproducido en Y.B. ILC, volumen II, Parte II, 2006, Conclusión 20(b) (RLM-84).

<sup>42</sup> El Profesor Álvarez, ex negociador de los Estados Unidos, incluye el Artículo II(7) en las disposiciones en los TBI de los Estados Unidos que “se basan de manera explícita o implícita en el derecho internacional general o reflejan una intención de sus redactores de ratificar los principios tradicionales de la responsabilidad de los Estados”. Para el Profesor Álvarez, la obligación de otorgar “medios efectivos de hacer valer los reclamos y respetar los derechos” es “una invitación abierta ... a hacer uso del derecho internacional consuetudinario”. Álvarez, pp. 31-32 (RLM-100).

<sup>43</sup> *Conclusiones del trabajo del Grupo de Estudio sobre la “Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law,”* [Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades que surgen de la diversificación y expansión del derecho internacional] reproducido en Y.B. ILC, volumen II, Parte II, 2006, Conclusión 19(b) (RLM-84). Véase también Loewen, ¶ 160 (“[n]o debería considerarse que un contrato internacional ha prescindido de un principio importante del derecho internacional, en ausencia de palabras que dejaren en claro una intención de hacerlo”). (RLM-37).

<sup>44</sup> Véase Álvarez, pp. 33-34 (donde se advierte que las cláusulas de los TBI de los Estados Unidos se interpretan apropiadamente como “esfuerzos de *incluir protecciones tradicionales como parte de las protecciones de un TBI*”) en lugar de “excluir estas normas jurídicas generales aplicables de ordinario, como lo hace la *lex specialis*”) (énfasis agregado) (RLM-100). Véase también *id.* (“Negociadores de los TBI de los Estados Unidos han ratificado en comentarios eruditos, en testimonio ante el Congreso y, lo que es más importante, en el curso de las negociaciones de los TBI que estos tratados *procuran reafirmar, no restarle valor, al derecho consuetudinario pertinente*”). (énfasis agregado). Aunque el tribunal en *Chevron* tomó nota de esta situación, se negó a apreciar la significación interpretativa de la eliminación del Artículo II(7) del Modelo de TBI de los Estados Unidos 2004, lo cual pone en evidencia claramente que la disposición nunca estuvo destinada a imponer obligaciones más rigurosas a Ecuador y los Estados Unidos que aquellas impuestas según el derecho internacional consuetudinario sobre denegación de justicia. Véase K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), p. 415 (RLM-105).

del derecho internacional consuetudinario aplicable a la denegación de justicia, incluido el requisito de agotamiento<sup>45</sup>.

9. Pero, incluso si se viere *Chevron I* como correcto en su construcción del Artículo II(7), la Demandante aun así no puede eludir el requisito de agotamiento. El propio tribunal en *Chevron I* no cuestionó que, incluso de acuerdo a su punto de vista del Artículo II(7) como *lex specialis*, “[l]a Demandante[] debe[] ... haber utilizado de manera apropiada y suficiente los medios a los que tenía acceso para hacer valer los reclamos y respetar los derechos en Ecuador a fin de probar una violación del TBI”<sup>46</sup>. El tribunal enfatizó que “una parte demandante está obligada a hacer uso de todos los recursos que estuvieren disponibles y podrían haber rectificado la injusticia de la cual se queja”<sup>47</sup>, y que una “alta probabilidad de éxito de estos recursos no se requiere a fin de esperar que una demandante los intente”<sup>48</sup>. Lo que es más importante, el tribunal puso de relieve que no utilizar los medios disponibles en el sistema legal ecuatoriano podría impedir el resarcimiento si esta omisión impidiera una evaluación apropiada de la “efectividad” del sistema<sup>49</sup>. El tribunal determinó que Ecuador era responsable aun cuando las demandantes no habían aprovechado ciertos mecanismos procesales

---

<sup>45</sup> Que el tribunal en *Chevron I* se basara en el “origen y propósito de la disposición” también es inapropiado. Las disposiciones sobre el “acceso judicial” no contingente en la práctica previa de los tratados de los Estados Unidos se crearon precisamente para fortalecer las garantías existentes al amparo del derecho internacional consuetudinario, a fin de asegurar que terceras personas que contrajeran compromisos relacionados con las partes contratantes [NT: “*co-contracting parties*”] ya no pudieran cuestionar más la existencia del derecho consuetudinario subyacente, estando obligadas por la regla de la obligación *qua contractual*. La preocupación por la certeza del contenido de ninguna manera indicaba una opinión de parte de los Estados Unidos de que el derecho internacional consuetudinario ya no incluía los elementos expresados en el texto del Artículo II(7). Y en realidad, como expresa un analista connotado sobre la materia del programa de los Tratados de Navegación, Comercio y Amistad de los Estados Unidos, las disposiciones sobre el “acceso judicial” no tenían la finalidad de ir más allá del estándar mínimo internacional de trato de extranjeros y su propiedad”. R. Wilson, *THE INTERNATIONAL LAW STANDARD IN TREATIES OF THE UNITED STATES* (1953), p. 94 (RLM-118)

<sup>46</sup> *Chevron I*, ¶ 268 (CLM-111). De manera similar, el tribunal en *Duke Energy* no cuestionó que un reclamo por violación del Artículo II(7) exige que se demuestre que la demandante ha agotado todos los recursos disponibles y efectivos. *DukeEnergy*, ¶ 402 (RLM-18).

<sup>47</sup> *Chevron I*, ¶ 326 (CLM-111).

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.*, ¶ 324. Véase también Foster, p. 247 (“Precisamente como la conducta de un Estado receptor de una inversión no es necesariamente “injusto” o “inequitativo” incluso si una corte inferior ha emitido una decisión injusta, a condición de que estuviera disponible una apelación, así también el Estado no debería ser responsable por no establecer los medios efectivos de hacer valer los reclamos y ejercer los derechos si existe un mecanismo interno disponible que podría promover los reclamos del inversionista o el ejercicio de los derechos del inversionista”). (RLM-89).

colaterales que tenían a su disposición – ninguno de los cuales involucraba la revisión en apelación – puesto que no estaba convencido de que alguno de estos procedimientos pudiera haber rectificado la supuesta demora<sup>50</sup>.

10. El argumento de la Demandante de violación del Artículo II(7) no logra satisfacer ni siquiera este requisito de “agotamiento calificado”. Incluso de acuerdo a la prueba del tribunal en *Chevron I*, la apelación de la Demandante ante la Corte Nacional habría constituido un recurso “que [está] disponible y podría haber rectificado el ilícito del cual se queja”. Como se demuestra más adelante, la Demandante fracasa de modo espectacular en su intento de establecer la futilidad de los recursos disponibles en Ecuador; en realidad, mediante su propia admisión, su recurso a la Corte Nacional de Justicia ofrece una alta probabilidad de éxito, lo cual ni siquiera se requiere de acuerdo al análisis del tribunal en *Chevron I*. A la luz del fracaso de la Demandante, mientras la Corte Nacional de Justicia no pronuncie su decisión, y en el supuesto de que otros recursos locales fueren fútiles o inefectivos, lo cual Ecuador cuestiona, toda evaluación de la “efectividad” del Sistema Judicial Ecuatoriano es, por decir lo menos, muy prematura.

11. En síntesis, todos los reclamos de la Demandante de acuerdo al Tratado, en virtud de su materia, están sujetos al requisito de agotar los recursos locales disponibles y efectivos en Ecuador. Mientras la Demandante no agote dichos recursos, y mientras ésta no establezca que dichos recursos sean obviamente inapropiados o fútiles, los reclamos de la Demandante basados en el Tratado no pueden hacerse valer contra Ecuador, lo cual, como se demuestra a continuación, es fatal para la reivindicación de la Demandante de derechos capaces de [recibir]

---

<sup>50</sup> *Chevron I*, ¶¶ 330-331 (CLM-111). Al contrario, el hecho de que fuera “poco claro” si proseguir la búsqueda de los recursos locales permitiría la reparación solicitada fuera considerado por el Tribunal en *Duke Energy* como insuficiente para eximir a las partes demandantes en ese caso de su obligación de agotamiento. *Duke Energy*, ¶ 401 (“sin embargo, por lo que consta en el expediente, no es nada claro si las cortes ecuatorianas asimilarían una decisión errónea que rechazara la jurisdicción a un exceso de poder, como sería, por ejemplo, el caso según el Artículo 52(1)(b) de la Convención del CIADI. No obstante, *la falta de claridad no es suficiente para demostrar que un recurso sea fútil*”). (énfasis agregado) (RLM-18). Podría ser que el tribunal en *Chevron I* considerara el caso de demora como una situación especial que ameritara un enfoque más flexible en cuanto al requisito de agotamiento. *Chevron I*, ¶ 321 (“...las consideraciones específicas se vuelven pertinentes para evaluar si y de qué manera el no agotamiento de los recursos locales puede plantearse y aplicarse en casos donde la demora de las cortes internas para decidir un caso es la violación, debido a que son sus cortes internas mismas las que causan el no agotamiento de los recursos locales”). (CLM-111).

protección a través de medidas provisionales, así como también para su posibilidad de establecer una probabilidad de éxito sobre el fondo de su argumento sobre responsabilidad y jurisdicción.

## **B. La Demandante no ha logrado demostrar la futilidad**

12. Al momento, la Demandante prosigue su apelación ante la Corte Nacional de Justicia de Ecuador que ofrece un recurso efectivo capaz de remediar todas sus quejas<sup>51</sup>. Confrontada con esta situación, y a fin de sustentar con seriedad su reclamo de denegación de justicia al amparo del Tratado, a la Demandante no le queda sino una opción: alegar que dicho recurso es fútil<sup>52</sup>.

13. Ecuador está de acuerdo con la Demandante<sup>53</sup> en que el agotamiento de los recursos locales es una precondition para la ocurrencia de una denegación de justicia, a menos que los recursos restantes no proveyeren ninguna posibilidad razonable de reparación efectiva, como cuando estos son meramente teóricos, u obviamente inapropiados o fútiles o inefectivos, lo cual se ha de determinar caso por caso. Ésta no es una suposición que se ha de formular a la ligera<sup>54</sup>, sin embargo, incluso de acuerdo

---

<sup>51</sup> La Demandante no puede discutir que la decisión de la Corte Nacional de Justicia, si fuere favorable a MSDIA, rectificará el supuesto mal trato. El argumento de la Demandante se refiere a la futilidad, en lugar de a la ineffectividad de los recursos legales ecuatorianos.

<sup>52</sup> Un estándar de agotamiento de los recursos locales se aplica en general para decidir si se ha cumplido el requisito de finalidad judicial.

<sup>53</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 207-209.

<sup>54</sup> *Pantechniki*, ¶ 102 (RLM-47); *Loewen*, ¶ 165 (RLM-37); *Ambatielos*, pp. 119, 122-123 (RLM-6); *Finnish Ships Arbitration*, Laudo (9 de mayo de 1934), 3 RIAA 1479, p. 1504 (donde se rechaza el argumento de que la mera apariencia de futilidad excuse la falta de persecución de los recursos locales, y se sostiene que la regla que dispensa de la no apelación cuando la reversión ha sido “imposible” se “construye con mayor rigurosidad, y si el derecho substancial de apelación ha existido, no perseguir una apelación ha funcionado como una prohibición para la reparación”). (CLM-52). El Artículo 15(b) de *Draft Articles on Diplomatic Protection* al parecer establece un estándar menos estricto que la futilidad obvia) (los recursos no tienen que agotarse necesariamente cuando “no existe ningún recurso local disponible en términos razonables que provea reparación efectiva, o los recursos locales no proveen ninguna posibilidad razonable de éxito”). *Draft Articles on Diplomatic Protection* publicados por la Comisión de Derecho Internacional, (2006), Artículo 15(a) (CLM-110). La redacción más equilibrada es aquella adoptada por el gobierno de la Demandante y se refleja en el comentario d en la Sección 703 y el comentario f en la Sección 713 *Restatement of the Law (Third): Foreign Relations Law of the United States*: “Según el derecho internacional, de ordinario, un Estado no está obligado a considerar un reclamo planteado por otro Estado por un perjuicio a su nacional sino cuando esa persona ha agotado los recursos internos, a menos que dichos recursos sean *claramente falsos o inapropiados*, o cuando la prolongación para su aplicación sea irrazonable”. (énfasis agregado) (RLM-121). Como se demuestra más adelante, la Demandante no logra cumplir ningún estándar aplicable para el agotamiento de los alegatos.

al requisito de agotamiento “calificado” del tribunal en *Chevron I* que consta en el Artículo II(7). Y la carga de la prueba de establecer que ciertas circunstancias excepcionales le eximen de la obligación de agotar los recursos locales disponibles le corresponde a la Demandada<sup>55</sup>. En consecuencia, mientras sea verdad fuera de toda duda que “una corte o tribunal que considere un reclamo de denegación de justicia debe pasar por alto la afirmación de un Estado de que los recursos adicionales son teóricamente posibles”<sup>56</sup>, debe también pasar por alto la aseveración de la demandante de que recurrir a los recursos locales es fútil.

**1. Los argumentos de la Demandante acerca del estado general del sistema judicial de Ecuador son manifiestamente infundados.**

14. El argumento de la Demandante de que el “sistema de Ecuador sea notoriamente corrupto, inefectivo y que carezca del debido proceso”<sup>57</sup> no solo es infundado sino que también se contradice expresamente por su propia conducta. Aparte del hecho de que ésta prosigue ahora con todo empeño su reclamo ante la Corte Nacional de Justicia, la Demandante ha afirmado en una declaración vinculante revelada al Gobierno Ecuatoriano que, en realidad, aquélla espera tener éxito en su apelación. Esta afirmación contradice en y por sí misma toda noción de que la Demandante considere sus derechos a la apelación como fútiles. En el estado financiero para el 2011 presentado ante la Superintendencia de Compañías Ecuatoriana el 30 de abril del 2012, auditado por Price Waterhouse Coopers, la gerencia de Merck declaró que:

it is not necessary to establish provisions to cover risks of loss derived from [NIFA’s action] *inasmuch as a decision favorable to the branch is expected at the superior judicial*

---

<sup>55</sup> *International Law Commission, Special Rapporteur J. Dugard, Third Report on Diplomatic Protection*, U.N. Doc. A/CN.4/523 (2002), ¶ 19 (RLM-99); *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra la República Democrática del Congo)*, Sentencia sobre Objeciones Preliminares (24 de mayo del 2007), I.C.J. Reports 2007, ¶ 44 (RLM-70) (“*Diallo*”). Véase también *Chevron*, ¶ 329 (CLM-111).

<sup>56</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 209.

<sup>57</sup> *Id.*, Parte VI, sección B(1)(c).

*levels*<sup>58</sup>. [NT: Transcripción de la cita No. 58, en el documento original en inglés, página 17.]

15. Esta declaración se hizo apenas ocho semanas antes de que la Demandante presentara su solicitud de medidas provisionales<sup>59</sup>, *i.e.*, en un momento posterior a las supuestas irregularidades en el proceso ante la Corte Nacional de Justicia y en firme contradicción con lo que la Demandante alega ahora ante el Tribunal.

16. Esta declaración también conlleva consecuencias legales reales. De acuerdo a las leyes ecuatorianas, las compañías extranjeras están obligadas a presentar informes financieros e informes de auditorías externas en forma anual<sup>60</sup>. Se reportan los activos, pasivos, el patrimonio, los ingresos y egresos que estén directamente relacionados con la situación financiera de una compañía. La presentación de documentos incompletos o de información falsa está sujeta a multas administrativas<sup>61</sup>, así como también a sanciones de orden civil y penal<sup>62</sup>. La declaración de MSDIA en los documentos que ésta presentó ante la Superintendencia de Compañías demuestra que ésta reveló esta información con pleno conocimiento de la ley aplicable<sup>63</sup>. Como consecuencia, no puede permitirse que la Demandante se beneficie de todos modos ante el Tribunal mediante la alegación de que “[c]abe poca duda de que el sistema

---

<sup>58</sup> Estados Financieros Auditados de MSDIA del 30 de abril del 2012 para el Año Fiscal que termina al 31 de diciembre del 2011, Nota 18 de Notas Explicativas, p. 41 (en el original en español: “*La Administración considera que no es necesario constituir provisiones para cubrir riesgos de pérdida derivados de estos juicios ya que espera una resolución favorable a la Sucursal en las instancias judiciales superiores.*”) (REM-5).

<sup>59</sup> La Demandante afirma que “Entre el 31 de diciembre del 2011 y la fecha en que se emitieron estos estados financieros (25 de abril del 2012), no ocurrió ningún hecho, en opinión de la Gerencia de la Sucursal, que podría tener un efecto esencial en los estados financieros o que requiera revelación”. *Id.*, ¶ 19.

<sup>60</sup> Ley de Compañías, Artículos 23, 318-319 (RLM-108). Véase también Resolución No. 2, Artículo 5 (RLM-119). Esta ley se aplicó a los estados financieros de MSDIA Ecuador presentados en el 2012. Esta ley ha sido revocada y se la ha reemplazado con la Resolución No. 3, la cual mantiene el requisito Véase Resolución No. 3, Artículo 5 (RLM-120).

<sup>61</sup> Ley de Compañías, Artículos 25, 325 (RLM-108).

<sup>62</sup> *Id.*, Artículo 126 y Código Penal, Codificación, Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971, Artículos 340, 363 (RLM-83).

<sup>63</sup> “La gerencia de la compañía declara que ésta asume la responsabilidad de la verdad de la información presentada en este formulario en cumplimiento de los requisitos del Artículo 20 y 23 de la Ley de Compañías, de acuerdo con las regulaciones que establecen la información y documentos que deben presentar a la Superintendencia de Compañías las sociedades sujetas a su control y ejecución”. Estados Financieros Auditados de MSDIA del 30 de abril del 2012 para el Año Fiscal que termina al 31 de diciembre del 2011, portada (REM-5).

judicial de Ecuador como un todo no provee un sistema de protección apropiado, en particular para partes extranjeras”<sup>64</sup>. Ecuador está justificado en basarse en esta declaración para los fines de la regla del agotamiento de los recursos locales<sup>65</sup>.

17. A la luz de lo anterior, los siguientes párrafos tratan sobre el argumento de “futilidad” de la Demandante, puramente en aras de la integridad. Incluso si la Demandante pudiera mantener su argumento de “futilidad” pese a sus declaraciones ante el Gobierno Ecuatoriano, ésta fracasa por completo en su intento de establecer que su recurso a la Corte Nacional de Justicia sea en realidad fútil. Frente al reconocimiento del derecho internacional de una presunción a favor del proceso judicial, el esfuerzo de la Demandante se basa en pura especulación y, como es de esperarse, en una maraña de sucesos y citas que carecen de coherencia interna y no resisten el escrutinio cuidadoso. Y la Demandante no logra explicar cómo las pocas acusaciones aisladas que logran resistir el escrutinio cuidadoso tuvieran alguna relación directa o indirecta con el caso particular subyacente al presente arbitraje. Como afirmó el Juez Higgins en el caso *Oil Platforms*, “cuanto mayor es la gravedad de la acusación, mayor es la confianza que debe haber en la prueba que sirva de base”<sup>66</sup>. En términos sencillos, la prueba de la Demandante no logra satisfacer la prueba de “credibilidad substancial”<sup>67</sup> identificada en la jurisprudencia internacional con respecto a una solicitud de medidas provisionales.

---

<sup>64</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 214. Esta declaración es todavía más sorprendente dado el reconocimiento del abogado de la defensa de MSDIA Ecuador de la forma usual y honesta de proceder de los “jueces ecuatorianos” y de la experiencia que [MSDIA Ecuador] ha tenido en casos previos en Ecuador”. Escrito de MSDIA presentado al Juzgado 11 de lo Civil y Mercantil de Pichincha, de fecha 29 de marzo del 2010 (REM-6).

<sup>65</sup> Los principios del “*estoppel*” y la preclusión han sido de aplicación en el contexto de la regla de agotamiento de los recursos locales. En el caso *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia, CIJ, determinó que DRC no podía basarse en un error supuestamente cometido por sus agencias administrativas al momento de la caracterización legal de la expulsión del Sr. Diallo. Como la Corte sostuvo, “el Sr. Diallo, en calidad de la persona sujeta a la negativa de ingreso”, estaba justificada en basarse en las consecuencias de la caracterización legal dada así por las autoridades de Zaire, inclusive para los fines de la regla sobre los recursos locales”. *Diallo*, ¶ 46 (RLM-70).

<sup>66</sup> Opinión Separada del Juez Higgins en *Oil Platforms (República Islámica de Irán contra los Estados Unidos de América)*, Sentencia (6 de noviembre del 2003), I.C.J. Reports 2003, p. 161 en p. 234 (¶ 33) (RLM-127).

<sup>67</sup> Con respecto a la cuestión de cuánto debería tomarse en cuenta la prueba presentada por las partes en el contexto de los procesos relacionados con medidas provisionales ante la CIJ, el Juez *ad hoc* Elihu Lauterpacht escribió en su Opinión Separada en el caso *Application of the Convention on the*

18. La Demandante intenta establecer su argumento de “futilidad” basándose, primero, en “percepciones” generales de corrupción indicada en informes preparados por organizaciones no gubernamentales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Departamento de Estado de los Estados Unidos, así como también en ciertas declaraciones, citadas fuera de contexto, hechas por el Presidente Correa. Una mirada más cuidadosa a esta prueba revela un cuadro que es muy diferente del que la Demandante intenta pintar.

No existe ninguna diferencia *legal* fundamental en las reglas de la prueba aplicables a la consideración del fondo de un caso y aquellas aplicables en procesos relativos a medidas provisionales. Sin embargo, existe una diferencia *práctica* en que en las segundas puede haber menos tiempo para que la peticionaria prepare su prueba de la manera más convincente, o para el escrutinio crítico de esa prueba por parte de la demandada y la Corte, del que existe en la fase extendida del fondo de un caso. *Pero no se desprende que la prueba presentada en la fase de medidas provisionales deba tratarse a priori como menos apropiada o menos aceptable que la prueba presentada en la fase de fondo o que ésta sea incapaz de sustanciar más que las determinaciones de hecho más generalizadas.*

Opinión Separada del Juez *ad hoc* Lauterpacht en *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Orden de Medidas Provisionales (13 de septiembre de 1993), I.C.J. Reports 1993, p. 325, en 422-423 (¶ 41) (tercer énfasis agregado) (RLM-125). De manera similar, el Juez Shahabuddeen advirtió que el principio de que en esta fase la Corte no puede realizar determinaciones definitivas sobre el fondo no implica que ésta deba “*indicar mecánicamente medidas siempre y cuando ésta tenga ante sí algún material de sustento e independientemente de su calidad probatoria*”. Opinión Separada del Juez Shahabuddeen en *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)*, Orden de Medidas Provisionales (13 de septiembre de 1993), I.C.J. Reports 1993, p. 325, en p. 359 (énfasis agregado) (RLM-126). Luego agregó lo siguiente:

Una corte que haga eso podría reivindicar la virtud de evitar todo riesgo de prejuicio, pero ésta sea una virtud planteada al precio de poner a las dos partes sobre una base artificial de igualdad probatoria en circunstancias en las cuales la prueba de una parte podría ser evidentemente débil. Una valoración preliminar de la calidad de la pruebas evita el pago de ese precio [...] Se espera que las medidas provisionales (sean

---

*Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Orden de Medidas Provisionales), en el sentido de que:

éstas o no de cumplimiento legalmente obligatorio) sean implementadas y puedan ser inmediatamente productivas o de consecuencias prácticas importantes. La Corte no las indica sin pensar [...] La Corte no puede conocer cuáles son las circunstancias sin tener que considerar la prueba presentada que documente las circunstancias. La Corte debe hacer esto si el Juez Anzilotti tuvo razón en hablar de “la posibilidad del derecho reclamado [...] y la posibilidad del peligro al cual ese derecho estuvo expuesto” (*Polish Agrarian Reform and German Minority, P.C.I.J., Series A/B, No. 58, p. 181*). Si esa es la prueba [...] la Corte está llamada en esta fase a tomar una decisión en cuanto a si existe en la prueba una posibilidad ... de peligro para los derechos [que se reclaman]; no puede hacerlo sin considerar la calidad del material que tiene ante sí.

Id., páginas 359-360. El Juez Shahabuddeen concluyó que aunque no es necesario presentar “prueba absolutamente convincente”, se requiere “credibilidad substancial”. *Id.* p. 360.

19. En particular, la Demandante se basa en informes preparados por ciertas organizaciones no gubernamentales, las cuales dieron a Ecuador una calificación baja en cuestiones de corrupción y de independencia judicial<sup>68</sup>. No obstante, estos informes difícilmente son una evaluación concluyente del sistema judicial de Ecuador (mucho menos prueba de mal trato a la Demandante”, puesto que se basan en percepciones en lugar de mediciones directas<sup>69</sup>.

20. La Demandante invoca también el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005<sup>70</sup>. Sin embargo, lo cita de manera selectiva pues no menciona que el mismo informe expresa en el párrafo 21 que

...la asunción de un nuevo Gobierno el 20 de abril del 2005, así como también las iniciativas adoptadas desde su llegada al poder, *constituyen un signo positivo para el restablecimiento de algunas de las instituciones*; cuya desestabilización se cuestiona en este informe y que resultan ser fundamentales

---

<sup>68</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 216.

<sup>69</sup> El Informe del Foro Económico Mundial sobre Competitividad Global ha sido tildado de ser “demasiado amplio, con un enfoque sesgado y una metodología con deficiencias. Muchas medidas cualitativas son vagas, redundantes o erróneas”. Véase S. Lall, *and Developing Countries: An Economic Evaluation of the Global Competitiveness Report* [Índices de Competitividad y Países Desarrollados: Una evaluación económica del Informe sobre competitividad mundial, 29(9) WORLD DEVELOPMENT 1501 (2001) (REM-8).

<sup>70</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 217.

para la protección de los derechos humanos, como, por ejemplo, el buen funcionamiento de un poder judicial, independiente e imparcial. En este marco, el proceso de nombramiento de los jueces de la Corte Suprema, que garanticen una selección transparente con verificación internacional *constituye un paso importante*, sobre todo porque ha sido el resultado de un diálogo democrático interno. Continuando en esta línea, la Comisión recibió con consentimiento información proveniente del Gobierno, en la cual se afirma que pronto se nombrará la Corte Constitucional...<sup>71</sup>

21. La Demandante se basa además en la evaluación del país hecha por el Departamento de Estado de los Estados Unidos<sup>72</sup>. Sin embargo, es de conocimiento público que los informes sobre países, preparados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos contienen declaraciones en gran medida similares de un año a otro, lo cual sugiere que no responden o no reflejan muy bien las mejoras o reformas. La propia Demandante está de acuerdo en que “[e]l Departamento de Estado de los Estados Unidos ha hecho declaraciones similares en toda Declaración sobre el Clima para las Inversiones desde el 2009 y en todo Informe por País sobre las Prácticas relacionadas con los Derechos Humanos desde el 2005”<sup>73</sup>. Además, los informes del Departamento de Estado de los Estados Unidos reflejan naturalmente los puntos de vista del Gobierno de los Estados Unidos cuyas relaciones con Ecuador se perciben en general como sujetas a tensión<sup>74</sup>.

22. La Demandante también intenta explotar “fragmentos aislados” de la prensa escrita<sup>75</sup> a fin de pintar un cuadro distorsionado de las reformas judiciales que han recibido el aplauso amplio de organizaciones internacionales y, en realidad, de la propia Demandante<sup>76</sup>. Si bien las alegaciones de corrupción incluidas en dichos

---

<sup>71</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2005), Capítulo IV-Ecuador, ¶ 121 (énfasis agregado) (C-72).

<sup>72</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 218.

<sup>73</sup> *Id.*, fn. 371.

<sup>74</sup> Véase J. Cárdenas, *President Correa's chutzpah hurts Ecuador-U.S. relations*, FOREIGN POLICY, julio del 2012 (REM-3)

<sup>75</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 219.

<sup>76</sup> Véase Notificación de Controversia, p. 1 (“donde se aplaude el “profundo compromiso del Presidente Correa con la solución de problemas con la corrupción judicial”).

informes de prensa no son triviales, la Demandante no aprecia el hecho obvio que se desprende de estos informes de prensa: que Ecuador está dando pasos efectivos para hacer que su Sistema Judicial sea más transparente y eficiente en estos casos mediante la sanción a jueces por corrupción y falta de propiedad”<sup>77</sup>. El hecho mismo de que la prensa y una agencia constitucional anticorrupción establecida critique e identifique las fallas dentro del Sistema Judicial Ecuatoriano y exija acciones correctivas refleja positivamente la independencia, transparencia y eficiencia del Sistema Judicial Ecuatoriano.

23. Que la Demandante se basara en la aparente evaluación del Presidente Correa del Sistema Judicial de Ecuador como “corrupto”, “está cayéndose en pedazos” y una “barbaridad”<sup>78</sup>, eso es lo más ilustrativo de su actitud displicente en su prueba con respecto a su argumento de la “futilidad”. La declaración del Presidente Correa el 25 de enero del 2011<sup>79</sup>, en la cual fue crítico de las cortes ecuatorianas, se hizo en el contexto de obtener apoyo público para un referendo que tenía la finalidad de reformar el Sistema Judicial Ecuatoriano. Él identificó los problemas del Sistema Judicial en sus esfuerzos de cosechar respaldo público para estas reformas. La declaración del Presidente Correa, reportada el 23 de febrero del 2011, con respecto a la “monstruosidad que es el sistema judicial” se hizo para enfatizar los enormes retos que Ecuador confrontaba en su esfuerzo de completar las reformas judiciales de manera eficiente. Para ubicar en el contexto apropiado, el Presidente Correa prosiguió la declaración que la Demandante cita, diciendo lo siguiente:

Y no es que yo pueda garantizar que después de esos (18 meses) todo juez será un juez honesto. Lo que puedo --- garantizar es poner líderes honestos dentro del sistema judicial ... Debe haber liderazgo, para conducir, para guiar, para

---

<sup>77</sup> El Comité Cívico contra la Corrupción, cuya revelación pública del vídeo que evidencia la conducta judicial impropia en la cual la Demandante se basa en el párrafo 219 de su Réplica de la Demandante, es una institución especializada que se ha creado para evitar y luchar contra la corrupción. El Reporte Global sobre Integridad afirma que el Comité es una organización independiente libre de interferencia política y muy efectivo. Véase Global Integrity Report Ecuador: Integrity Indicator, 2007 Assessment (REM-2).

<sup>78</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 4, 31, 34.

<sup>79</sup> Documento Probatorio de la Demandante Exhibit C-110.

motivar, para hacerlo transparente. Eso sí garantizamos. No puedo garantizar que cada uno de los jueces sea honesto”<sup>80</sup>.

24. Uno se pregunta cuál líder político puede, honestamente, garantizar que todos y cada uno de los jueces en un sistema legal sea honesto. De acuerdo al estándar de la Demandante, todo sistema judicial parecería politizado, corrupto y destrozado.

25. Los sucesos del período 2004-2005, a los cuales la Demandante al parecer atribuye significación<sup>81</sup>, no tuvieron ninguna relación con su argumento. En realidad, las cortes inferiores siguieron funcionando sin interrupción durante el período en el cual Ecuador emprendió el proceso de reformas fundamentales que dio como resultado la evaluación y selección de una nueva Corte Suprema basada en los méritos en el 2005. La nueva Corte Suprema seleccionada por los méritos (ahora llamada Corte Nacional de Justicia) ha trabajado de manera independiente, imparcial y eficiente desde su establecimiento en noviembre del 2005. El Informe de Seguimiento presentado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los jueces y abogados, citado por la Demandante, refleja la aprobación internacional de este proceso:

[El] proceso de selección de los miembros de la Corte Suprema tiene algunos aspectos singulares y originales que podrían aplicarse en circunstancias similares. La originalidad de esta experiencia radica en las características del proceso: transparencia, monitoreo público, supervisión por parte de observadores nacionales e internacionales y la participación de jueces provenientes de otros países en la región y de organismos judiciales internacionales, entre ellos, la Asociación Internacional de Jueces ...<sup>82</sup>

26. Siguiendo en el repertorio de las falacias lógicas de la Demandante está su centro de atención en ciertos sucesos en las Cortes especializadas, el Tribunal Electoral y el Tribunal Constitucional<sup>83</sup>. No obstante, la Demandante no puede basarse en sus experiencias, en especial en tiempos de agitación política, a fin de

---

<sup>80</sup> Véase Documento Probatorio de la Demandante Exhibit C-101.

<sup>81</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 221(a)-(c).

<sup>82</sup> Las Naciones Unidas, informe de Seguimiento presentado por el Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, 31 de enero del 2006, ¶ 18 (C-71).

<sup>83</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 221(d).

evaluar la independencia del Sistema Judicial Ecuatoriano. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Electoral, debido a su naturaleza constitucional, como en muchos países, no son instituciones puramente jurídicas<sup>84</sup>. Esta noción es verdad con respecto a la manera en la cual se seleccionan los miembros que la integran<sup>85</sup>, así como también con respecto a los períodos de ejercicio en el cargo y la manera en la cual pueden ser removidos<sup>86</sup>.

27. La Demandante cita una declaración de un ex presidente de la Corte Suprema, quien supuestamente afirmó en el período subsiguiente a la formación de la Asamblea Constituyente en el 2007 que “la realidad judicial y constitucional en nuestro país es una realidad parcial; ya no vivimos ahora plenamente en un estado de derecho”<sup>87</sup>. Sin embargo, la Demandante malinterpreta de manera evidente esta declaración. El Juez Mera simplemente criticaba la Asamblea Constituyente por haber puesto un límite a los salarios en el sector público (con lo cual afectaba los salarios de los 31 Jueces de la Corte Suprema). Al mismo tiempo, él “reconoció la autoridad plena de la Asamblea Constituyente, puesto que la autoridad les fue conferida por los votantes, y él advirtió esto como una cuestión de derecho”<sup>88</sup>.

28. La Demandante malinterpreta asimismo la declaración formulada en el 2009 por la Presidenta de la Comisión de lo Penal y lo Civil de la Asamblea Nacional de Ecuador<sup>89</sup>. La declaración de la Srta. Romo de que “el sistema de justicia [de Ecuador] ha colapsado por completo” se hizo en el contexto de su análisis del papel de otras instituciones en la administración de justicia. Ella enfatizó que “[p]ara administrar justicia, necesitamos que el Fiscal General, el Procurador General, la Defensoría del Pueblo y un sistema judicial coherente y ordenado todos ellos trabajen

---

<sup>84</sup> Véase S. Rose-Ackerman, *Independence, political interference and corruption*, *Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems*, Transparency International, p. 20 fn. 16 (donde se afirma que debido a su “estatus especial”, el uso de datos sobre las cortes constitucionales para medir la independencia de las cortes judiciales puede llevar a “una medida posiblemente engañosa”). (REM-9).

<sup>85</sup> Véase Artículos 209 y 275 de la Constitución Ecuatoriana (RLM-15).

<sup>86</sup> *Id.*, Artículo 130.

<sup>87</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 221(e).

<sup>88</sup> Documento Probatorio de la Demandante Exhibit C-81, p. 2.

<sup>89</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 221(g).

en conjunto ... un sistema de justicia donde exista un gran desequilibrio entre estas partes no le sirve de nada al país”<sup>90</sup>. Esta observación carece de toda pertinencia, de la naturaleza que fuere, para el caso subyacente de la Demandante. En particular, la Srta. Romo también comentó con aprobación sobre la nueva Constitución Ecuatoriana, señalando que “con la promulgación de las nuevas normas la función judicial no sufrió ninguna reducción en sus funciones o responsabilidades ni fue relegada a un segundo plano”, y que “en el nuevo modelo existe una clara separación, donde la Función Judicial es autónoma en relación con las demás funciones del Estado y los jueces de estas entidades”<sup>91</sup>.

29. La Demandante se refiere luego a la declaración del Consejo de la Judicatura de Ecuador, el cual afirmó que la “Función Judicial no es independiente”<sup>92</sup>. La preocupación del Consejo fue que durante el período de transición posterior a la adopción de la nueva Constitución Ecuatoriana, la Función Judicial carecía de autoridad económica y financiera, lo cual tendría un impacto en su independencia<sup>93</sup>. Sin embargo, las reformas subsiguientes que la Demandante anuncia en el párrafo 221 de su Réplica<sup>94</sup> crearon, en cumplimiento de las disposiciones de la Constitución del 2008 y el Referendo realizado en el 2011, una nueva estructura institucional que remediaba varias preocupaciones del Consejo.

30. Por último, la Demandante cita la declaración del Presidente Correa, mediante la cual él declaró la emergencia judicial en Ecuador, “precisamente semanas antes de la decisión del tribunal de apelaciones en el caso NIFA”, como la Demandante enfatiza en tonos dramáticos<sup>95</sup>. Este es otro caso de las libertades de la Demandante con las pruebas. El Presidente Correa declaró el estado de emergencia judicial actuando según la recomendación del Presidente del Consejo de la Judicatura Transitorio porque:

---

<sup>90</sup> Documento Probatorio de la Demandante Exhibit C-91, p. 2.

<sup>91</sup> *Id.*, pp. 2-3.

<sup>92</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 221(g).

<sup>93</sup> Documento Probatorio de la Demandante Exhibit C-98, p. 2 (¶ 1).

<sup>94</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 221(h)-(k).

<sup>95</sup> *Id.*, ¶ 221(i).

[la Función Judicial] (i) no tiene sistemas de información apropiados que permitan que se genere información confiable para la planificación estratégica institucional; ii) los procesos de modernización no han sido sostenidos y, por lo tanto, no se han alcanzado los resultados previstos; iii) las estructuras orgánicas funcionales no están de acuerdo con los requerimientos de la ciudadanía con respecto a la Función Judicial; iv) los procedimientos judiciales no han tomado en cuenta el desarrollo tecnológico y no han mejorado las etapas, fases y pasos de los mismos, lo cual ha conspirado con la falta de oportunidad en la administración de justicia; v) la incorporación de tecnología a los procesos tanto judiciales como institucionales es de vital importancia para erradicar la acumulación de casos, así como también la inacción de los organismos administrativos que han conspirado contra el derecho de los ciudadanos a la administración de justicia eficiente y oportuna; vi) no existe apropiada coordinación entre las diferentes instituciones de la Función Judicial y entre ésta y las agencias involucradas en la justicia y el sistema de seguridad ciudadana; vii) el incremento anual en casos que la Función Judicial debía conocer y atender en el 2008 fue mayor en un cuarenta por ciento (40%) con respecto al 2002; viii) la disminución en la resolución de reclamos en el mejor de los casos fue solo del setenta por ciento (70%) de la predicción de soluciones en el año pasado que debía cumplirse; ix) todas las condiciones antes indicadas han conducido al estancamiento de aproximadamente un millón doscientos cincuenta mil casos que deben ser conocidos<sup>96</sup>.

31. Se desprende que las principales razones para la declaración del Presidente Correa fueron que no se tuvieron en cuenta los avances tecnológicos que pudieran facilitar la administración de justicia, la falta de coordinación entre la diversas agencias e instituciones involucradas en la administración de justicia (lo cual trae a la mente la preocupación expresada por la Srta. Romo) y, lo que es más importante, las demoras notorias en la solución de casos. Estas razones no tienen nada que ver con las irregularidades procesales que alega la Demandante en su caso subyacente. En realidad, la Demandante al parecer se muestra en desacuerdo con la solución oportuna de su caso, mas no con su demora.

---

<sup>96</sup> Documento Probatorio de la Demandante Exhibit C-48, p. 4.

32. En síntesis, es evidente que la lista de horrores de la Demandante no logra establecer su argumento de que el sistema judicial de Ecuador “está plagado de corrupción sistemática e inestabilidad institucional”<sup>97</sup>. En lugar de tener un efecto negativo en la posibilidad de la Demandante de obtener justicia, las reformas al sistema judicial de Ecuador que la Demandante destaca de manera inadvertida, vuelven probable en términos razonables que la Corte Nacional de Justicia corrija los errores de las cortes inferiores, si hubiere alguno, y emitan una decisión que sea coherente con las protecciones básicas del debido proceso y el imperio de la ley.

**2. Las reclamaciones de la Demandante de irregularidades procesales en las cortes inferiores no establece la futilidad de su recurso a la Corte Nacional de Justicia.**

33. La Demandante luego dice que los procesos en su caso subyacente contra NIFA han estado “plagados de múltiples violaciones del derecho procesal ecuatoriano y del debido proceso”<sup>98</sup>. La Demandante luego enumera sus quejas específicas contra los procedimientos en las cortes inferiores, las cuales al mismo tiempo forman las razones para su apelación ante la Corte Nacional de Justicia para casación de la sentencia<sup>99</sup>. La razón por la cual Ecuador no ha impugnado estos supuestos hechos es precisamente esta: están *sub judice* ante la Corte Nacional de Justicia, en el contexto de litigio entre dos partes privadas. Mientras esté pendiente la solución de la apelación de la Demandante, Ecuador no tiene ninguna opinión específica sobre las quejas específicas de la Demandante en relación con su caso subyacente.

34. Sin embargo, al mismo tiempo, es imposible no señalar el grado al cual la Demandante ha forzado su ya muy débil prueba más allá de la razón. Por ejemplo, la Demandante alega que “[l]a parte demandante ecuatoriana, facultada por los jueces ecuatorianos, abusó del proceso penal en un esfuerzo por desalentar la posibilidad de MSDIA de defenderse contra el juicio de NIFA”, y que las investigaciones penales resultantes “tuvieron un efecto desalentador en la posibilidad de MSDIA de

---

<sup>97</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 222.

<sup>98</sup> *Id.*, ¶¶ 13, 15, Parte VI, sección B(1)(c)(2) y ¶ 248.

<sup>99</sup> Primer Dictamen Pericial de Moscoso, ¶ 9 (“Debe advertirse que las irregularidades y violaciones procesales de las leyes sustantivas que MSDIA invoca como fundamento para su solicitud de arbitraje están incluidas en las causas para casación que MSDIA ha invocado en su apelación ante la Corte Nacional de Justicia”).

defenderse contra el juicio de NIFA, y un efecto desalentador en el ejercicio de MSDIA de sus derechos contemplados en el Tratado”<sup>100</sup>. Sin embargo, como la Demandante conoce bien, siempre que una persona privada plantee una denuncia ante las autoridades apropiadas, dichas autoridades están obligadas por la ley a tomar conocimiento de la denuncia<sup>101</sup>. Ecuador no puede ser responsable de que una persona privada presente una denuncia penal, independientemente de su fondo, y procure hacer valer sus derechos ante las autoridades penales ecuatorianas. En todo caso, como la Demandante admite, las investigaciones penales fueron rechazadas porque las autoridades fiscales ecuatorianas consideraron que carecían de fundamento jurídico<sup>102</sup>. Y, desde luego, la Demandante nunca explica cuál fue el efecto disuasivo preciso que esas investigaciones penales tuvieron en la búsqueda de hacer valer sus derechos.

35. El argumento de la Demandante de que los “procesos en Ecuador subsiguientes a la decisión del tribunal de apelaciones han demostrado además la parcialidad e influencia impropia”<sup>103</sup> también carece de mérito. Las alegaciones de la Demandante con respecto a los procesos ante la Corte Nacional de Justicia se abordarán más adelante. En este punto, basta con responder al argumento de la Demandante con respecto a su solicitud de aclaración de la decisión del tribunal de apelaciones. La Demandante se queja esencialmente del procedimiento que se siguió con respecto a su petición, el cual, en su opinión, “sugirió un interés judicial en agilizar el caso”<sup>104</sup>. Sin embargo, la Demandante pierde la visión de la totalidad por centrarse en los aspectos parciales. Como el Dr. Moscoso expresa, una solicitud de aclaración es un “mecanismo que los litigantes emplean normalmente para demorar la ejecución”<sup>105</sup>. En el argumento de la Demandante, el 24 de octubre del 2011, un mes después de la emisión de su decisión, el tribunal de apelaciones fijó una garantía de cumplimiento en el monto de US\$23,500<sup>106</sup>, el cual es, obviamente, más que razonable

---

<sup>100</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 223(f). Véase también Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales, ¶¶ 148-152.

<sup>101</sup> Código de Procedimiento Penal de Ecuador, Artículos 42 y 46 (RLM-82).

<sup>102</sup> Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales, ¶¶ 151-152.

<sup>103</sup> Réplica de la Demandante, Parte VI, sección B(1)(c)(4).

<sup>104</sup> *Id.*, ¶¶ 249-250.

<sup>105</sup> Primer Dictamen Pericial de Moscoso, ¶ 19.

<sup>106</sup> Documento Probatorio de la Demandante Exhibit C-51.

si se considera la sentencia de \$150 millones contra la Demandante. Se desprende que los procesos subsiguientes a la sentencia del tribunal de apelaciones en realidad facilitó el ejercicio de los derechos de apelación de la Demandante, en lugar de socavarlos. En términos llanos, en estas circunstancias, se ha otorgado a MSDIA un “derecho de apelación substancial” en palabras del árbitro en el arbitraje *Finnish Ships*, o un “recurso disponible razonable” en el sentido descrito por el tribunal en *Loewen*, el cual debería operar para impedir su argumento de futilidad.

36. E incluso si existieren irregularidades procesales en los procedimientos ante las cortes inferiores, con respecto a las cuales, en todo caso, la Demandante debe soportar una dura obligación de probar<sup>107</sup>, los argumentos de la Demandante no establecen que la Corte Nacional de Justicia decidirá lo mismo, *i.e.*, que no aceptará las causas de MSDIA para la casación<sup>108</sup> (y ciertamente esta no es la percepción de la Demandante, como se demostró anteriormente). Si bien los sistemas legales se esfuerzan por alcanzar la perfección en todos los niveles, también reconocen que es improbable alcanzar ese resultado. Es precisamente por esta razón que el sistema legal de Ecuador, al igual que todos los sistemas legales desarrollados, toma medidas previsivas amplias para la apelación y también incluye otras disposiciones para impugnar las decisiones de las cortes inferiores por razones que violen las salvaguardas constitucionales. Se supone que la mayoría de los errores procesales han de corregirse en las cortes internas, a través de un proceso que sea “más determinado, más confiable, más legítimo y menos intrusivo en la soberanía” que la revisión de un tribunal internacional en los términos de un tratado bilateral de inversiones<sup>109</sup>. Para los fines del derecho internacional, se debe presuponer que el sistema legal de Ecuador incluye los procedimientos de apelación y revisión para los cuales éste establece, a

---

<sup>107</sup> F. García Amador, L. Sohn and R. Baxter, CODIFICATION OF THE LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURY TO ALIENS (1974), p. 198 (comentario al artículo 8) (RLM-88). De acuerdo al tribunal en *Loewen*, no se requiere mala fe sino que se debe demostrar una “manifiesta injusticia en el sentido de falta del debido proceso que lleve a un resultado que cause indignación a un sentido de rectitud judicial”. *Loewen*, ¶ 132 (RLM-37).

<sup>108</sup> Como explica el Dr. Moscoso, la Corte Nacional de Justicia tiene plena jurisdicción para revisar *de novo* todos los hechos y pruebas presentadas en las cortes inferiores, dentro del alcance de las cuestiones en apelación presentadas por las partes. Segundo Dictamen Pericial de Moscoso, ¶ 4.

<sup>109</sup> W. Dodge, *Loewen contra los Estados Unidos: Trials and Errors under NAFTA Chapter Eleven*, 52 DEPAUL L. REV. 563, 573 (2002) (RLM-132).

menos que los procedimientos sean obviamente fútiles e inefectivos, lo cual la Demandante en todo caso no logra establecer.

**3. Lejos de constituir indicios de corrupción entre los demandantes y jueces relacionados con el litigio NIFA, las alegaciones de MSDIA pintan el cuadro de un sistema receptivo que está en marcada contradicción con su alegación de un sistema “fundamentalmente defectuoso”.**

37. La Demandante también argumenta que la propietaria de la demandante en el litigio subyacente ha sido acusada previamente de corrupción, y los jueces responsables de emitir las decisiones de las cortes inferiores contra MSDIA han sido objeto de investigación y medidas disciplinarias por parte del gobierno ecuatoriano. Sobre la base de estas alegaciones, la Demandante sostiene que perseguir recursos adicionales es “improbable” que lleve a que la Corte Nacional de Justicia corrija las supuestas violaciones en las cortes inferiores<sup>110</sup>. Aparte del hecho de que no es suficiente demostrar que es “improbable” que un recurso adicional sea exitoso para los fines de la regla de agotamiento de los recursos locales<sup>111</sup>, la Demandante no explica cómo estas alegaciones afectarían la manera en que la Corte Nacional de Justicia decida su caso. Además, las insinuaciones y especulaciones de la Demandante acaban por socavar los frágiles fundamentos de su argumento de “futilidad” al establecer en realidad la receptividad del Sistema Judicial Ecuatoriano a las acusaciones de corrupción. Es la ausencia de procedimientos correctivos lo que debería ser preocupante; no su presencia.

38. En primer lugar, la Demandante argumenta que el gerente general de NIFA “ha sido descrito públicamente ... como una figura corrupta con una historia de sobornos a funcionarios del gobierno”<sup>112</sup>. La Demandante luego invoca un incidente no relacionado que involucró a otra compañía de propiedad del Sr. García, el cual ocurrió hace 25 años. La Demandante nunca explica la pertinencia de este caso para el

---

<sup>110</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 16 y Parte VI, sección B(1)(c)(1)(a)-(c).

<sup>111</sup> Véase también C. Amerasinghe, LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW (1990), p. 195 (“[e]l arbitraje de *Finnish Ships* dejó en claro que la prueba es la futilidad obvia o la manifiesta inefectividad, no la ausencia de posibilidad razonable de éxito o la improbabilidad de éxito ...”) (énfasis agregado) (RLM-78).

<sup>112</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 226.

litigio subyacente con NIFA y cómo éste establece que su recurso a la Corte Nacional de Justicia sea fútil. Lo que es más, la propia Demandante admite que el Sr. García fue sujeto a una investigación penal, que el contrato en investigación fue rescindido, que el Ministro de Salud que adjudicó el contrato fue obligado a renunciar, y que varios otros funcionarios del Ministerio de Industrias fueron arrestados<sup>113</sup>. Este es difícilmente el cuadro de un sistema “fundamentalmente defectuoso” en el cual la corrupción prolifere sin control con la impunidad.

39. En segundo lugar, la Demandante señala que la Jueza Chang Huang, quien emitió la sentencia en el tribunal de primera instancia, fue posteriormente destituida de su cargo judicial por actos ilícitos<sup>114</sup>. Cualesquiera sean las denuncias que llevaron a su remoción del cargo, éstas no tienen ninguna relación en absoluto con el caso subyacente de la Demandante<sup>115</sup>.

40. La Demandante plantea también que la Jueza Chang Huang “ha reconocido abiertamente que su decisión en el litigio NIFA ‘representa una mala administración de justicia que no se realizó sobre el fondo’”<sup>116</sup>. ¿Cuál es la prueba que la Demandante invoca para substanciar este planteamiento impresionante? Dos declaraciones testimoniales, con contenido obvio favorable para sus intereses que fueron ordenados en gran medida por su abogado local de la defensa<sup>117</sup>. Sin embargo, lo que es más interesante es que la Demandante presentó estas declaraciones testimoniales en su reclamación contra la Jueza Chang Huang ante el Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Pichincha. La Demandante no ha considerado pertinente presentar la decisión dictada en su caso<sup>118</sup>. Y por razones obvias, como se demuestra a continuación.

41. La corte ecuatoriana desestimó el testimonio de los testigos invocados por la

---

<sup>113</sup> *Id.*, ¶¶ 227-228.

<sup>114</sup> *Id.*, ¶ 231.

<sup>115</sup> *Id.*, ¶¶ 231-232, 234.

<sup>116</sup> *Id.*, ¶ 238.

<sup>117</sup> Documentos Probatorios de la Demandante Exhibits C-88 y C-89.

<sup>118</sup> Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, *Daveler contra Chang Huang*, Caso No. 2009-0477 (REM-4).

Demandante en el presente arbitraje de acuerdo con el Artículo 216 (6) del Código de Procedimiento Civil, donde se declara que los testigos en cuestión tienen una “relación de dependencia” con el bufete de abogados de Quevedo & Ponce (los abogados locales de la defensa de la Demandante), y, por lo tanto, no son imparciales<sup>119</sup>. La corte rechazó también el reclamo de que MSDIA no recibió oportunamente la notificación de la decisión de la Jueza Chang Huang, basada en un examen forense de la prueba electrónica que revelaba que la decisión se había enviado oportunamente a través del correo electrónico y se la había enviado en su totalidad. En realidad, un ayudante del Dr. Luis Ponce (el abogado local de la defensa de la Demandante) estuvo presente al momento de este examen y pudo él mismo recuperar una copia de toda la decisión del archivo electrónico en revisión<sup>120</sup>. Ninguno de los peritos encontró ninguna prueba de intervención humana o de falla técnica en el sistema de correo electrónico. Además, no hubo ninguna prueba de que la notificación de entrega al casillero físico no se haya enviado<sup>121</sup>. La Corte decidió también que esta corte no podía decidir sobre las demás alegaciones de arbitrariedad de la Jueza Chang Huang, porque la decisión de esta última había sido apelada ante otra corte, y toda decisión sobre la idoneidad de la decisión de la Jueza Chang Huang sería una interferencia impropia en el manejo de la apelación por parte de la corte<sup>122</sup>. La Demandante no ha mencionado ninguno de estos hechos, ha preferido ocultar al Tribunal lo concerniente a la historia completa.

42. En todo caso, las alegaciones de la Demandante contra la Jueza Chang Huang están *sub judice*, y la destitución del cargo de la Jueza es un hecho pertinente que se ha puesto en conocimiento de la Corte Nacional. Las alegaciones de la Demandante contra la Jueza Chang Huang no establecen de ninguna manera su argumento de que su recurso a la Corte Nacional es fútil.

43. Por último, la Demandante señala el hecho de que el Juez Palacios, presidente del panel del tribunal de apelaciones que emitió la decisión que ésta apeló ante la

---

<sup>119</sup> *Id.*, pp. 9-10. Los dos testigos acompañados del abogado local de la defensa de la Demandante para solicitar una decisión sobre un divorcio por mutuo consentimiento.

<sup>120</sup> *Id.*, p. 9.

<sup>121</sup> *Id.*, p. 11.

<sup>122</sup> *Id.*, p. 12.

Corte Nacional de Justicia ha sido sometido a investigación y acción disciplinaria por corrupción en casos que no están relacionados con el litigio NIFA<sup>123</sup>. Una vez más, la Demandante no logra explicar cómo este hecho apoya su argumento de que su recurso a la Corte Nacional de Justicia sea fútil. Lo que es más, la Demandante no puede mantenerse al margen del hecho de que el Juez Palacios fue absuelto<sup>124</sup>, un resultado descrito por la prueba en la cual la Demandante se basa como una “corrección de un error”<sup>125</sup>.

44. En síntesis, la mayor parte de las alegaciones de la Demandante se basan en la especulación en lugar del hecho. Y, lejos de constituir indicios de corrupción entre los demandantes y jueces relacionados con el litigio NIFA, aquellos que no tienen ninguna fundamentación fáctica en absoluto describen un cuadro de un sistema receptivo que está en franca contradicción con la alegación de la Demandante de un sistema “fundamentalmente defectuoso”. El Sistema Judicial Ecuatoriano toma con seriedad las alegaciones formales de corrupción y mala conducta; los investiga con oportunidad y en forma cabal; permite que los jueces acusados ejerzan su derecho a la defensa; e impone según cada caso los recursos disciplinarios apropiados que varían desde la suspensión hasta la destitución total.

**4. No puede haber ninguna alegación seria de que los procesos ante la Corte Nacional de Justicia estén manchados o que no permitan una posibilidad de éxito razonable para MSDIA.**

45. Si se lleva el argumento de “futilidad” al extremo fuera de toda proporción, la Demandante por último inventa el argumento de que los procesos ante la Corte Nacional de Justicia evidencian “un interés judicial impropio en agilizar [su] caso”<sup>126</sup>. Para la Demandante, la determinación del tiempo de la aceptación del recurso de casación presentado por la Demandante y de la programación del alegato no tiene sino una explicación: “si la corte existente en ese entonces, y los jueces cuyas identidades habían sido conocidas por el Sr. García y el Juez Palacios desde hace mucho tiempo

---

<sup>123</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 241-243.

<sup>124</sup> *Id.*, ¶ 244.

<sup>125</sup> Documentos Probatorios de la Demandante Exhibits C-113, C-114.

<sup>126</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 13, 17, 252-256, 258.

debían conocer del caso, se tendría que haber agilizado dicho caso”<sup>127</sup>.

46. Este es un argumento ridículo. Las alegaciones de la Demandante son completamente infundadas y, además, se contradicen por el hecho. Como la Demandante admite, “Por razones que MSDIA desconoce, los jueces que conocieron del argumento *no dictaron finalmente una decisión antes de que expirara su período de desempeño en el cargo el 25 de enero del 2012*”<sup>128</sup>. Por supuesto, esto significa que el argumento subyacente de la Demandante será decidido por los jueces entrantes<sup>129</sup>. En consecuencia, la base para el argumento de “interés judicial impropio” esgrimido por la Demandante se desvanece por completo.

47. Lo que es más, la Demandante no puede establecer que la supuesta agilización de su caso perjudicara sus derechos de alguna manera. Ocurre en realidad lo contrario: a la luz de los problemas de estancamiento en el trámite de casos identificados en el sistema judicial de Ecuador, la administración eficiente del caso de la Demandante por parte de la Corte Nacional de Justicia debe ser loable. La Demandante presenta solo una insinuación de perjuicio cuando hace su comentario de que “[l]a elección coordinada del tiempo de la audiencia volvió imposible que los representantes corporativos de MSDIA en los Estados Unidos asistieran a la audiencia”<sup>130</sup>. La Demandante no explica por qué el debido proceso requeriría la presencia de sus gerentes domiciliados en los Estados Unidos, dado que ésta tenía gerentes locales. Pero, lo que es incluso más importante es el hecho de que la coordinación “inusual” de la audiencia no perjudicó el derecho de MSDIA a representación; como la Demandante admite, el abogado de la defensa ecuatoriano de MSDIA *sí* asistió y presentó el alegato ante la Corte<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> *Id.*, ¶ 257.

<sup>128</sup> *Id.*, ¶ 259 (énfasis agregado).

<sup>129</sup> *Id.*, ¶ 260.

<sup>130</sup> *Id.*, ¶ 258.

<sup>131</sup> *Id.* (énfasis agregado). Además, como la Demandante admite, después de la audiencia, el abogado ecuatoriano de la defensa de MSDIA presentó escritos posteriores a la audiencia, los cuales posiblemente podían incluir alguna contribución que el abogado de la defensa domiciliado en los Estados Unidos quisiera hacer.

*Id.*

48. El último intento de la Demandante de convencer con su argumento se basa asimismo en la especulación no fundamentada en el hecho. Sostiene que “se ha incorporado nueva incertidumbre al proceso de decisión de casos en la Corte Nacional de Justicia”, en virtud del nombramiento de 21 Jueces temporales para la Corte, entre los cuales se incluye uno de los Jueces (el Juez Sánchez) que estuvo en el panel previo de jueces asignados al caso *NIFA* ante la Corte Nacional de Justicia (y fue reemplazado el 25 de enero del 2012)<sup>132</sup>. Desde luego, la “incertidumbre” no es el estándar para la futilidad. Además, nada concerniente a las probabilidades de la Demandante en la apelación puede inferirse del hecho de que el Juez Sánchez estuviera en el panel original. Pero, lo más elocuente es, aunque la Demandante no lo menciona, el hecho de la cuestión de que el Juez Sánchez en realidad *no* está entre los Jueces que decidirán el caso<sup>133</sup>.

#### **5. La invocación de la Demandante a la jurisprudencia es inútil.**

49. A la luz de lo antes expuesto, el recurso de la Demandante a la Corte Nacional de Justicia, y su búsqueda de una reparación que puede remediar totalmente la supuesta violación de sus derechos, no es fútil dado que se ha puesto de manera razonable a disposición a la Demandante, por lo menos, una probabilidad de éxito razonable; por lo tanto, al momento, la Demandante no ha agotado los recursos locales en Ecuador. Y la jurisprudencia que la Demandante cita en los párrafos 208-212 de su Réplica apoya completamente esta proposición.

50. En *Loewen*, por ejemplo, el tribunal afirmó que si una apelación eliminara el riesgo de ejecución inmediata contra los activos de la parte perdedora, no sería una reparación “disponible en términos razonables”<sup>134</sup>. Como es obvio, esto no ocurre en el presente caso. La garantía de cumplimiento que suspendió la ejecución de la sentencia de *NIFA* mientras está pendiente la solución de su apelación ante la Corte Nacional de Justicia se fijó en \$23.500, una cantidad que está muy dentro de las capacidades financieras de la Demandante.

---

<sup>132</sup> *Id.*, ¶¶ 17, 261.

<sup>133</sup> Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Orden, 30 de mayo del 2012 a las 11:20 (REM-7).

<sup>134</sup> *Loewen*, ¶ 208 (RLM-37).

51. Los Estados Unidos argumentó además que Loewen podía haber impugnado el requisito de la garantía de cumplimiento y su aplicación en este caso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos o haberse declarado en quiebra según el Capítulo 11 del Código de Quiebras de los Estados Unidos (el cual permite una forma de quiebra protectora y habría impedido la ejecución de la sentencia). Loewen negó que hubiera una posibilidad real de éxito en las Cortes Federales y rechazó la vía del Capítulo 11 como una opción viable. El Tribunal sostuvo que a Loewen le correspondía la obligación de demostrar por qué los diversos recursos que ésta podría haber perseguido, específicamente la impugnación al requisito de la garantía de cumplimiento en la Corte Suprema de los Estados Unidos, no estuviera de hecho disponible para éste en términos razonables, y determinó que éste no había logrado cumplir esa obligación. Al tribunal “sencillamente no le quedó otra opción que especular sobre las razones que indujeron a la decisión de [concluir la transacción] en lugar de perseguir otras opciones” y éste no fue un caso en el cual “pueda decirse que [la conclusión del contrato de transacción] fuera el único camino que podía esperarse en términos razonables que Loewen tomara”<sup>135</sup>.

52. En *Ambatielos*, el Reino Unido objetó la admisibilidad del reclamo, *inter alia*, por la razón de que el Sr. Ambatielos no agotó sus derechos de apelación después de haber presentado su apelación contra la decisión del Magistrado Hill. El tribunal declaró que “la omisión del Sr. Ambatielos en cuanto a proseguir la apelación general que había iniciado contra la decisión del Sr. Magistrado Hill se consideraría de ordinario como una falta de agotamiento de los recursos locales. Dicha omisión exige alguna excusa o explicación”. Sostuvo además que “[s]ería injusto sostener que debería permitirse que una parte que, por no haber agotado sus oportunidades en la Corte de primera instancia, ha causado que una apelación llegara a ser fútil se base en este hecho a fin de liberarse de la regla de agotamiento de los recursos locales”<sup>136</sup>.

53. Por último, en *Pantechniki*, el Árbitro Paulsson “no fue persuadido” por el argumento de la Demandante de que “ya es suficiente” con respecto a la prosecución de sus reclamos ante las cortes albanesas, advirtiendo que él no podía suponer:

---

<sup>135</sup> *Id.*, ¶ 216.

<sup>136</sup> *Ambatielos*, p. 122 (RLM-6).

que los tribunales de apelación siempre podrían o estarían dispuestos a conducirse de acuerdo con el estándar internacional mínimo. No estoy seguro de que en verdad entiendo por qué la Demandante no suspendió el curso ante las cortes albanesas. Pero es inevitable que su omisión en dar el paso final en la línea recta hasta la Corte Suprema es nefasta para su reclamo de denegación de justicia<sup>137</sup>.

54. En el presente caso, la Demandante ha dado un paso crucial, pero, ciertamente, no el paso final al cual Paulsson alude<sup>138</sup>. A la luz de la omisión de la Demandante en cuanto a substanciar su argumento sobre la futilidad, debe permitirse que el proceso que ésta inició siga su curso sin interrupción o interferencia de tal manera que la Demandante obtenga lo que aspira a conseguir mediante la presentación de esta solicitud de medidas provisionales.

## 6. Conclusión

55. La Demandante realizó una evaluación independiente de la idoneidad y efectividad del Sistema Judicial de Ecuador y decidió perseguir una apelación de la sentencia en *NIFA contra MSDIA* en la Corte Nacional de Justicia. Los propios estados financieros de la Demandante presentados ante la Superintendencia de Compañías de Ecuador demuestran su firme confianza al 25 de abril del 2012 en que los procesos ante la Corte Nacional de Justicia dieran como resultado “una decisión favorable para la sucursal”<sup>139</sup>. Esta es una admisión clara por parte de la Demandante de que, *por lo menos*, ésta tiene probabilidades razonables de prevalecer sobre el fondo de su litigio subyacente. Esto por sí solo debería ser dispositivo de este argumento de la “futilidad”.

---

<sup>137</sup> *Pantehniki*, ¶ 102 (RLM-47).

<sup>138</sup> Si bien es verdad que la presentación de una apelación por parte de la Demandante ante la Corte constitucional no suspendería la ejecución de una sentencia adversa emanada de la Corte Nacional de Justicia, como el Dr. Moscoso explica, una impugnación subsiguiente ante la Corte Constitucional tendrá oportunidades de éxito reales. Segundo Dictamen Pericial de Moscoso, ¶ 19. En caso de que la Corte Constitucional anulare la sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia, MSDIA podría solicitar indemnización por daños por enriquecimiento injusto resultante de NIFA a causa de la ejecución indebida de la sentencia. Primer Dictamen Pericial de Moscoso, ¶ 17.

<sup>139</sup> Presentación de Estados Financieros de MSDIA el 30 de abril del 2012 a la *Superintendencia de Compañías*, ¶ 18 (REM-5).

56. Habiendo<sup>140</sup> perseguido efectivamente sus derechos de apelación ante la Corte Nacional de Justicia, y a la luz de sus admisiones con respecto a sus posibilidades de éxito, los comentarios desdeñosos de la Demandante suenan falsos<sup>141</sup>. Como expresó con genialidad el Juez Hersch Lauterpacht en una opinión separada en el caso *Norwegian Loans*, la prueba para el agotamiento es si la posición legal es “tan perfectamente clara que permita excluir, como materia de posibilidad razonable, toda reparación efectiva”<sup>142</sup>. La Demandante ni siquiera se aproxima a satisfacer esta prueba.

**C. Debido a que la Demandante no ha agotado todos los recursos disponibles y efectivos, la Demandante no tiene ningún derecho elegible para protección a través de medidas provisionales.**

57. A la luz de lo antes expuesto, visto en el contexto de sus admisiones de que la responsabilidad estatal por la acción judicial exige una acción final del sistema judicial, la afirmación de la Demandante de derechos al amparo del Tratado que han sido “violados por los procedimientos en las cortes nacionales de Ecuador en el litigio *NIFA contra MSDIA*”<sup>143</sup> es insostenible. Es precisamente por esta razón que los llamados derechos de la Demandante según el Tratado no pueden recibir protección a través de medidas provisionales. Mientras la Demandante no agote los recursos locales en Ecuador, ésta no tiene ninguno de los derechos que ésta pueda hacer valer contra Ecuador a nivel internacional y, en consecuencia, ninguno de los derechos capaces de recibir protección a través de medidas provisionales. En otras palabras, puesto que la Demandante no tiene ninguno de los derechos conocibles por el derecho internacional en esta fase, la solicitud de la Demandante de medidas provisionales

---

<sup>140</sup> Se recuerda que el tribunal de apelaciones fijó una garantía de cumplimiento para la suspensión de su sentencia pendiente de resolución de la apelación de MSDIA ante la Corte Nacional, garantía que asciende a US\$23.500, cantidad que es más que razonable si se considera la sentencia de \$150 millones contra la Demandante, con lo cual se facilita el ejercicio de sus derechos de apelación, en lugar de socavarlos.

<sup>141</sup> En realidad, las generalizaciones de la Demandante de que el Sistema Judicial Ecuatoriano es corrupto no establece su argumento más de lo que las generalizaciones de que las compañías farmacéuticas participan en prácticas corruptas en los países en desarrollo establecen que la Demandante se ha involucrado en esa clase de prácticas en Ecuador.

<sup>142</sup> Opinión Separada del Juez Sir Hersch Lauterpacht in *Certain Norwegian Loans (Francia contra Noruega)*, Sentencia (6 de julio de 1957), I.C.J. Reports 1957, p. 9, en 39 (RLM-124).

<sup>143</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 106.

fracasa<sup>144</sup>.

58. La Demandante intenta restarle mérito a este hecho cuando alega que sus derechos según el Tratado “llegaron a existir el día que el Tratado entró en vigencia, y siguen existiendo hasta la fecha”<sup>145</sup>. Sin embargo, como se demostró anteriormente, sea según el derecho internacional general o de acuerdo a disposiciones específicas del Tratado, Ecuador le debe a la Demandante un *sistema* de justicia que otorgue un trato justo y equitativo y no discriminatorio<sup>146</sup>. Y, dado que la acción judicial es una de principio a fin, “el Estado no se ha pronunciado sino cuando se han agotado todas las apelaciones”<sup>147</sup>.

59. En palabras de Sir Christopher Greenwood:

Mientras el sistema mismo provea una garantía suficiente de dicho trato, el Estado no estará en violación de sus obligaciones internacionales meramente porque un tribunal de primera instancia dictare una decisión defectuosa que pueda corregirse en apelación ... Se desprende que la responsabilidad del Estado por una denegación de justicia se origina *solo si el sistema como un todo produce una denegación de justicia*. Cuando existe una sentencia evidentemente defectuosa dictada por una corte inferior, esto no equivaldrá a una denegación de justicia – **y en consecuencia no constituirá una violación del derecho internacional por parte del Estado** – si el nacional extranjero tiene a su disposición un medio efectivo de impugnar la sentencia<sup>148</sup>.

60. Esta es una proposición indiscutida<sup>149</sup>, confirmada además por el carácter de la obligación de proveer un sistema de justicia justo y eficiente como una “obligación

---

<sup>144</sup> *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales (17 de agosto del 2007) (Fortier, Stern, Williams), ¶¶ 86, 101 (RLM-45).

<sup>145</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 109.

<sup>146</sup> Sir C. Greenwood, *State Responsibility for the Decisions of National Courts* in ISSUES OF STATE RESPONSIBILITY BEFORE INTERNATIONAL JUDICIAL INSTITUTIONS (M. Fitzmaurice & D. Sarooshi eds., 2004), p. 61 (RLM-129) (“Greenwood”).

<sup>147</sup> *Loewen*, ¶ 143 (RLM-37).

<sup>148</sup> Greenwood, p. 61 (énfasis agregado) (RLM-129).

<sup>149</sup> Véase, v.g., *Loewen*, ¶ 156 (RLM-37); International Law Commission, Special Rapporteur J. Dugard, Second Report on Diplomatic Protection, U.N. Doc. A/CN.4/514 (2001), ¶ 64 (RLM-98).

de resultado”<sup>150</sup>. Una obligación de resultado presupone alguna forma de finalidad de la acción:

Cuando la conducta del Estado ha creado una situación que no sea acorde con el resultado que le exige una obligación internacional, pero la obligación permite que éste resultado u otro equivalente se alcance no obstante a través de la conducta subsiguiente del Estado, existe una violación de la obligación solo si el Estado tampoco logra, a través de su conducta subsiguiente, alcanzar el resultado que le exige dicha obligación<sup>151</sup>.

61. A través de la perspectiva de una obligación de resultado, el ilícito internacional de denegación de justicia se materializa solo cuando el Estado “no ha aprovechado ninguna de las oportunidades a su disposición para producir el resultado que se requiere”<sup>152</sup>.

62. En términos sencillos, ninguna violación del derecho internacional, sea el derecho internacional general o bien las disposiciones específicas del Tratado, habrán ocurrido solo cuando se hayan agotado los recursos locales. Es solo cuando fracase un intento de un nacional extranjero de remediar la situación en el ámbito nacional que se consuma la violación del derecho internacional. Se desprende que el requisito de agotamiento de los recursos locales es fundamental para la cuestión de si la responsabilidad internacional surge en absoluto en esta fase de los procesos. Si la

---

<sup>150</sup> Greenwood, p. 67 (RLM-129).

<sup>151</sup> *International Law Commission, Report on the work of the Twenty-ninth Session* (9 de mayo al 29 de julio de 1977), U.N. Doc. A/32/10, artículo 21 (RLM-95).

<sup>152</sup> Greenwood, p. 67 (RLM-129). La distinción entre obligaciones de resultado y obligaciones de conducta no llegó a incorporarse al borrador final de los artículos, puesto que el Relator especial Crawford no la consideró útil en un conjunto de artículos generales que tenían que ver con las reglas secundarias de la responsabilidad de los Estados (*i.e.*, el marco jurídico de la responsabilidad) en lugar de las reglas específicas por cuya violación el Estado incurriría en responsabilidad internacional. Véase *International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, Y.B. INT'L L. COMMISSION, 2001, vol. II, Parte Dos, Comentario de la ILC al artículo 12, ¶ 11 (RLM-97). Sin embargo, el Profesor Crawford no discute la regla de la finalidad judicial. Como él observó en su Segundo Informe, “[t]ambién existen casos en los cuales la obligación es tener un sistema de cierta clase, v.g., la obligación de establecer un sistema de justicia justo y eficiente. Allí, las consideraciones sistémicas se incorporan a la cuestión de la violación, y una decisión anómala por parte de un funcionario de jerarquía inferior, que sea susceptible de consideración, no equivale en sí ni por sí mismo a un acto ilegal”. *International Law Commission, Second Report by Special Rapporteur J. Crawford on State Responsibility* [Segundo Informe presentado por el Relator Especial J. Crawford sobre la Responsabilidad de los Estados], U.N. Doc. A/CN.4/498, ¶ 75 (RLM-96).

Demandante no puede hacer valer derechos contra Ecuador a nivel internacional, ésta no tiene derechos que puedan recibir protección a través de medidas provisionales.

63. La Demandante se queja de que el argumento de Ecuador, el cual, como se advirtió anteriormente, es perfectamente coherente con la posición según el derecho internacional, “significaría efectivamente que ningún inversionista extranjero podría solicitar alguna vez medidas cautelares provisionales para evitar el daño irreparable que emanare de una denegación de justicia, y que ningún tribunal podría alguna vez otorgar reparación provisional para impedir esta clase de daño irreparable a los derechos del inversionista al amparo de un derecho bilateral de inversiones”<sup>153</sup>.

64. Este argumento es, desde luego, falso. Ecuador no argumenta ahora que ningún inversionista podría solicitar alguna vez protección provisional para evitar daño irreparable que emanare de una denegación de justicia. Ecuador solo cuestiona si una denegación de justicia ha ocurrido en realidad en el presente caso, cuando la Demandante está en el proceso de hacer valer sus derechos de apelación en las cortes ecuatorianas, y si las circunstancias del presente caso ameritan su solicitud de medidas provisionales. En realidad, se podría afirmar igualmente que la reivindicación de la Demandante de un derecho que no está listo para protección según el Tratado tiene implicaciones de gran alcance; si ésta llegare a tener éxito, permitiría efectivamente la manipulación de la institución de las medidas provisionales por parte de inversionistas demandantes deseosos de coaccionar a los Estados bajo la amenaza de arbitraje internacional<sup>154</sup>.

65. A la luz de lo anterior, Ecuador mantiene que la Demandante no tiene ningún “derecho “que el Tribunal deba proteger “necesariamente” a través de medidas

---

<sup>153</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 39.

<sup>154</sup> Por ejemplo, la Demandante al parecer sugiere que solo aceptará el veredicto del Sistema Judicial de Ecuador si le es favorable. De no ser así, el sistema judicial de Ecuador es “corrupto, ineficiente y carece del debido proceso”. El verdadero propósito de la Demandante al plantear este arbitraje y solicitar medidas provisionales parecería ser utilizar este Tribunal para sabotear un juicio privado en Ecuador y subvertir el sistema de justicia incluso aunque la República del Ecuador no sea, y nunca ha sido, una parte en ese litigio privado. La Demandante afirma en su Réplica que: “MSDIA ha actuado con agilidad, así como también con el debido respeto hacia los procedimientos en Ecuador: plantea este arbitraje en el mismo mes que la Corte Nacional de Justicia admitió su apelación...” Réplica de la Demandante, fn. 271. Sin embargo, también afirma con audacia que “no necesita esperar una decisión definitiva adversa de la Corte Nacional de Justicia”. *Id.* ¶ 263.

provisionales de acuerdo al Artículo 26 de las Reglas de la CNUDMI. Esta realidad es fatal para la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales y, por esta sola razón, debe rechazarse.

**D. Por las mismas razones, la Demandante no ha logrado establecer una probabilidad de éxito sobre el fondo de su caso sobre responsabilidad y jurisdicción.**

66. Por último, la omisión de la Demandante en cuanto a establecer la futilidad de su recurso continuo a la Corte Nacional de Justicia es fatal para su posibilidad de demostrar una probabilidad razonable de prevalecer en su argumento, con respecto a la jurisdicción, así como a la responsabilidad. En ausencia de una acción definitiva por parte del Sistema Judicial Ecuatoriano, la Demandante no logra demostrar ninguna probabilidad de que pueda establecer que el Tribunal tenga jurisdicción, o que ésta prevalecerá sobre el fondo de su reclamo subyacente<sup>155</sup>.

**1. La Demandante no ha establecido un caso *prima facie* de responsabilidad de Ecuador de acuerdo al Tratado.**

67. Connotados analistas sobre las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI han sugerido que:

---

<sup>155</sup> La Demandante intenta con cautela suscitar duda sobre la naturaleza obligatoria del requisito del caso *prima facie* sobre los méritos al considerar una solicitud de medidas provisionales. Réplica de la Demandante, ¶¶ 28, 195-196. Sin embargo, el abogado experimentado de la defensa de la Demandante sin duda conoce que el requisito es siempre un factor que se ha de considerar al otorgar medidas provisionales, aunque *sotto voce* ocasionalmente. G. Kaufmann-Kohler & A. Antonietti, *Interim Relief in International Investment Agreements* en *ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A GUIDE TO KEY ISSUES* (K. Yannaca-Small ed., 2010), pp. 533-534 (“Kaufmann-Kohler & Antonietti”) (RLM-90). El Artículo 26(3)(b) de la versión 2010 de las Reglas deja en claro que se requiere “una posibilidad razonable de que la parte peticionaria prevalezca en el fondo del reclamo”. Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (revisadas en el 2010), artículo 26(3)(b) (RLM-131).

Aunque en la fase de medidas provisionales un tribunal arbitral no debería estar demasiado preocupado por el fondo del caso, no se debería aprobar una solicitud de medidas provisionales presentada por una parte cuyo caso sin duda carezca de mérito. No puede haber prejuicio si existe poca o ninguna probabilidad de que el supuesto derecho amenazado sea reconocido como un derecho<sup>156</sup>.

68. Este es precisamente el caso presente. Como se demostró con anterioridad, el argumento de la Demandante de denegación de justicia evidentemente carece de mérito, en ausencia de una acción definitiva por parte del Sistema Judicial Ecuatoriano. Igualmente infundada es la aseveración de futilidad de la Demandante, la cual ésta no puede mantener frente a su búsqueda vigorosa de una reparación ante la Corte Nacional de Justicia y la confianza en obtener un resultado que le sea favorable, así como también sus alegaciones totalmente infundadas contra el sistema judicial de Ecuador. Por lo tanto, la solicitud de la Demandante de medidas provisionales no debería aprobarse, *inter alia*, por no haber establecido el requisito de probabilidad de éxito de sus aseveraciones de responsabilidad legal según el Tratado.

69. No obstante, la Demandante mantiene que la consideración del Tribunal de los méritos de su caso en esta fase debe “limitarse a la evaluación de si la demandante ha especificado alegaciones que, de probarse, posiblemente puedan apoyar un laudo a su favor”<sup>157</sup>. Es verdad que para los fines de la prueba *prima facie* sobre el fondo, en principio, debería presuponerse que las alegaciones fácticas de la Demandante son verdaderas. Sin embargo, este no es más que sencillamente el primer paso en la determinación del Tribunal. La *prueba prima facie* no es una regla absoluta que impida que el Tribunal examine las pruebas de Ecuador que contradigan las alegaciones de la Demandante. Como estableció el Tribunal en *Joy Mining contra*

---

<sup>156</sup> D. Caron et al., THE CNUDMI ARBITRATION RULES: A COMMENTARY (2006), p. 537 (RLM-85).

<sup>157</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 197-198 (basada en *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company contra el Gobierno de Mongolia*, CNUDMI (TBI entre Rusia y Mongolia), Orden sobre Medidas Provisionales (2 de septiembre del 2008) (Lalonde, Stern, Grigera Naón), ¶ 55 (CLM-12) (“*Paushok*”). Debe advertirse que en *Paushok* Mongolia, aunque sin admitir la responsabilidad legal, reconoció no obstante que la medida fiscal impugn[ada] “debería reemplazarse con un esquema de tributación menos severo”. El tribunal identificó esta afirmación como una de las “características específicas que rodean a esta solicitud particular” que la diferenciaron, en su opinión, de otros laudos sobre medidas provisionales a las cuales las Partes se refirieron”. *Id.*, ¶ 43.

Egipto, en conexión con una objeción a la jurisdicción del tribunal<sup>158</sup>, la regla *prima facie* debe “siempre supeditarse a las circunstancias específicas de cada caso”<sup>159</sup>. El tribunal luego agregó que

Si, como en el presente caso, las partes tuvieren puntos de vista tan divergentes acerca del significado de la diferencia a la luz del Contrato y el Tratado, *no sería apropiado que el Tribunal se base solo en la suposición de que los argumentos presentados por la Demandante sean correctos*. El Tribunal tiene que examinar necesariamente los argumentos en una *perspectiva más amplia, que incluya los puntos de vista expresados por la Demandada*, a fin de llegar a una determinación sobre la jurisdicción. Este es el procedimiento que el Tribunal adoptará<sup>160</sup>.

70. De manera similar, el tribunal en *Chevron* enfatizó que la presunción *prima facie* “no tiene la finalidad de permitir que una demandante frustre la revisión de la jurisdicción simplemente por plantear alegaciones frívolas suficientes para incorporar este reclamo dentro de la jurisdicción del TBI”<sup>161</sup>. El tribunal estuvo de acuerdo con Ecuador en que la Jueza Higgins “no tenía ninguna prueba de refutación que considerar cuando ella ideó su prueba en el caso Oil Platforms” y que su método no impide que un tribunal rechace la jurisdicción si, a partir de la prueba presentada por

---

<sup>158</sup> Se plantea que la prueba para una demostración de un argumento *prima facie* sobre el fondo no es fundamentalmente diferente de la prueba de un reclamo verosímil basado en un tratado para los fines de la jurisdicción. Esto se evidencia, *inter alia*, a partir de las autoridades que el tribunal en *Paushok* cita que establecen su afirmación del requisito de un “establecimiento *prima facie* del caso”. *Paushok*, ¶¶ 55-56. (CLM-12).

<sup>159</sup> *Joy Mining Machinery contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción (6 de agosto del 2004) (Orrego Vicuña, Weeramantry, Craig), ¶ 30 (RLM-103) (“*Joy Mining*”).

<sup>160</sup> *Id.* (énfasis agregado). Véase también *PSEG Global Inc., et al, contra la República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Decisión sobre Jurisdicción, (4 de junio del 2004) (Orrego Vicuña, Kaufmann-Kohler, Fortier), ¶¶ 63-64 (RLM-116); *Total S.A. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Laudo sobre Jurisdicción (25 de agosto del 2006) (Sacerdoti, Alvarez, Herrera Marcano), ¶ 53 (“[la prueba *prima facie*] no significa necesariamente que la descripción de las Demandante de los hechos debe aceptarse como verdadera, sin más examen de ningún tipo. *La Demandada podría proveer pruebas que demuestren que el caso no tiene ninguna base fáctica incluso al examen preliminar*, de modo que el Tribunal no sería competente para resolver la materia de la diferencia como determinada de manera apropiada”). (énfasis agregado) (RKM-130).

<sup>161</sup> *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 34877 (CNUDMI), Laudo Provisional (1 de diciembre del 2008) (Böckstiegel, Brower, van den Berg), ¶ 109 (donde se cita el tribunal en *Pan American Energy contra Argentina*, el cual expresó que “si todo dependiere de las caracterizaciones hechas por una demandada únicamente, la indagación en cuanto a la jurisdicción y competencia se reduciría a cero, y los tribunales serían privados de la competencia de la competencia de la cual disfrutaban” (CLM-44).

las partes, el tribunal determinare que “los hechos que las Demandantes alegan “*resultaren ser falsos o insuficientes para satisfacer la prueba prima facie*”<sup>162</sup>. El tribunal concluyó lo siguiente:

El resultado último de la presunción antecedente es que la Demandada tiene la responsabilidad de probar para rebatir las alegaciones de la Demandante. Esto significa que, *si la prueba presentada no contradijere de manera concluyente las alegaciones de la Demandante, éstas deben asumirse como verdaderas para los fines de la prueba prima facie*<sup>163</sup>.

71. Como se demostró previamente, la Demandante no logra de ninguna manera establecer que la reparación que ésta persigue con energía en la actualidad ante la Corte Nacional de Justicia, la cual ésta considera capaz de producir un resultado que le sea favorable, sea fútil. La prueba de Ecuador y los argumentos contradicen de manera concluyente los argumentos de la Demandante con respecto al estado general del sistema judicial de Ecuador son manifiestamente infundados; sus alegaciones *ipse dixit* de las irregularidades procesales están *sub judice* ante la Corte Nacional de Justicia, y, en todo caso, no establecen la futilidad de su recurso en esa instancia; los “indicios” de la Demandante “de corrupción entre los demandantes y jueces relacionados con el litigio NIFA”, los cuales no están relacionados en absoluto con su caso subyacente y, además, y contradicen sus alegaciones de un sistema “fundamentalmente defectuoso”; y, por último, sus alegaciones de que los procesos ante la Corte Nacional de Justicia están manchados o no permiten una posibilidad razonable de éxito para MSDIA. Por todas estas razones, la Demandante no logra establecer una posibilidad razonable de prevalecer en su argumento.

72. El último esfuerzo de la Demandante de mantener su solicitud de medidas provisionales con seriedad es, al parecer, su argumento de que “si MSDIA ha sufrido una denegación de justicia es una decisión sobre el fondo del caso y no es una cuestión que pueda o deba determinarse en la fase de la consideración del Tribunal de una solicitud de medidas provisionales ...”<sup>164</sup> Para la Demandante, “específicamente en

---

<sup>162</sup> *Id.*, ¶ 110 (énfasis agregado).

<sup>163</sup> *Id.*, ¶ 112 (énfasis agregado).

<sup>164</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 22, 29, 215.

conexión con alegaciones de denegación de justicia, las autoridades establecen de manera uniforme que las cuestiones acerca del agotamiento de los recursos locales ... no pueden prejuzgarse en conexión con la consideración de objeciones jurisdiccionales o de medidas provisionales”<sup>165</sup>.

73. Sin embargo, la confianza de la Demandante en este argumento es injustificada. Ecuador ya se ha referido al caso *Alps Finance*, en el cual la falta de agotamiento de los recursos locales por parte de las demandantes se consideró como un impedimento a su posibilidad en ese caso de satisfacer el requisito de probabilidad de éxito en un reclamo basado en un tratado<sup>166</sup>. El tribunal en ese caso recalcó que Eslovaquia “objetó de manera convincente” el planteamiento de las demandantes de un caso *prima facie* de denegación de justicia en el sentido de que otros recursos aún estaban disponibles para la demandante en las leyes internas a fin de que tratara de obtener la revisión de la sentencia que ésta consideraba perjudicial para sus intereses<sup>167</sup>. El tribunal enfatizó además que “[e]l no agotamiento de los recursos locales es *per se* suficiente para excluir la responsabilidad del Estado en derecho internacional por acciones u omisiones de su sistema judicial”<sup>168</sup>, concluyó que la prueba *prima facie* de un reclamo basado en un tratado que fuera verosímil está “lejos de satisfacerse”<sup>169</sup>.

74. De manera similar, en *Toto contra Líbano*, el tribunal, basado en su determinación previa de que la demandante no había hecho uso de los recursos locales para acelerar los procesos ante el *Conseil d’Etat* Libanés, determinó que la demandante no cumplió su responsabilidad de establecer un caso *prima facie* de denegación de justicia según el TBI aplicable<sup>170</sup>. Una vez más, el tribunal no

---

<sup>165</sup> *Id.*, ¶ 23.

<sup>166</sup> Oposición de Ecuador, ¶¶ 48-50.

<sup>167</sup> *Alps Finance and Trade AG contra la República Eslovaca*, CNUDMI (TBI contra Eslovaquia y Suiza), Laudo (5 de marzo del 2011) (Crivellaro, Stuber, Klein), ¶ 251 (RLM-5) (“*Alps Finance*”).

<sup>168</sup> *Id.*

<sup>169</sup> *Id.*, ¶ 252 (y se añade que: “Esto implica de manera inevitable que, incluso en el caso (remoto) de que el Tribunal retuviera la jurisdicción sobre el caso, sería muy improbable que los reclamos de la Demandante puedan superar con éxito el examen del fondo”).

<sup>170</sup> *Toto Costruzioni Generali S.p.A. contra la República de Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción (11 de septiembre del 2009), ¶¶ 154, 168 (RLM-63).

cuestionó su competencia para considerar la regla del agotamiento en el contexto de su examen de si se había satisfecho la prueba *prima facie* de un reclamo verosímil basado en un tratado.

75. Además, es inútil que la Demandante se basara en las autoridades que cita. El tratado de Paulsson y el laudo en *Jan de Nul* son inapropiados en que estos simplemente se ocupan de la dicotomía conceptual entre el agotamiento de recursos locales como un impedimento procesal para la admisibilidad de un reclamo internacional y como un elemento sustantivo de un reclamo de denegación de justicia<sup>171</sup>. Es verdad que el tribunal en *Chevron I* sostuvo que el requisito de agotamiento de los recursos locales en el contexto de un reclamo de denegación de justicia es una cuestión de fondo, no de jurisdicción<sup>172</sup>. Sin embargo, el tribunal no cuestionó su competencia para examinar esta cuestión sobre una base *prima facie* y en el contexto de las objeciones de Ecuador sobre si Chevron había prevalecido en un caso de violaciones sustantivas del Tratado:

[que un examen completo de la cuestión del agotamiento debe reservarse para la fase de proceso sobre el fondo] no significa que el Tribunal aun así no pueda examinar la cuestión *prima facie*...<sup>173</sup>

76. Esto es más que pertinente cuando, como en este caso, lo que está en cuestión es una orden de medidas provisionales contra una de las partes.

77. Una vez que determinó, como se analizó anteriormente, que la prueba *prima facie* presupone la veracidad de las alegaciones de la demandante siempre y cuando la prueba presentada por la demandada no la contradiga de manera concluyente<sup>174</sup>, el tribunal concluyó que las demandantes en realidad habían presentado una prueba *prima facie*<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 26 n. 31-32 (donde cita Paulsson, p. 7 (CLM-99) y *Jan de Nul*, ¶ 255 (RLM-32)).

<sup>172</sup> *Laudo Provisional en Chevron I*, ¶ 235 (CLM-44).

<sup>173</sup> *Id.*, ¶¶ 235-236.

<sup>174</sup> *Id.*, ¶ 112.

<sup>175</sup> *Id.*, ¶¶ 236-238.

78. De manera similar, en *Saipem*, y en conexión con las objeciones jurisdiccionales de Bangladesh (y no con la solicitud de medidas provisionales de Saipem como la Demandante sugiere erróneamente)<sup>176</sup>, el tribunal no cuestionó que éste tenía la potestad de examinar si el requisito de agotamiento se había cumplido *prima facie*<sup>177</sup>. Sin embargo, el tribunal sí malinterpretó el estándar pertinente cuando supuso sin más la veracidad de los hechos que Saipem alegaba<sup>178</sup>.

79. En síntesis, la Demandante no puede demostrar ninguna probabilidad de éxito sobre el fondo de sus reclamos contra Ecuador. En estas circunstancias, el Tribunal no debe considerar la Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Demandante<sup>179</sup>.

**2. Debido a que los reclamos de la Demandante no se basan en acciones finales del sistema judicial de Ecuador como un todo, la Demandante no puede establecer la jurisdicción del Tribunal ni siquiera en forma *prima facie*.**

80. Debido a que las acciones de las cuales se queja la Demandante no constituyen acciones finales del sistema judicial de Ecuador, y puesto que su reclamo de “futilidad” carece de mérito, los reclamos de la Demandante no pueden denotar violaciones del Tratado, ni siquiera en forma *prima facie*. La misma razón lleva a la conclusión de que la Demandante ha abusado del requisito jurisdiccional obligatorio impuesto por el Artículo VI, párrafos 2 y 3.

---

<sup>176</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 25.

<sup>177</sup> Saipem contra Bangladesh, (Caso CIADI No. ARB/05/07), Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas provisionales (21 de marzo del 2007) (Kaufmann-Kholer, Shrewer, Otton), ¶ 153 (CLM-15).

<sup>178</sup> *Id.*

<sup>179</sup> No se discute que la decisión dada por el Tribunal en el presente proceso es sin perjuicio para la cuestión de si su jurisdicción tiene que ver con el fondo del caso o con el fondo mismo. *Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido contra Irán), Objeción Preliminar*, Sentencia (22 de Julio de 1952), I.C.J. Reports 1952, pp. 102-103 (RLM-9); *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia contra la Federación Rusa) Objeción Preliminar*, Sentencia, ¶ 129 (RLM-71) (“*Georgia contra la Federación Rusa*”).

**a. La Demandante no ha establecido una “diferencia relativa a inversiones” porque no logra satisfacer el elemento de finalidad judicial de la denegación de justicia sin el cual sus reclamos no están listos para arbitraje.**

81. Como se demostró anteriormente, la Demandante no ha logrado demostrar que ha agotado los recursos disponibles para ella en las cortes ecuatorianas, conforme se requiere para permitir la conclusión de que, como una cuestión de derecho internacional, se haya sometido a prueba el sistema judicial de Ecuador como un todo y que alguna deficiencia haya quedado sin ser corregida. Al contrario, hoy ésta prosigue efectivamente su apelación ante la Corte Nacional de Justicia y está confiada en que obtendrá un resultado que le sea favorable. Estos hechos derrotan el reclamo de futilidad de la Demandante. Como consecuencia, los hechos que la Demandante alega no pueden establecer una violación de las disposiciones del Tratado ni siquiera en una forma *prima facie*, lo cual, como se demostró con anterioridad, no significa que el Tribunal deba abstenerse de considerar los argumentos y pruebas de Ecuador que establezcan que dichos hechos sean falsos o, por otra parte, insuficientes. Los reclamos de violación que no poseen las características esenciales de los reclamos capaces de denotar una violación del Tratado al momento del inicio de los procesos<sup>180</sup> fallan la prueba de la jurisdicción.

82. El argumento de la Demandante en sentido contrario es en gran medida irrelevante y puede rechazarse sumariamente. Ecuador no ha discutido que exista una “diferencia legal” entre las partes<sup>181</sup>. Lo que Ecuador cuestiona es la alegación de la Demandante de que sea suficiente “alegar” la existencia de una violación: La Demandante aún debe establecer que sus reclamos pueden quedar comprendidos

---

<sup>180</sup> Un principio incontrovertible del derecho internacional es que la jurisdicción deberá determinarse mediante referencia a la fecha en la cual se instituyeron los procesos judiciales. Como la CIJ recordó en el caso *Arrest Warrant*, “... de acuerdo a su jurisprudencia establecida, su jurisdicción debe determinarse *el momento en que se inscribió el acto que instituyó los procesos*. En consecuencia, si la Corte tiene jurisdicción en la fecha en la cual se trasladó el caso a ella, ésta continúa teniéndola ...” *Case Concerning the Arrest Warrant del 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo contra Bélgica)*, Sentencia, I.C. Reports 2002, ¶ 26 (énfasis agregado) (RLM-74). Los tribunales relacionados con tratados de inversiones han aplicado este principio sistemáticamente. Véase, v.g., *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contra la República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción (14 de noviembre del 2005), ¶ 178 (CLM-1).

<sup>181</sup> Véase Réplica de la Demandante, ¶¶ 46-49, 51-54.

dentro de las disposiciones del Tratado y, como consecuencia, que la diferencia es una diferencia relativa a un derecho conferido o creado por el Tratado. Y, evidentemente, la Demandante no ha logrado hacerlo.

**b. En ausencia de una “diferencia relativa a inversiones” lista para arbitraje, la Demandante no puede haber cumplido los prerequisites jurisdiccionales del Artículo VI.**

83. En vista de que, al momento que la Demandante alegó que se originó la diferencia, sus reclamos según el Tratado no estaban listos, Ecuador nunca tuvo una oportunidad real de reparar una posible violación ni de evitar los costosos procesos de arbitraje<sup>182</sup>. La entrega de notificación de un reclamo contingente abusa de los prerequisites jurisdiccionales obligatorios del Artículo VI y debe ser sancionada por el Tribunal mediante la desestimación de la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante.

84. La Demandante argumenta que una notificación para los fines del Artículo VI(2) y (3) es suficiente “siempre y cuando ésta notifique sobre una *diferencia*, independientemente de si se determinare posteriormente que las alegaciones de la parte demandante tengan mérito”<sup>183</sup>. No obstante, una alegación de violación de un derecho que aún no está maduro para protección al amparo del Tratado no es lo que confrontaron los tribunales en *Lauder y Murphy*; ciertamente, una alegación de esa clase satisface el requisito de notificación solo en nombre. En realidad ésta frustraría el propósito de los requisitos del Artículo VI(2) y (3), descritos por los mismos tribunales como requisitos cuya finalidad es facilitar las “negociaciones *de buena fe* antes de iniciar el arbitraje”<sup>184</sup>, para permitir que la Demandante, satisfaga de manera engañosa dichos requisitos, mediante la entrega de notificación sobre reclamos prematuros en una situación de una acción judicial en trámite en las cortes

---

<sup>182</sup> La Demandante asevera que un Estado demandado puede ser compensado en el caso de que una demandante planteara y prosiguiera un reclamo infundado. Réplica de la Demandante, ¶ 61. Ecuador no logra ver cómo esto corrige la deficiencia jurisdiccional causada por el abuso de la Demandante.

<sup>183</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 60 (énfasis en el texto original).

<sup>184</sup> *Ronald S. Lauder contra la República Checa*, Arbitraje ante la CNUDMI, Laudo Definitivo (3 de septiembre del 2001), ¶ 185 (énfasis agregado) (CLM-58).

ecuatorianas.

85. Basada en ciertas conclusiones de los tribunales arbitrales de que estos tenían jurisdicción no obstante que las demandantes no lograron cumplir los prerequisites para establecer el consentimiento a arbitraje de acuerdo a los TBI, la Demandante también argumenta que los requisitos de la notificación y “disuasión” en general no se consideran como requisitos jurisdiccionales<sup>185</sup>. La posición de la Demandante, así como también la de esos tribunales, no reconocen ni respetan en absoluto un principio establecido del derecho internacional incorporado en el Artículo VI del Tratado de que la jurisdicción de un organismo para la solución de diferencias se basa en el consentimiento de las partes, y se limita al alcance que éstas acepten. Como estableció recientemente el tribunal en *ICS contra Argentina*:

Al momento de comenzar la solución de la diferencia al amparo del tratado, el inversionista puede solo aceptar o declinar la oferta de arbitrar, pero no puede variar sus términos. El inversionista, independientemente de las circunstancias particulares que afecten al inversionista o su creencia en la utilidad o justicia de las condiciones adjuntas a la oferta del Estado receptor de la inversión, debe, no obstante, consentir al mismo tiempo en la aplicación de los términos y condiciones de la oferta hecha por el Estado receptor, o de lo contrario ningún acuerdo de arbitrar podría constituirse ... el tratado de inversiones presenta una situación de “aceptar o rechazar” al momento en que ya se conoce la controversia y las circunstancias del inversionista<sup>186</sup>.

86. Se desprende que el examen de dichas condiciones corresponde a la jurisdicción del Tribunal y no a la admisibilidad de los reclamos de la Demandante<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 64-65.

<sup>186</sup> *ICS Inspection and Control Services Ltd. contra la República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción (10 de febrero del 2012) (Dupuy, Torres Bernárdez, Lalonde), ¶ 272 (énfasis agregado) (RLM-28) (“*Inspección de ICS*”).

<sup>187</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (República Democrática del Congo contra Ruanda)*, Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia (3 de febrero del 2006), I.C.J. Reports 2006, ¶ 88 (RLM-72); *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti contra Francia)*, Sentencia (4 de junio del 2008), I.C.J. Reports 2008, ¶ 48 (RLM-81); *Georgia contra la Federación Rusa*, ¶ 131 (RLM-71); *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (14 de enero del 2004) (Orrego Vicuña, Gros Espiell, Tschanz), ¶ 88 (RLM-87); *Burlington Resources Inc. contra la República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, Caso CIADI No.

87. La Demandante intenta finalmente arrojar luz distorsionante sobre *Burlington contra Ecuador* y *Murphy contra Ecuador*<sup>188</sup>. Sostiene esencialmente que una falta total de “oportunidad” de participar en negociaciones fue la lógica primaria que justificó la desestimación de los reclamos por falta de jurisdicción. En otras palabras, la Demandante implica que en estos casos la determinación de un hecho precedió, si no determinó, la declaración de un principio jurídico. Sin embargo, la verdad es lo contrario. Tanto en *Burlington*, así como en *Murphy*, los tribunales determinaron primero como una cuestión de principio legal que las cláusulas compromisorias en los TBI aplicables impusieron ciertos requisitos que los inversionistas estaban obligados legalmente a cumplir antes de someter sus reclamos a arbitraje. Por lo tanto, aplicando los principios a los hechos, los tribunales llegaron a sus conclusiones sobre la jurisdicción.

88. En conclusión, debido a que la Demandante no logró cumplir los prerequisites jurisdiccionales obligatorios del Artículo VI(2) y (3), no está en capacidad de demostrar que el Tribunal tenga jurisdicción, ni siquiera en forma *prima facie*, y su Solicitud debe rechazarse.

\*  
\* \*

89. En síntesis, los esfuerzos de la Demandante de eludir el requisito de finalidad judicial, el cual informa a todos sobre sus reclamos según el tratado, fracasan. Y, en realidad, cómo puede ocurrir lo contrario, cuando la propia Demandante declara que espera “una decisión favorable para la sucursal” por parte de la Corte Nacional de Justicia. A la luz de esta admisión, el argumento de defensa de Ecuador para las especulaciones e insinuaciones de la Demandante es sencillamente *arguendo* pero no obstante necesario para demostrar hasta qué punto llega la actitud desdeñosa de la Demandante. El incumplimiento de la Demandante del requisito de finalidad judicial resulta ser fatal para su reivindicación de un “derecho” elegible para protección a

---

ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción (2 de junio del 2010) (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), ¶¶ 317-318, 342 (RLM-12) (“*Burlington*”); *Murphy Exploration and Prod. Co. Int’l contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción (15 de diciembre del 2010) (Oreamuno Blanco, Naón, Vinuesa), ¶¶ 143-146, 149, 156-157 (RLM-42) (“*Murphy*”).

<sup>188</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 67-68.

través de medidas provisionales y la posibilidad de establecer una probabilidad de éxito sobre el fondo de su argumento sobre responsabilidad y jurisdicción.

### **III. LA DEMANDANTE NO HA LOGRADO ESTABLECER LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL PRIMA FACIE SOBRE SU SOLICITUD**

90. La sección previa demostró por qué la Demandante no puede demostrar una probabilidad de éxito sobre el fondo en términos de la jurisdicción del Tribunal debido a que no ha establecido reclamos verosímiles de acuerdo al Tratado y no ha cumplido los prerequisites jurisdiccionales del Artículo VI(2) y (3). Como se demostró en la Oposición de la Demandada, la Solicitud de la Demandante adolece de deficiencias jurisdiccionales adicionales que, como se demuestra a continuación, la Demandante todavía no ha podido superar. En primer lugar, la Demandante no cumple los prerequisites por excelencia para su protección de acuerdo al Tratado: la existencia de una “inversión” protegida. En segundo lugar, la Demandante no consintió de manera válida al arbitraje bajo la CNUDMI, habiendo consentido primero en el arbitraje ante el CIADI. Las deficiencias de la Demandante se tratarán a su turno.

#### **A. La Demandante no ha logrado establecer la existencia de una inversión protegida.**

91. La Demandante intenta basar la jurisdicción en una violación de sus supuestos derechos según el Tratado con respecto a una inversión también fracasa porque no ha demostrado que poseía o controlaba algo que pudiera considerarse que constituyera una “inversión protegida” dentro del significado y alcance del Tratado en el tiempo esencial, el inicio del presente arbitraje.

92. Como “inversiones” protegidas en Ecuador la Demandante reclama (a) su “negocio próspero” en Ecuador; y (b) una instalación de manufactura y embalaje que se vendió en el 2003, a la cual la Demandante consideraba relacionada al litigio subyacente *NIFA contra MSDIA*<sup>189</sup>. Sin embargo, ambos reclamos carecen de mérito.

#### **1. La inversión de la Demandante en la planta de manufactura en el Valle de Los Chillos.**

93. Ecuador está de acuerdo en que la planta de manufactura y embalaje en el

---

<sup>189</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 70.

Valle de Los Chillos que la Demandante vendió en el 2003<sup>190</sup> era una inversión dentro del significado del Tratado. Sin embargo, en julio del 2003, MSDIA vendió su planta de manufactura y embalaje en el Valle de Los Chillos a una filial de Ecuaquímica, una compañía privada en Ecuador<sup>191</sup>. Fue en esa fecha que la naturaleza del negocio de la Demandante en Ecuador se transformó de una empresa manufacturera en una empresa de comercio internacional puramente comercial. Sencillamente, la Demandante no poseía la planta de manufactura y embalaje durante el tiempo en el cual la Demandante reclama los actos que constituyeran la violación del Tratado fueron supuestamente cometidos por Ecuador.

94. La Demandante intenta eludir este hecho incontrovertible a través de su teoría de la “esperanza de vida de la inversión”, la cual plantea que una inversión reúne las condiciones para recibir protección mientras prosiga en el tiempo y posiblemente cambie de forma hasta su liquidación. Sin embargo, el intento de la Demandante de inferir analogías en el presente caso no resiste el escrutinio. La cuestión crucial puede plantearse en términos sencillos: ¿el litigio NIFA le resta valor de alguna manera a la conclusión de que la inversión de la Demandante en la planta en el Valle de Los Chillos llegó a su “desaparición completa y definitiva<sup>192</sup>” al momento en que se inició este arbitraje?

95. La respuesta debe ser negativa. Los fundamentos jurisprudenciales de la teoría de la esperanza de vida – los casos *Mondev* y *Chevron I* y *II* – revelan que los tribunales estaban preparados para aceptar como expansiva la esperanza de vida de una inversión: (a) los reclamos continuos de dinero originados *directamente* de las actividades llevadas a cabo en cumplimiento de los contratos de concesión que constituyeron la inversión original<sup>193</sup>; (b) los reclamos de dinero por violación e interferencia ilícita con un contrato<sup>194</sup>; y, (c) el litigio cuya “materia principal” trata

---

<sup>190</sup> Notificación de Arbitraje, ¶ 39.

<sup>191</sup> Solicitud de la Demandante, ¶19.

<sup>192</sup> *Chevron II*, ¶ 4.19 (CLM-108).

<sup>193</sup> *Laudo Provisional en Chevron I*, ¶ 184 (« Por lo tanto, las inversiones de la Demandante no han dejado de existir: sus procesos judiciales continuaron su inversión original todo el tiempo hasta la entrada en vigencia del TBI y la fecha de inicio de este arbitraje.”) (CLM-44).

<sup>194</sup> *Mondev*, ¶ 80 (RLM-41).

sobre las actividades del inversionista bajo su inversión original<sup>195</sup>.

96. En el presente caso, es claro que las situaciones (a) y (b) son inaplicables. El litigio *NIFA* no involucra ningún reclamo monetario continuo por parte de la Demandante, originado directamente de su inversión en la planta en el Valle de Los Chillos; ni ningún reclamo de la Demandante por daños consecuentes a interferencia con su inversión por parte de Ecuador. La situación (c) amerita una consideración más cuidadosa, pero la conclusión sigue siendo la misma.

97. El litigio subyacente *NIFA* no está relacionado con la disposición de la inversión de la Demandante o con las actividades de inversionista de la Demandante en Ecuador. Surgió de los reclamos de *NIFA* de “abuso de derechos”, “engaño” y “actuación dolosa” por parte de *MSDIA* supuestamente destinados a implementar una estrategia por parte de la Demandante para demorar el ingreso de productos genéricos al mercado en Ecuador por parte de *NIFA*<sup>196</sup>. La afirmación de *MSDIA* de que no hubo ninguna violación de contrato para la venta de la planta fue ratificada por el Segundo Juzgado de lo Civil de Pichincha, el cual advirtió claramente que “*MSDIA* no había adquirido una obligación hacia *NIFA* con respecto a la venta de la planta industrial, por lo cual no es apropiado que [*NIFA*] exija la venta de la planta, porque no se había suscrito ninguna promesa de compraventa de la propiedad real, en cumplimiento de los requisitos impuestos por la ley”. Por consiguiente, las sentencias que se emitieron en el litigio no tuvieron nada que ver con la disposición de la planta del Valle de Los Chillos.

98. Lo que es más, la formulación del tribunal en *Mondev* de la teoría de la esperanza de vida fue motivada por una preocupación relacionada con la equidad que simplemente no está involucrada en este caso. En particular, el tribunal estaba muy preocupado por el principio de que un inversionista tenía que mantener su derecho de hacer valer reclamos al amparo del *TLCAN* aun cuando su inversión había sido expropiada, o en el caso de *Mondev*, destruida, por el Estado demandado. No existe ninguna base para extender el alcance de *Mondev* a reclamos por terceros privados no

---

<sup>195</sup> *Chevron II*, ¶¶ 4.17, 4.19 (CLM-108).

<sup>196</sup> *NIFA contra MSDIA*, Corte Provincial de Justicia de Pichincha en Materia Civil y Mercantil, Sentencia (23 de septiembre del 2011) (C-4).

relacionados con la terminación de una inversión, planteados después de la terminación libre y sin impedimentos de la inversión. La preocupación del tribunal en *Mondev* relacionada con la equidad en cuanto a que un Estado no sea capaz de revocar la jurisdicción en virtud de la muy mala conducta (i.e., la expropiación) que estaba en cuestión en ese arbitraje es una preocupación relacionada con la equidad que simplemente no está presente aquí.

**B. El “negocio próspero” de MSDIA no constituye una inversión protegida en los términos del Tratado.**

**1. El concepto de “inversión” en el TBI tiene un significado objetivo bien establecido en el derecho internacional.**

99. El término “inversión” en tratados de inversiones no es una noción vacía. Los tribunales en casos relacionados con estados frente a inversionistas han reconocido que el concepto de “inversión” conlleva intrínsecamente un significado objetivo, independientemente de si éste se menciona en la Convención del CIADI o se define en los TBI.

100. Los tribunales de la CNUDMI han reconocido expresamente el significado objetivo inherente a “inversión” que se aplica en todos los TBI que usan el término<sup>197</sup>. Como se describe en la Oposición de Ecuador, en *Romak contra Uzbekistán*, el tribunal razonó que “[n]o existe ninguna base para suponer que esta palabra [“inversión”] tenga un significado diferente en el contexto de la Convención del CIADI del que ésta tiene en relación con el TBI”<sup>198</sup>. Sostuvo “que el término ‘inversiones’ según el TBI *tiene un significado inherente (independientemente de si el inversionista recurra a los tribunales arbitrales del CIADI o la CNUDMI) que implica una contribución que se extiende durante cierto período de tiempo y que involucre*

---

<sup>197</sup> Véase *Romak S.A. contra la República de Uzbekistán*, Caso CPA No. AA280, CNUDMI, Laudo (26 de noviembre del 2009) (Mantilla-Serrano, Rubins, Molfessis), ¶ 207 (RLM-54) (énfasis agregado) (“*Romak*”) (donde se agrega que “[s]i un activo no corresponde a la definición inherente de “inversión”, el hecho de que éste quede comprendido dentro de una de las categorías que se enumeran en [el TBI] no lo transforma en una “inversión.”); *Alps Finance y Trade AG contra la República Eslovaca*, CNUDMI (TBI contra Eslovaquia y Suiza), Laudo (5 de marzo del 2011) (Crivellaro, Stuber, Klein), ¶ 229 (RLM-5) (“*Alps Finance*”). Véase *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contra la República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo (27 de agosto del 2009) (Kaufmann-Kohler, Berman, Böckstiegel) ¶ 145.

<sup>198</sup> *Id.* ¶ 194.

*algún riesgo*”<sup>199</sup>.

101. No puede ser lo contrario: [el término] “inversión” que se emplea en los TBI debe tener características objetivas uniformes que aseguren, *inter alia*, la previsibilidad y efectividad legal del sistema inversionista-Estado como un todo, que beneficie tanto al inversionista, así como al Estado. Como observó un analista de prestigio:

Sin embargo, el propósito del TBI era proteger la inversión, no todas las propiedades en posesión de los Estados Unidos en el territorio de la parte en el TBI. Los negociadores de los Estados Unidos quisieron por lo tanto dejar en claro que un activo estaría cubierto por la definición solo si éste tenía el carácter de una inversión<sup>200</sup>.

102. Habiendo reconocido que el término “inversión” tiene un significado objetivo inherente, los tribunales de la CNUDMI se han basado en la jurisprudencia del CIADI sobre la cuestión de la definición de inversión<sup>201</sup>. El tribunal en *Alps Finance and Trade AG contra la República Eslovaca* singularizaron las siguientes características obligatorias del término “inversión” reconocidas por los tribunales del CIADI: “(a) una contribución de capital realizada por la parte contratante privada al Estado receptor de la inversión; (b) una duración significativa en el transcurso de la cual se

---

<sup>199</sup> *Romak*, ¶ 207 (RLM-54). Véase también *Alps Finance*, ¶ 229 (RLM-5) (donde se enfatiza que la cuestión de si la supuesta inversión de la demandante (la cesión de cuentas y papales por cobrar) calificó como una inversión debe examinarse “tanto de acuerdo al TBI, así como según las reglas del derecho internacional”).

<sup>200</sup> K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), pp. 114-115 (énfasis agregado) (RLM-33). El Tratado se basó en el Modelo de TBI de 1992, el cual dejó la definición esencial de inversión en el modelo sin modificaciones de 1983. K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), pp. 102, 118-120 (RLM-105).

<sup>201</sup> En consecuencia, el tribunal en *Romak*, aunque no era un caso del CIADI, llevó a cabo un análisis minucioso de la definición de inversión, considerando como una proposición nada razonable el argumento de la demandante de que dicha definición podría variar dependiendo de la elección del inversionista entre el arbitraje ante la CNUDMI y el arbitraje ante el CIADI, era una proposición nada razonable:

sería irrazonable concluir que las Partes Contratantes contemplaran una definición del término “inversiones” que excluyeran efectivamente el recurso a la Convención del CIADI y así dejar carente de significado – o sin *effet utile* – la disposición que otorgaba al inversionista una elección entre el Arbitraje ante el CIADI o el Arbitraje ante la CNUDMI”.

*Romack* ¶¶ 193-195 (RLM-54).

implemente el proyecto; y, (c) la participación de riesgos operativos inherentes a la contribución junto con los compromisos de largo plazo”<sup>202</sup>. Estos tres criterios objetivos han sido reconocidos como obligatorios<sup>203</sup>. Además, algunos tribunales han exigido que la inversión sea de “contribución significativa al desarrollo del Estado receptor de la inversión”<sup>204</sup>. Algo importante, todos estos elementos deben considerarse de manera acumulativa “en su totalidad”<sup>205</sup>.

### 103. Estos requisitos “legales” están íntimamente vinculados a la noción

<sup>202</sup> *Alps Finance*, ¶ 241 (RLM-5).

<sup>203</sup> *Kardassopoulos contra Georgia*, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No ARB/05/18 (6 de julio del 2007), ¶ 116 (Fortier, Orrego Vicuña, Watts) (RLM-106) (sostuvo que “[d]ebe haber: (i) una contribución, (ii) una “cierta duración del cumplimiento del contrato”, y (iii) una “participación en los riesgos de la transacción”, y (iv) una contribución al desarrollo económico del Estado”. (énfasis agregado)); *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción (16 de junio del 2006), ¶ 91 (Kaufmann-Kohler, Mayer, Stern) (RLM-102) (“*Jan de Nul (Jurisdiction)*”) (“El Tribunal coincide con los precedentes del CIADI, los cuales sujetos a variaciones menores, se han basado en la llamada “prueba *Salini*”. Dicha prueba identifica los siguientes elementos como indicativos de una “inversión” para los fines de la Convención del CIADI: (i) una contribución, (ii) una “cierta duración en el transcurso de la cual el proyecto se implemente, (iii) una “participación de los riesgos operativos”, y (iv) una contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión, entendiéndose que estos elementos podrían estar estrechamente interrelacionados, debería examinarse en su totalidad y dependerán normalmente de las circunstancias de cada caso”.); *Helnan International Hotels A/S contra Egipto*, Caso CIADI No ARB/05/19, Decisión sobre Jurisdicción (17 de octubre del 2006) (Derains, Lee, Dolzer), ¶ 77 (RLM-92) (“*Helnan International*”) (“El Tribunal Arbitral acepta la sugerencia de la Demandada, basado en el precedente del CIADI, que se resume en la afirmación no cuestionada del Profesor Ch. Schreuer, quien dice que para que un proyecto se caracterice como una inversión, “**debe demostrar** una cierta duración, una regularidad del beneficio y el retorno, un elemento de riesgo, un compromiso substancial, y una contribución significativa al desarrollo del Estado receptor de la inversión” (énfasis agregado)).

<sup>204</sup> *Global Trading Resource Corp. y Globex International, Inc. contra Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/09/11, Laudo (1 de diciembre del 2010) (Berman, Gaillard, Thomas), ¶ 43 (RLM-91) (“*Global Trading Resource*”) (“El Tribunal no necesita hacer nada más, en conexión con esto, que referirse a una larga serie de decisiones que comienzan con *Alcoa Minerals contra Jamaica* en 1975 pasando por *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. contra el Reino Unido de Marruecos* (y los diversos casos subsiguientes en los cuales los tribunales han analizado, modificado e incorporado las contribuciones positivas en varios indicios para mejorar la llamada prueba *Salini* a fin de determinar la existencia de una inversión), y que culminan en fechas más recientes en *Saba Fakes contra la República de Turquía*.”); *Saba Fakes contra la República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo (14 de julio del 2012) (van Houtte, Lévy, Gaillard), ¶ 108 (RLM-122) (“*Saba Fakes*”) (“En primer lugar, el Tribunal considera que la noción de inversión, la cual es una de las condiciones que se ha de satisfacer para que el Centro tenga jurisdicción, no puede definirse sencillamente a través de la referencia al consentimiento de las partes, el cual es una condición claramente diferente para la jurisdicción del Centro. El Tribunal cree que una definición objetiva de la noción de inversión se contempló dentro del marco de la Convención del CIADI, puesto que ciertos términos del Artículo 25 quedarían de lo contrario desprovistos de todo significado.”); *Helnan International*, ¶ 77 (RLM-92); *Jan de Nul (Jurisdiction)*, ¶ 91 (RLM-102); *Salini Costruttori S.P.A. y Italstrade S.P.A. contra Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción (16 de julio del 2011) (Briner, Cremades, Fadlallah), ¶¶ 52-57 (RML-123) (“*Salini contra Marruecos*”).

<sup>205</sup> Véase, v.g., *Jan de Nul N.V. (Jurisdicción)*, ¶ 91 (RML-102).

económica inherente de la “inversión”: la materialización económica de una inversión requiere el compromiso de recursos a la economía del Estado receptor por parte del inversionista que implique la asunción de riesgo en espera de rédito comercial.

Zachary Douglas explica que los requisitos legales y el sentido económico inherente del término “inversión” deben considerarse uno tras otro, conjuntamente:

Si, a manera de ilustración, se consideraren las características legales de una inversión en forma aislada del significado económico de ese término basado en el sentido común, en ese caso, de acuerdo a algunas definiciones de inversión en algunos tratados de inversión, un boleto del metro podría calificar como un ‘reclamo monetario o de algún cumplimiento bajo un contrato, que tenga valor financiero’ y, en consecuencia, como una inversión<sup>206</sup>.

104. El Tratado reconoce este sentido económico inherente de la “inversión”. El Preámbulo del Tratado expresa que los objetos y propósitos del Tratado son “estimular el flujo de capital privado y el desarrollo económico” en los territorios de los Estados contratantes y “el estímulo y la protección recíproca de inversiones”<sup>207</sup>. En realidad, uno de los objetivos primordiales del Tratado es “el incremento del flujo de capital”<sup>208</sup>.

105. Aparte de la contribución al desarrollo económico del Estado, la Demandante no ha discutido que ésta debe cumplir estos requisitos. Sin embargo, la Demandante no ha logrado establecer que sus transacciones comerciales o mercantiles en Ecuador lleguen al nivel de “inversión”.

## **2. Las actividades de comercialización y distribución de la Demandante no constituyen una “inversión” dentro del significado objetivo.**

### **a. La Demandante no ha realizado ninguna contribución.**

106. Los tribunales han evaluado la “contribución” de la inversión en términos de

---

<sup>206</sup> Z. Douglas, THE INTERNATIONAL LAW OF INVESTMENT CLAIMS (2010), 163 (RLM-134) (“Douglas”).

<sup>207</sup> Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador concerniente al Estímulo y Protección Recíproca de Inversiones, (11 de mayo de 1997) (Exhibit C-1 de la Demandante).

<sup>208</sup> Departamento de Estado, Carta de Presentación para el Tratado entre los Estados Unidos de América y Ecuador concerniente al Estímulo y Protección Recíproca de Inversiones, reimpresso en SENATE TREATY DOC. NO. 103-15 (1993) (REM-10).

la contribución en especie; el aporte financiero, equipos, “*know-how*”, y personal<sup>209</sup>. Se hace énfasis en que no todos los activos que pertenecen a extranjeros constituyen una inversión protegida según el TBI: el activo debe corresponder a la definición inherente de “inversión”<sup>210</sup>. Como expresa un tribunal: “los activos no pueden estar protegidos *a menos que resultaren de las contribuciones, y las contribuciones no estarán protegidas si no han producido realmente los activos de los cuales el inversionista afirma se le ha privado*”<sup>211</sup>. Los activos que son meramente incidentales a las “transacciones de comercio” no son “inversiones”<sup>212</sup>. En un caso pertinente, *Global Trading*, se consideró que el suministro de aves a invitación del Estado soberano y los reclamos planteados de acuerdo con aquella carecía evidentemente de fundamento jurídico” puesto que eran reclamos de pago de acuerdo a los contratos comerciales y no reclamos basados en “inversiones”<sup>213</sup>. El tribunal rechazó sumariamente un reclamo originado en contratos para el suministro de aves, sostuvo que los contratos de compraventa en cuestión eran puras transacciones comerciales que no constituían una “inversión” según el Artículo 25<sup>214</sup>.

107. MSDIA no puede demostrar que ha realizado alguna inversión substancial en Ecuador desde que dispuso de la planta en el 2003 debido a la naturaleza de sus operaciones comerciales actuales en Ecuador.

---

<sup>209</sup> Véase, v.g., *Saipem S.p.A. contra la República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07 (TBI entre Bangladesh e Italia), Decisión sobre Jurisdicción, 21 de marzo del 2007 (Kaufmann-Kohler, P.; Schreuer; Otton) ¶ 101 (“*Saipem contra Bangladesh*”) (donde se advierte la contribución significativa de la compañía en términos de recursos humanos, así como también técnicos); *Patrick Mitchell contra la República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7 (US/DRC BIT), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo (1 de noviembre del 2006) (Dimolitsa, P.; Dossou; Giardina), ¶ 27 (énfasis agregado) (RLM-114) (“*Patrick Mitchell (Anulación)*”) (donde se observa que el compromiso podría ser financiero o a través de “*know-how*”); *Jan de Nul*, ¶ 92 (donde se determina la contribución significativa de la demandante basada en la cantidad de trabajo en la operación de dragado en el Canal de Suez y la compensación que la demandante recibió); *Bayindir*, ¶ 131 (donde se enfatiza que Bayindir realizó una contribución significativa en términos tanto de “*know-how*”, equipos, personal, así como también en términos financieros); *Salini*, ¶ 53

<sup>210</sup> *Romak* ¶ 207 (. Pero, si un activo no corresponde a la definición inherente de “inversión”, el hecho de que ésta quedare comprendida dentro de una de las categorías enumeradas en el Artículo 1 no la transforma en una “inversión”).

<sup>211</sup> *Malicorp*, ¶ 110, (RLM-111).

<sup>212</sup> *Joy Mining*, ¶ 55, (RLM-103).

<sup>213</sup> *Global Trading Resource*, ¶ 52, (RLM-91).

<sup>214</sup> *Global Trading Resource*, ¶ 53 y 56-57, (RLM-91).

108. En primer lugar, cuando MSDIA vendió su planta en el 2003, ésta dejó de realizar toda actividad de producción u operar algún otro de los activos significativos. En realidad, su venta de la planta en el 2003 dio como resultado una “salida de capital”. De acuerdo al Presidente de MSDIA, Sr. Canan, el propósito del negocio de MSDIA es proveer medicamentos Merck para la venta y distribución<sup>215</sup>. Su sucursal en Ecuador, la llamada “MSDIA Ecuador” se establece exactamente para ese propósito: El Sr. Canan describe que la sucursal “provee medicinas [Merck] en Ecuador para la distribución, venta (y reventa), prescripción, compra y uso de compradores privados y públicos que incluyen distribuidores, vendedores mayoristas, farmacias, hospitales, médicos, pacientes y el gobierno ecuatoriano”<sup>216</sup>. Además, en su segunda declaración, el Sr. Canan explica que es posible que la compañía matriz, Merck, participe en las mismas transacciones comerciales (i.e., la venta y distribución de sus medicamentos) sin MSDIA, mucho menos su sucursal, por sí misma o a través de filiales<sup>217</sup>. Algo importante: la Demandante misma sugirió que preferiría abandonar su llamada “inversión” antes que cumplir la sentencia de pago de \$150 millones. En realidad, no tiene nada allí a lo cual aferrarse, en particular porque puede establecer formas alternativas de llevar a cabo sus transacciones comerciales de medicamentos. Estas son “transacciones comerciales” que no constituyen una “inversión”. La propia Demandante reconoce indirectamente que sus “transacciones comerciales” actuales (desde el 2003) no quedan comprendidas dentro de la definición de “inversión” dentro del Tratado, el cual no cubre las actividades comerciales<sup>218</sup>.

109. En segundo lugar, después de julio del 2003, sus activos remanentes utilizados para facilitar estas transacciones comerciales no constituyen una

---

<sup>215</sup> Primera Declaración Testimonial de Canan, ¶ 8.

<sup>216</sup> *Id.*, ¶ 9. En *Global Trading*, el tribunal no determinó la inversión aun cuando las aves se vendieron al Estado. *Global Trading*, ¶ 55 (RLM-91).

<sup>217</sup> Segunda Declaración Testimonial de Canan, ¶ 19.

<sup>218</sup> La propia Demandante admite que dichas transacciones comerciales no son una inversión protegida dentro del significado del TBI. Se ha referido al TLCAN como un instrumento interpretativo para el TBI entre los Estados Unidos y Ecuador. Véase Réplica de la Demandante, ¶ 91. El Artículo 1139 del NAFTA excluye expresamente de la definición de “inversión” los “contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por parte de un nacional o una empresa en el territorio de una Parte a una empresa en el territorio de otra Parte”. TLCAN, Artículo 1139 (definición de “inversión”).

inversión<sup>219</sup>. Sus activos en Ecuador son sin duda auxiliares para sus transacciones comerciales. El Sr. Canan afirmó, sin especificar, que su sucursal tiene inventario, cuentas por cobrar y ciertos activos fijos (vehículos, computadoras y equipos de oficina) y que “el único efectivo de MSDIA Ecuador en Ecuador es una pequeña cantidad en sus cuentas bancarias (aproximadamente \$1 millón)”<sup>220</sup>.

110. Además, los contratos laborales de MSDIA con sus empleados no son inversiones protegidas; son contratos para “servicios incidentales”<sup>221</sup> para su realización de las actividades comerciales. Tampoco son “contratos de inversión”. Son contratos comerciales con partes privadas. De manera similar, los contratos de distribución y almacenaje de MSDIA se relacionan todos con el comercio internacional de sus productos farmacéuticos. No son ni inversiones ni contratos de inversión.

111. En su Réplica, MSDIA no ha logrado demostrar ninguno de los “derechos de propiedad” o “derechos contractuales” que puedan considerarse como una inversión. Ésta se refiere a “inversión substancial”, pero no puede señalar con precisión donde radica su substancia.

112. El Sr. Canan trata de resolver este problema cuando afirma que “nuestra sucursal en Ecuador ha estado en el negocio durante 40 años”<sup>222</sup>. Sin embargo, amalgamar todas las actividades de MSDIA llevadas a cabo en el lapso de 40 años distorsiona la realidad de las actividades comerciales de MSDIA en Ecuador, al abarcar el período en el cual ésta operaba la planta. Si bien podría ser verdad que MSDIA tenía una inversión en Ecuador antes del 2003, luego de la venta y disposición de la planta y los equipos en julio del 2003, MSDIA dejó de tener algún derecho de propiedad o derecho contractual relacionados con una inversión. Tomó una decisión comercial de terminar su inversión y continuar sus operaciones en Ecuador en una forma puramente comercial.

---

<sup>219</sup> Véase *Joy Mining*, ¶ 55 (RLM-103).

<sup>220</sup> Primera Declaración Testimonial de Canan, ¶ 19.

<sup>221</sup> *Joy Mining*, ¶ 55 (RLM-103).

<sup>222</sup> Segunda Declaración Testimonial de Canan, ¶ 4.

113. En síntesis, con posterioridad a la venta y disposición de la planta de manufactura, desde el 2003 en adelante, el negocio de MSDIA en Ecuador comprendía actividades puramente mercantiles y comerciales, las cuales no están protegidas por el Tratado.

**b. MSDIA no ha logrado demostrar un elemento de riesgo.**

114. El tribunal en *Romak* aclaró la naturaleza del riesgo de la inversión:

*Toda actividad económica* implica cierto grado de riesgo. En tal virtud, todos los contratos – incluidos los contratos que no constituyan una inversión – conllevan el riesgo de incumplimiento. Sin embargo, esta clase de riesgo es un riesgo puramente comercial, riesgo de la contraparte, o, dicho de otra manera, el riesgo de hacer negocios en general. Por lo tanto, no es un elemento de riesgo que sea útil para el propósito de distinguir entre una inversión y una transacción comercial.

Un “riesgo de inversión” implica una clase diferente de *alea*, una situación en la cual el inversionista no puede estar seguro de un retorno sobre su inversión, y podría no saber la cantidad que acabará por gastar, incluso si todas las contrapartes pertinentes cumplieren sus obligaciones contractuales. Cuando existe el “riesgo” de esta clase, el inversionista sencillamente no puede predecir el resultado de la transacción<sup>223</sup>.

115. Las afirmaciones de MSDIA de que ésta cumple el requisito de “riesgo de la inversión” porque de acuerdo al Sr. Canan “MSDIA eligió la opción de invertir en Ecuador a sabiendas de que el mercado farmacéutico ecuatoriano era competitivo y que había un riesgo de que su negocio no tuviera éxito” y que ésta “no tenía ninguna garantía de que sus inversiones significativas en Ecuador darían como resultado un negocio exitoso”<sup>224</sup>. Sin embargo, los riesgos relacionados con actividades internacionales puramente comerciales son la clase de riesgos comerciales normales al contrario de los “riesgos de inversión”<sup>225</sup>. Por lo tanto, la Demandante no logra

---

<sup>223</sup> *Romak*, ¶¶ 229-230.

<sup>224</sup> Segunda Declaración Testimonial de Canan, ¶ 5.

<sup>225</sup> *Romak*, ¶ 230 (donde se sostiene que “[u]n “riesgo de inversión” implica una clase de *alea* diferente, situación en la cual el inversionista no puede estar seguro de un retorno sobre su inversión, y

cumplir el requisito de riesgo porque su riesgo no es otro que el riesgo general inherente a las transacciones comerciales.

**c. MSDIA no ha logrado demostrar el requisito de duración indispensable.**

116. La Demandante malinterpreta y aplica mal la noción de que la inversión tiene que ser “de cierta duración”<sup>226</sup>. Los tribunales han determinado que los contratos de ventas únicos no cumplen el requisito de “cierta duración” de una inversión. Como explica el tribunal [en] *Global Trading Resource*:

Cada uno de los contratos, de duración limitada, para la compra y venta de bienes, sobre una base comercial y de acuerdo a los términos de transacciones comerciales CIF normales, y los cuales prevén la entrega, la transferencia de dominio, y el pago final, antes de que se realice el trámite aduanero de los bienes para su importación hacia el territorio receptor; y que ninguno de los contratos de esa clase ni los dineros que el proveedor gastare en el financiamiento de su parte del cumplimiento, podrá inferirse mediante algún proceso de interpretación razonable que sea una ‘inversión’ para los fines de la Convención del CIADI<sup>227</sup>.

De manera similar, el tribunal en *Romak* advirtió que: “La venta de bienes única bajo el contrato en cuestión constituye una actividad económica tan limitada que no cumple el requisito de duración”<sup>228</sup>.

117. MSDIA considera que ésta cumple el requisito de duración porque “invirtió primero en Ecuador en 1973 y su inversión subsiste en el país cerca de cuarenta años más tarde”<sup>229</sup>. Como se advirtió previamente, MSDIA podría haber tenido una inversión en Ecuador hasta que dispuso de ella en julio del 2003<sup>230</sup>. Sin embargo, desde entonces, con base en las propias declaraciones del Sr. Canan, MSDIA ha estado

---

podría no saber la cantidad que acabará por gastar, incluso si todas las contrapartes pertinentes cumplieran sus obligaciones contractuales. Cuando existe un “riesgo” de esta clase, el inversionista sencillamente no puede predecir el resultado de la transacción”.)

<sup>226</sup> Véase *Salini*, ¶¶ 52-54 (RLM-123).

<sup>227</sup> *Global Trading Resource*, ¶ 56 (RLM-91).

<sup>228</sup> *Romak* ¶ 106.

<sup>229</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 77.

<sup>230</sup> *Id.*, ¶ 19.

llevando a cabo operaciones comerciales internacionales a través de contratos de venta individuales en su mayoría con compradores privados en Ecuador. Podría haber vendido medicamentos al gobierno de Ecuador, pero no ha demostrado que haya participado en nada más que meras ventas comerciales de medicamentos. En consecuencia, todas las actividades de comercio de MSDIA involucran ventas únicas – i.e., transacciones en las cuales se proveen bienes a cambio de pago. Por definición, y como han determinado otros tribunales, éstas no cumplen los criterios de duración de una “inversión”.

**d. MSDIA tampoco puede demostrar una contribución significativa al desarrollo de Ecuador.**

118. Aun cuando los tribunales no han adoptado de manera uniforme este requisito, se ha aplicado este elemento en varias decisiones notables. En el caso que se cita con frecuencia, *Patrick Mitchell*, el Comité de Anulaciones *ad hoc* anuló el laudo del tribunal en un caso relacionado con el cierre de un bufete de abogados extranjero. El Comité *ad hoc* aceptó que la provisión de servicios legales quedaba comprendida dentro de ciertas categorías en el TBI, pero anuló el laudo porque la demandante no estableció cómo la supuesta inversión contribuyó al desarrollo económico del Estado receptor como exige el cuarto factor de la prueba *Salini*<sup>231</sup>. En *MHS contra Malasia*, el tribunal se refirió al requisito de contribución económica como la “prueba de fuego” para toda la inversión. Determinó que “la cuestión de la contribución al desarrollo del Estado receptor asume importancia significativa porque las otras características distintivas típicas de la “inversión” son no decisivas o bien parecería que se las cumple solo de manera superficial”<sup>232</sup>. El tribunal determinó que las operaciones de salvataje no llegaron al nivel de una inversión debido a que, entre otras cosas, el contrato “no hizo ninguna contribución significativa al desarrollo económico de Malasia”<sup>233</sup>. El tribunal observó:

---

<sup>231</sup> *Patrick Mitchell (Annulment)*, ¶¶ 36-40 (RLM-114).

<sup>232</sup> *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD contra El Gobierno de Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Laudo sobre Jurisdicción (17 de mayo del 2007), ¶ 130 (Hwang) (RLM-93) (“*Malaysian Historical Salvors*”).

<sup>233</sup> *Id.*, ¶ 146.

A fin de determinar si el Contrato es una “inversión”, la prueba de fuego” debe ser su contribución global a la economía del Estado receptor de la inversión, Malasia<sup>234</sup>.

En su firme opinión discrepante en cuanto a la subsiguiente decisión de anulación por parte de un Comité *ad hoc* dividido, el ex Juez de la CIJ, Mohamed Shahabuddeen razonó así:

Mis principales razones para sostener que el desarrollo económico del Estado receptor sea una condición de una inversión dentro del significado del CIADI son éstas: (a). Por amplia que fuere la competencia de las partes para determinar los términos de una inversión, esa competencia está sujeta a ***algunos límites externos ajenos a su voluntad***, aunque fuere solo para medir la amplitud de su competencia dentro de esos límites. (b). Los límites externos en este caso incluyeron un requisito de que una inversión ***debe contribuir al desarrollo económico del Estado receptor***. (c). El Tribunal tuvo razón al determinar que la contribución al desarrollo económico del Estado receptor tenía que ser substancial o significativo. . . .<sup>235</sup>

Sin cumplir los tres elementos esenciales, la Demandante ni siquiera ha abordado este requisito. Las actividades mercantiles de MSDIA no son una “inversión” porque la Demandante no contribuye positivamente al desarrollo económico de Ecuador.

119. Al contrario del argumento de la Demandante, la presencia de una sucursal local en Ecuador no constituye *per se* una “inversión”<sup>236</sup>. Esos dos casos de hecho no trataron sobre la cuestión de si una “sucursal” constituya una inversión. En *Murphy contra Ecuador*, el inversionista llevaba a cabo ciertas actividades de inversión – es decir, la producción y provisión de petróleo de acuerdo a un contrato de concesión petrolera (formas de inversión bien reconocidas) con el Estado receptor<sup>237</sup>. De manera similar, en *Middle East Cement contra Egipto*, el tribunal observó que las actividades de la demandante a través de su sucursal cumplían los requisitos de una “inversión”

---

<sup>234</sup> *Malaysian Historical Salvors*, ¶ 135 (RML-93).

<sup>235</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN BHD contra El Gobierno de Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Opinión Discrepante del Juez Shahabuddeen (19 de febrero del 2009), ¶ 4 (Schwebel, Shahabuddeen, Tomka) (RLM-110).

<sup>236</sup> Véase Réplica de la Demandante, ¶ 81, n. 120.

<sup>237</sup> *Murphy. contra Ecuador*, ¶¶ 3, 32, 119.

reconocidos por las leyes locales y el Estado le autorizó específicamente que [invirtiese] cierta cantidad de dinero durante un período de tiempo fijo de 10 años<sup>238</sup>. Además, el tribunal advirtió que los derechos de la demandante como arrendataria de la propiedad de un barco encajaban dentro de la definición amplia de una inversión especificada en el tratado aplicable<sup>239</sup>.

120. Estos casos demuestran por lo tanto que lo que determina si una sucursal satisface la definición de “inversión” es la naturaleza de sus actividades, no meramente la forma de su existencia<sup>240</sup>. En consecuencia, la operación de una sucursal dentro del territorio de Ecuador, por sí sola, no es una inversión, en particular cuando su propósito es realizar transacciones mercantiles internacionales.

121. En conclusión, el “negocio próspero” de MSDIA de la venta y distribución de sus productos a nivel internacional a distribuidores privados en Ecuador no constituye una inversión puesto que, por su naturaleza misma, involucra “transacciones mercantiles”. Por lo tanto, no logra satisfacer la noción de “inversión” la cual incorpora ciertas características legales y económicas<sup>241</sup>.

### **C. El inicio de la Demandante de este arbitraje contraviene el Artículo VI del Tratado**

122. Como Ecuador explicó en su escrito de Oposición, la “reserva” de la Demandante en cualquier momento para seleccionar cualquier forma de arbitraje especificado de acuerdo al Artículo VI(3)(a)” es inefectiva, tanto debido al Tratado, el cual exige que los inversionistas realicen una elección definitiva y exclusiva de foro arbitral<sup>242</sup>, así como también un resultado de la Convención del CIADI<sup>243</sup>.

---

<sup>238</sup> *Middle East Cement Shipping y Handling Co. S.A. contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, (12 de abril del 2002), ¶¶ 82, 136 (Georgilis, Shahid, Yehia) (RLM-112) (“*Middle East Cement*”).

<sup>239</sup> *Id.* ¶ 136.

<sup>240</sup> Los hechos de ambos casos en los cuales la Demandante se basa, *Murphy contra Ecuador y Middle East Cement contra Egipto*, tienen diferencias marcadas con respecto al presente caso. No fue la presencia de una sucursal sino la naturaleza de la transacción comercial lo que determina la existencia de una “inversión protegida”. En *Murphy contra Ecuador* el inversionista operaba claramente en Ecuador una empresa.

<sup>241</sup> Véase, v.g., Douglas, p. 163 (RLM-134).

<sup>242</sup> Oposición de Ecuador, ¶¶ 94-96.

123. La Réplica de la Demandante no le ayuda en su posición inconveniente.

124. La Demandante plantea esencialmente tres argumentos. Primero, argumenta que porque estaba “preocupada acerca de proteger y conservar sus derechos”, a la luz de la declaración de Ecuador de acuerdo al Artículo 25(4) de la convención del CIADI<sup>244</sup>, condicionó su consentimiento a su reserva de su derecho a consentir en cualquier momento en alguna forma de arbitraje de acuerdo al Tratado<sup>245</sup>. Desde luego, este es un argumento absurdo – y en todo caso, no tiene ninguna relevancia legal frente a los mandatos explícitos del Tratado. La declaración de Ecuador según el Artículo 25(4) de la Convención del CIADI excluyó de su consentimiento a la jurisdicción del Centro las diferencias relacionadas con la explotación de sus recursos naturales. En el supuesto *arguendo* de que la Demandante poseyera en el momento pertinente una inversión protegida de acuerdo al Tratado, no puede sugerir con seriedad que su diferencia con Ecuador se relacione con la explotación de sus recursos naturales.

125. Está relacionada la sugerencia hecha por la Demandante de que los hechos posteriores a su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, es decir, la denuncia de la Convención por parte de Ecuador, de alguna manera justifica en retrospectiva su reserva de derechos. Una vez más, no existe ninguna significación legal para este argumento. Pero este argumento tampoco es honesto. El Artículo 72 de la Convención del CIADI dispone que la denuncia de la Convención por parte de un Estado Contratante “no afectará ... la obligación de ese Estado contemplada en [la] Convención ... originada en el consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por [el Estado] antes de que el destinatario haya recibido [la notificación de la denuncia]”. Como la Demandante admite, Ecuador denunció la Convención un mes después de su

---

<sup>243</sup> *Id.*, ¶ 97.

<sup>244</sup> La disposición reza así: “Cualquier Estado Contratante podrá, el momento de la ratificación, aceptación o aprobación de esta Convención o en cualquier momento posteriormente, notificar al Centro sobre la clase o clases de diferencias que ésta consideraría o no consideraría someter a la jurisdicción del Centro. El Secretario General transmitirá de inmediato dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Dicha notificación no constituirá el consentimiento que exige el párrafo (1)”.

<sup>245</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 96, 98.

consentimiento<sup>246</sup>.

126. El primer argumento legal de la Demandante se fundamenta en el concepto del “control completo” del inversionista sobre su derecho a arbitrar diferencias con el Estado receptor que están cubiertas por un tratado bilateral de inversiones; para la Demandante, el “control completo” “incluye seguramente el derecho a condicionar una aceptación de arbitraje a través de una reserva de derechos”<sup>247</sup>. No obstante, el “control completo” no otorga al inversionista el derecho a escoger más de una alternativa. Como el Profesor Vandeveldel, la autoridad en la cual la Demandante se basa, expresa lo siguiente:

... si estuvieren disponibles múltiples foros para arbitraje internacional, el inversionista podría seleccionar de entre ellos. Incluso cuando dicho lenguaje no constare, como una cuestión práctica el inversionista en general controla la elección. La razón es que, en general, los TBI incluyen el consentimiento del Estado receptor para cada una de las alternativas disponibles, pero nunca el consentimiento del inversionista porque el inversionista no es una parte en el TBI, el inversionista podrá en consecuencia controlar la elección de consentir solo *en una de las alternativas*<sup>248</sup>.

127. La Demandante argumenta luego que, a la luz de la exclusividad e irrevocabilidad de su consentimiento al arbitraje ante el CIADI, su reserva de derechos de alguna manera produce la nulidad de su consentimiento<sup>249</sup>. Pero este argumento se contradice por las autoridades de la Demandante, las cuales estipulan con claridad una presunción a favor de un consentimiento perfeccionado en el área donde la oferta y aceptación coincidan. La primera autoridad de la Demandante, el comentario del Profesor Schreuer sobre la Convención del CIADI, corrobora esta proposición: la oferta de la Demandante, presentada mediante su carta del 8 de junio del 2009, coincidió con la oferta de Ecuador, incluida en el Tratado, con lo cual se perfeccionaba

---

<sup>246</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 97.

<sup>247</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 99 (donde se cita Vandeveldel, pp. 436-437 (CLM-109)).

<sup>248</sup> Vandeveldel p. 436 (CLM-109).

<sup>249</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 100.

el consentimiento de las partes<sup>250</sup>. Esa oferta y aceptación no coincidieron por completo en la expresión – la llamada “reserva de derechos” de la Demandante – no anula el consentimiento; más bien, la reserva de la Demandante queda fuera del consentimiento de las partes. En otras palabras, es la reserva de la Demandante la que debe ignorarse por ser nula, no el consentimiento, el cual se ha perfeccionado, “en la medida” que la oferta y aceptación coincidieron<sup>251</sup>. Y, en realidad, la segunda autoridad que la Demandante cita confirma esto: “es solo en el área de la coincidencia que el consentimiento es efectivo y también irrevocable”<sup>252</sup>.

128. A la luz de lo expuesto, Ecuador responde al argumento final de la Demandante con respecto a la secuenciación de su consentimiento y el sometimiento de la diferencia a arbitraje en aras de la argumentación. Los términos del Tratado son claros:

- Según el Artículo VI(3)(a) el primer paso es que el inversionista “seleccione el consentimiento por escrito al sometimiento de la diferencia para solución mediante arbitraje vinculante” a uno de los cuatro foros arbitrales especificados en los incisos (i) a (iv).
- El segundo paso separado es el inicio del arbitraje que se establece con claridad en el Artículo 3(b): “*Una vez que* [el inversionista] ha consentido de esa manera, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar un arbitraje de acuerdo con la elección así especificada en el consentimiento”.

129. En su carta del 8 de junio del 2009, la misma MSDIA reconoce el proceso de dos pasos y completó el primero de los dos pasos. Por consiguiente, MSDIA perfeccionó su consentimiento “antes de y por separado” de la presentación de la solicitud de arbitraje – algo que ésta ahora afirma no puede hacerse.

130. En conclusión, el Artículo VI del Tratado mantiene una oferta en pie de Ecuador de resolver las diferencias relativas a inversiones con los inversionistas a través de varios métodos de solución de diferencias. A partir de los términos del Artículo VI es claro que, a fin de remitir una diferencia relativa a inversiones para su

---

<sup>250</sup> Schreuer, THE ICSID CONVENTION : A COMMENTARY (2009), p. 230 (¶ 514) (RLM-79).

<sup>251</sup> *Id.*

<sup>252</sup> Szasz, p. 29 (CLM-104).

solución, un inversionista tiene que hacer una elección entre los diferentes métodos alternativos disponibles, lo cual perfecciona la oferta en pie de Ecuador. Cada alternativa tiene sus ventajas y desventajas relativas. Por consiguiente, un inversionista tiene la obligación de evaluar sus opciones y realizar una elección “exclusiva e irrevocable”. Lo que no es permisible es que el inversionista elija más de una opción, o realice una elección y reserve sus derechos de recurrir a una segunda a su antojo. Una vez que hace una elección, un inversionista tiene atenerse a ella. En realidad, como afirma el tribunal en *ICS contra Argentina*, un tratado de inversiones “presenta una situación de ‘aceptar o rechazar la opción’”<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> *ICA Inspection*, ¶ 272 (RLM-28).

#### **IV. LA DEMANDANTE NO HA LOGRADO DEMOSTRAR UNA NECESIDAD URGENTE DE IMPEDIR DAÑO IRREPARABLE**

131. La Demandante no ha logrado cumplir su obligación de demostrar que exista una amenaza inminente de daño irreparable para ésta o su negocio en Ecuador, o que las medidas provisionales que ha solicitado se necesiten con urgencia. En su Réplica, la Demandante argumenta que su negocio en Ecuador sufrirá daño irreparable como resultado de una sentencia emanada de la Corte Nacional de Justicia porque (1) existe una probabilidad de una decisión adversa dictada por la Corte Nacional de Justicia; y, (2) una vez que se pronuncie la decisión, NIFA procurará ejecutarla contra los activos de MSDIA en Ecuador<sup>254</sup>. La Demandante argumenta que estos sucesos son inminentes, y justifica la urgencia porque (1) “es probable” que la Corte Nacional pronuncie su decisión antes del laudo final en este caso, y (2) ésta sería “ejecutable de inmediato” por NIFA<sup>255</sup>.

132. La propia evidencia de la Demandante demuestra, sin embargo, que ésta cree que no existe ningún riesgo, de la naturaleza que fuere, de que la Corte Nacional dicte una sentencia adversa contra aquella o que sufra daño como resultado de esa sentencia. Como se analizó en la Sección II(B)(1) anterior y se resume más adelante, la Demandante presentó con su Réplica sus estados financieros correspondientes al 2011, auditados por PWC al 25 de abril del 2012<sup>256</sup>. El 20 de abril del 2012 – después de que había ocurrido cada suceso en la Corte Nacional de Justicia de los cuales la Demandante se queja ahora ante este Tribunal – la Demandante presentó esos mismos estados financieros ante la Superintendencia de Compañías Ecuatoriana, en los cuales declaraba que espera una decisión que le fuera favorable en su apelación ante la Corte Nacional de Justicia y, por esa razón, no es necesario que adopte ninguna de las medidas para cubrir algún riesgo de pérdida consecuente al resultado de su apelación<sup>257</sup>. En las propias palabras de la Demandante, escritas sujetas sanciones civiles y penales de acuerdo a las leyes ecuatorianas menos de seis semanas antes que

---

<sup>254</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 118.

<sup>255</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 179.

<sup>256</sup> C-111.

<sup>257</sup> Presentación de Estados Financieros de MSDIA el 30 de abril del 2012 a la *Superintendencia de Compañías* (REM-5).

ésta presentara su solicitud de medidas provisionales, no existe ningún riesgo, ningún daño inminente, y ninguna urgencia con respecto a una sentencia del Tribunal de Apelaciones Nacional.

133. Los argumentos de la Demandante sobre daño irreparable y urgencia, al igual que sus argumentos sobre futilidad, son falsos. Todos ellos se basan en la afirmación fabricada de la Demandante, destinados solo para este Tribunal, y desmentidos totalmente por sus declaraciones contemporáneas en sus estados financieros, en el sentido que es “probable” que la sentencia de la Corte Nacional de Justicia le sea adversa. Sin embargo, incluso si la falta de honestidad de sus argumentos no se hubiera revelado, la Demandante no ha presentado ninguna prueba, y ningún argumento legal, que descargue su obligación de probar que las medidas provisionales que ha solicitado se necesiten con urgencia para evitar daño irreparable a sus derechos.

**A. La Demandante no ha logrado demostrar que su negocio en Ecuador sufriría daño irreparable.**

**1. Si bien la Réplica de la Demandante afirma que es probable que la decisión de la Corte Nacional de Justicia le sea adversa, su prueba no apoya el aserto y en realidad la contradice categóricamente.**

134. La Demandante plantea que, a fin de prevalecer en su solicitud de medidas provisionales, ésta solo necesita demostrar que es “probable” una amenaza de daño resultante de una decisión adversa de la Corte Nacional de Justicia<sup>258</sup>. Pero la Demandante ha admitido en toda su Solicitud y en su Réplica que, aunque ésta considere que sea probable una decisión adversa, en realidad no tiene ninguna idea sobre cómo se pronunciará la Corte Nacional de Justicia en su decisión. Mediante su cita a la Oposición de Ecuador, la Demandante está de acuerdo de manera inequívoca en que “es verdad que ‘la decisión de la Corte Nacional de Justicia es incierta en su contenido’”<sup>259</sup>. De hecho, ahora es claro que, al perseguir con energía su apelación ante la Corte Nacional de Justicia, la Demandante en realidad espera, y así ha informado a sus auditores y al Gobierno Ecuatoriano, que ésta cree sin reservas que la

---

<sup>258</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 113.

<sup>259</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 167.

Corte Nacional fallará a su favor. De acuerdo a la Demandante, no solo es “probable” que prevalezca en su apelación; su éxito es seguro. Pero incluso sin esta revelación, la Demandante no ha logrado reunir ninguna prueba de una probabilidad de una sentencia adversa en cualquier caso.

135. La omisión de la Demandante al respecto comienza con su admisión de que las medidas provisionales no son urgentes y dependen de cómo la Corte Nacional de Justicia decida sobre su apelación. De acuerdo a la Demandante:

*MSDIA no solicita ahora que el Tribunal ordene a Ecuador que adopte todas las medidas inmediatas de la naturaleza que fueren. Más bien, MSDIA solicita una orden que surta efecto solo después de que su Corte Nacional de Justicia emita una decisión dictó (sic) la sentencia sujeta a ejecución.... Las medidas provisionales solicitadas por MSDIA no impondrían ninguna obligación ni carga de la naturaleza que fueren a Ecuador sino una vez que su Corte Nacional de Justicia emitiera una sentencia adversa para MSDIA<sup>260</sup>.*

136. El Presidente de la Demandante, Sr. Jean Marie Canan, confirma que la Demandante en el mejor de los casos no está segura sobre cómo la Corte Nacional de Justicia decida sobre su apelación: “Entiendo que, en el caso de que la Corte Nacional de Justicia ratificare la sentencia de \$150 millones contra MSDIA, y que posteriormente MSDIA optare por no pagar la sentencia voluntariamente, NIFA estaría en libertad de solicitar a las cortes ecuatorianas que ordenen la confiscación de los activos de MSDIA Ecuador”<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 40 (énfasis agregado); véase también, v.g., Solicitud, ¶ 80 (“Como se explicó previamente, si la Corte Nacional de Justicia ratificare la sentencia contra MSDIA, el daño para el negocio de MSDIA en Ecuador sería rápido e irreparable”); ¶ 30 (“Si la sentencia evidentemente parcial e injusta [del tribunal de apelaciones] contra MSDIA se ejecutare contra los activos de MSDIA mientras este arbitraje estuviere pendiente...”); ¶ 65 (“Si las cortes ecuatorianas ordenaren la confiscación de los activos de MSDIA en Ecuador para cumplir la sentencia contra ésta...”) Réplica de la Demandante, ¶ 3 (“Si, como existe sobrada razón para esperar, la decisión de la Corte Nacional de Justicia fuere adversa para MSDIA...”); ¶ 14 (“Si – como es improbable dada la historia – la sentencia que dictare la Corte Nacional de Justicia no fuere adversa para MSDIA...”) (énfasis agregado en cada mención).

<sup>261</sup> Segunda Declaración Testimonial de Canan, ¶ 13. Véase también, Primera Declaración Testimonial de Canan, ¶ 18 (“Entiendo que si esa sentencia fuere ratificada por la Corte Nacional de Justicia, NIFA estaría en libertad de proceder a la ejecución de dicha sentencia contra los activos de MSDIA en Ecuador en un esfuerzo de exigir el cumplimiento de la sentencia obtenida en Ecuador en las cortes de otros países”).

137. Los planteamientos de la Demandante en este proceso están desprovistos de toda prueba de que la Corte Nacional de Justicia decida de una manera que le sea adversa. En realidad, parecería que a su perito en derecho ecuatoriano, Dr. Jaime Ortega Trujillo, no se le ha solicitado deliberadamente su opinión sobre este particular. En su segundo dictamen pericial, el Dr. Ortega indica que:

Cabe señalar que no se me ha preguntado, ni en mi primer informe ni en el presente informe, que analice el fondo de los argumentos presentados ante la Corte Nacional de Justicia por [MSDIA y NIFA]. El fondo del caso ante la Corte Nacional de Justicia está [], por lo tanto, más allá del alcance de mi dictamen<sup>262</sup>.

138. En cambio, el argumento de la Demandante sobre la “probabilidad” de daño irreparable que resultare de la decisión de la Corte Nacional en algún momento se basa en la misma especulación e insinuación que ésta plantea para apoyar su argumento de futilidad, *i.e.*, las aseveraciones acerca del estado general del sistema judicial ecuatoriano que carecen de fundamento y no se infieren de la imputación a las supuestas irregularidades en las cortes inferiores, así como también a un panel de jueces de la Corte Nacional de Justicia ahora reemplazados, al panel de jueces que decida su apelación. Sin embargo, como Ecuador ha demostrado ya en la Sección II(B) anterior, la Demandante no ha logrado en absoluto establecer que su recurso a la Corte Nacional de Justicia sea fútil. Por las mismas razones, no ha logrado establecer ninguna “probabilidad” de que una decisión que emanare de la Corte Nacional cause daño, inminente o de otra naturaleza, a su negocio en Ecuador.

139. La incertidumbre del resultado de la decisión de la Corte Nacional de Justicia queda en claro gracias al testimonio del Dr. Moscoso Serrano. Él explica que, dada la naturaleza de la apelación de la Demandante, es “imposible anticipar o predecir ... el contenido de la decisión de la Corte Nacional”<sup>263</sup>. Como explica el Dr. Moscoso Serrano y se especifica en detalle en la Oposición de Ecuador, la Demandante ha planteado en su apelación violaciones de las reglas procesales y del debido proceso y violaciones del derecho sustantivo, las cuales dan como resultado por lo menos nueve

---

<sup>262</sup> Segundo Dictamen de Ortega, ¶ 2.

<sup>263</sup> Primer Dictamen Jurídico de Moscoso ¶ 7.

eventualidades en cuanto a la decisión de la Corte Nacional de Justicia, solo *una* de las cuales es la ratificación de la decisión del Tribunal de Apelaciones de Ecuador<sup>264</sup>. En su opinión en apoyo de esta Dúplica, el Dr. Moscoso Serrano explica además que:

A fin de que la sentencia [del Tribunal de Apelaciones] sea ejecutable, la Corte Nacional tendría que rechazar: (i) la alegación de MSDIA de falta de jurisdicción y, como consecuencia, su solicitud de nulidad irremediable del proceso; (ii) la solicitud de nulidad por falta de cumplimiento del requisito de la interpretación prejudicial por parte de la Corte de Justicia de la Comunidad Andina; (iii) las alegaciones de violaciones constitucionales; y, (iv) las alegaciones de aplicación impropia, falta de aplicación, o malinterpretación de la ley, incluidos los precedentes judiciales o los estándares probatorios obligatorios. No obstante, si se aceptaren uno o más de estos argumentos, tendría que modificarse o anularse la sentencia, lo cual volvería imposible la ejecución. Por ejemplo, (i) si la Corte Nacional aceptare el argumento concerniente a la falta de jurisdicción, esta aceptación daría como resultado el cierre del proceso. De manera similar, (ii) si la Corte Nacional aceptare la solicitud de nulidad por falta de interpretación prejudicial por parte de la Corte de Justicia de la Comunidad Andina, esta aceptación daría lugar a la nulidad, si no es de todo el proceso, al menos de la sentencia emitida por la Corte Provincial. Esto volvería el caso a su estado al momento en que la Corte Provincial no solicitó la opinión de la Corte de Justicia [de la Comunidad Andina], con lo cual revocaría la sentencia [del Tribunal de Apelaciones] dictada el 23 de septiembre del 2011, y daría como resultado la inexistencia de alguna sentencia ejecutable. (iii) Si la Corte Nacional aceptare una o más de [las] alegaciones de nulidad resultantes de violaciones constitucionales, el caso volvería al estado en que ocurrieran dichas violaciones. Esto podría dar como resultado [una] declaración de nulidad total del caso si la Corte Nacional determinare que la violación ha ocurrido al momento en que se planteó el reclamo, lo cual produciría la revocatoria de la sentencia, con lo cual se volvería imposible la ejecución. (iv) Si la Corte Nacional admitiere uno o más de los reclamos de aplicación impropia, falta de aplicación o malinterpretación de la ley, se tendría que modificar o revocar la sentencia apelada, y se tendría que corregir sus errores y, por lo tanto, también

---

<sup>264</sup>

Oposición de Ecuador, ¶¶ 104(b), donde se cita Primer Dictamen Jurídico de Moscoso, ¶ 7.

sería imposible ejecutar la sentencia de la Corte Provincial. Si la Corte Nacional aceptare alguna de las alegaciones planteadas por NIFA, esta aceptación también requeriría la modificación de la sentencia<sup>265</sup>.

140. Para erosionar aún más la “probabilidad” de que la Demandante sufra alguna vez algún daño de la naturaleza que fuere como resultado de la apelación pendiente, la Corte Nacional de Justicia revisará todo el expediente del caso y tiene la potestad de corregir cualquier error cometido por el tribunal de primera instancia o del Tribunal de Apelaciones.

De acuerdo al Dr. Moscoso Serrano:

Cabe enfatizar que la Corte Nacional tiene la jurisdicción plena para revisar *de novo* todos los hechos y pruebas presentados en las cortes de primera y segunda instancia y dentro del alcance de las cuestiones presentadas en apelación por las partes. En la medida que ésta determinare que una sentencia es nula, la Corte Nacional revocará la sentencia y transferirá el caso nuevamente a la corte pertinente. Si la Corte Nacional determinare que una sentencia no es nula pero contiene errores, ésta tiene plena autoridad para corregir dichos errores y emitir una nueva decisión corregida. Si la Corte Nacional determinare que toda la causa de acción es nula, ésta tiene plena autoridad para desestimar y cerrar el caso<sup>266</sup>.

141. Dadas las múltiples razones de error que la Demandante ha planteado en la apelación y las potestades de la Corte Nacional de Justicia para revisarlos y corregirlos, no hay que extrañarse entonces de que la Demandante haya expresado certidumbre acerca de prevalecer en ella. Pero si este Tribunal se basa en la prueba de la Demandante en sus estados financieros de que ésta prevalecerá y que la decisión del Tribunal de Apelaciones no representa ninguna amenaza para su negocio en Ecuador, o la concesión de la Demandante en su Réplica de que la decisión última de la Corte Nacional “es incierta en el contenido”, corroborada por el testimonio del Dr. Moscoso Serrano de que “es imposible concluir que la ejecución de una sentencia contra [la

---

<sup>265</sup> Segundo Dictamen Jurídico de Moscoso, ¶ 3.

<sup>266</sup> Segundo Dictamen Jurídico de Moscoso, ¶ 4.

Demandante] ocurrirá finalmente”<sup>267</sup>, se obtiene el mismo resultado. La Demandante no ha logrado cumplir su responsabilidad de demostrar alguna “probabilidad” de que la Corte Nacional de Justicia emita algún momento una decisión que pudiera perjudicar su negocio en Ecuador.

142. Los intentos de la Demandante de distinguir los casos en los que Ecuador se basa fracasan por las mismas razones. La Demandante cita con aprobación la *ratio decidendi* del tribunal en *Occidental Petroleum contra Ecuador* de que “[l]as medidas provisionales no tienen la finalidad de proteger contra algún daño posible o hipotético susceptible de resultar de acción incierta”<sup>268</sup>, pero argumenta que – en el supuesto de que, a diferencia de los hechos en *Occidental* – “no exista nada hipotético acerca del riesgo de una sentencia adversa emanada de la [Corte Nacional de Justicia]” y “nada hipotético acerca del riesgo de que NIFA solicitare la ejecución de la sentencia de \$150 millones contra los activos de MSDIA en Ecuador”<sup>269</sup>. Sin embargo, los hechos de este caso son precisamente los mismos que aquellos en *Occidental*; independientemente de las aseveraciones de la Demandante, de la naturaleza que fueren, acerca del “riesgo” de una sentencia adversa de la Corte Nacional que el Tribunal crea.

143. El tribunal en *Occidental* rechazó la naturaleza hipotética de la suposición de *Occidental* de que Ecuador amenazaba con transferir la concesión petrolera que ésta procuraba proteger a través de medidas provisionales, y sostuvo que “las medidas provisionales no tienen la finalidad de proteger contra ningún daño posible o hipotético”. El tribunal llegó a esta decisión porque *Occidental* ni “siquiera estaba segura” de que se estuviera planeando una transferencia<sup>270</sup>. La Demandante en el

---

<sup>267</sup> Primer Dictamen Jurídico de Moscoso, ¶ 13.

<sup>268</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 117 (donde se cita *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales (17 de agosto del 2007), ¶ 89 (RLM-45).

<sup>269</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 118.

<sup>270</sup> *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales (17 de agosto del 2007), ¶ 89 (RLM-45).

presente caso está incluso menos segura que *Occidental* acerca del “riesgo” de daño irreparable; ha admitido que la decisión pendiente de la Corte Nacional de Justicia es “incierto en su contenido”.

144. Además, la propia Demandante provee el tipo de seguridades de la inexistencia de riesgo de daño irreparable a su negocio en Ecuador que el abogado de Ecuador proveyó en *Occidental* y que el tribunal utilizó únicamente para corroborar su rechazo de la incertidumbre de *Occidental*, el “daño hipotético” a sus derechos que reivindicaba en la concesión petrolera. En *Occidental*, el abogado de la defensa de Ecuador declaró ante el tribunal que Ecuador no tenía “ningún plan” ni “ninguna intención” de transferir la concesión petrolera; la Demandante ha afirmado de manera inequívoca que no existe ningún riesgo de que ésta reciba una sentencia adversa de la Corte Nacional y, por esa razón, no ha tomado ninguna provisión para cubrir alguna pérdida que resultare de una sentencia. El argumento de la Demandante de que *Occidental* “involucró hechos muy diferentes de los del caso en cuestión” demuestra demasiado<sup>271</sup>. Los hechos de este caso no podrían ser más congruentes con aquellos en *Occidental*.

145. El esfuerzo de la Demandante de distinguir la decisión sobre medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) en el *Caso Interhandel* es igualmente inútil. De acuerdo a la Demandante, la CIJ “no sostuvo que no podía haber ninguna urgencia debido a que la venta de acciones estuviera condicionada a un proceso en las cortes”<sup>272</sup>. Sin embargo, la CIJ consideró la incertidumbre general de la resolución de los procesos judiciales pendientes en *Interhandel*. La CIJ dejó en claro ese punto, cuando expresó:

De acuerdo a las leyes de los Estados Unidos, la venta de esas acciones puede efectuarse únicamente después de la terminación de un proceso judicial el cual *al presente se encuentra pendiente en ese país* con respecto al cual no existe *ningún indicio en cuanto a su conclusión ágil, y mientras*

---

<sup>271</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 116.

<sup>272</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 177.

*dicha venta estuviere por lo tanto condicionada a una decisión judicial que rechace los reclamos de Interhandel*<sup>273</sup>.

146. La Corte Internacional de Justicia declinó indicar las medidas solicitadas, para lo cual determinó que la venta de las acciones no era inminente<sup>274</sup> y reconoció claramente tanto que el resultado del proceso judicial en cuestión no podía conocerse y que el marco de tiempo no era inminente. Ese es precisamente el argumento de Ecuador: El resultado de la decisión de la Corte Nacional de Justicia se desconoce y no se puede conocer en su contenido, y no es inminente. Por consiguiente, la incertidumbre en cuanto a la determinación del tiempo así como al contenido de un dictamen judicial demuestra que el requisito de la urgencia para obtener las medidas provisionales no se ha cumplido.

147. *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra La República del Ecuador* (“*Chevron II*”) es el único caso que cita la Demandante en respaldo de su argumento de que solo necesita demostrar que una decisión adversa de la Corte Nacional de Justicia es “probable” y que ha asumido su responsabilidad de demostrarlo. En su Oposición, Ecuador ha demostrado ya que los antecedentes fácticos, así como las cuestiones legales en *Chevron II* no son análogos a este caso<sup>275</sup>, y la Demandante no está en desacuerdo en que *Chevron* presentó hechos y leyes fundamentalmente diferentes de las del presente caso. Entre otros hechos y cuestiones que divergen de aquellos en este caso, el arbitraje entre Chevron y Ecuador involucró alegaciones y publicidad intensas por parte de la demandante, todas falsas, de que el Gobierno de Ecuador había dado apoyo de manera inapropiada a los demandantes e interferido en los procesos judiciales. La Demandante no hizo ninguna alegación de ninguna interferencia por parte del Gobierno con respecto al caso de NIFA contra aquella. Además, el laudo de medidas provisionales en *Chevron III* es un hecho atípico que contrasta con la inmensa mayoría de decisiones arbitrales y de otros tribunales

---

<sup>273</sup> *Caso Interhandel, (Suiza contra los Estados Unidos)*, Orden sobre Medidas Provisionales (24 de octubre de 1957), *I.C.J. Reports 1957*, pp. 110, 112 (énfasis agregado) (“*Interhandel Case*”) (RLM-29).

<sup>274</sup> *Id.*, p. 106.

<sup>275</sup> Oposición de Ecuador, ¶¶ 75-76.

internacionales que han reconocido que las medidas provisionales no son apropiadas en ausencia de una decisión definitiva del sistema judicial del Estado demandado y de una demostración de la futilidad de los recursos locales.

**2. La aseveración de la Demandante de que ésta amerita medidas provisionales porque su pago de una decisión adversa de la Corte Nacional de Justicia sería “irracional” carece de sentido y no hace nada para cumplir su responsabilidad de demostrar daño irreparable.**

148. La Demandante inició este proceso para obtener las medidas provisionales con la misma clase de intento de engaño acerca del efecto negativo de una sentencia adversa en sus operaciones en Ecuador que los demás intentos que impregnan toda su Solicitud de medidas provisionales. Alegó que MSDIA Ecuador sería “destruida completamente” debido a que los únicos activos disponibles para cumplir una sentencia a favor de NIFA serían los de su sucursal en Ecuador, cuyo valor total, según dice la Demandante, “es mucho menor que la cuantía de la sentencia de \$150 millones” que ésta apela ahora ante la Corte Nacional de Justicia. Por lo tanto, la Demandante argumentó, una confiscación de los activos de MSDIA en Ecuador para cumplir la hipotética sentencia “destruirá por completo el negocio de MSDIA en Ecuador”<sup>276</sup>.

149. En su Oposición, Ecuador puso al descubierto lo que era el argumento: un intento engañoso de describir la sucursal de MSDIA en Ecuador como si fuere una entidad jurídica separada y apartar la atención del Tribunal del hecho de que la sentencia que MSDIA apela ahora es en contra de MSDIA misma e implica sus activos como un todo. El perito financiero de Ecuador, Sr. Timothy H. Hart, analizó la situación financiera completa de MSDIA, basado en los estados generales y los balances de ingresos y egresos correspondientes al período 2007-2011 que Ecuador solicitó y obtuvo de MSDIA. El Sr. Hart concluyó que Ecuador tendría los medios financieros para satisfacer una sentencia de \$150 millones sin alteración de la marcha normal de sus operaciones comerciales o sin efecto negativo significativo en sus

---

<sup>276</sup> Solicitud de la Demandante, ¶¶ 64-65.

activos corrientes netos de \$1,13 mil millones<sup>277</sup>. De hecho, basado en las reservas en efectivo y cuentas por cobrar de la Demandante (sin contar el inventario y los montos pagados por anticipado que ésta tiene), la Demandante podría cumplir una sentencia de \$150 millones en tan solo uno y medio meses sin perturbar su negocio<sup>278</sup>. El Sr. Hart reitera su conclusión en su segundo informe pericial presentado con esta Dúplica:

He demostrado que MSDIA tiene la capacidad de cumplir la sentencia con fondos de sus propios activos corrientes netos existentes. Revisé los estados de pérdidas y ganancias y los balances generales de MSDIA correspondientes a los años 2007 a 2011 inclusive. He verificado que el nombre que consta en la parte superior de estos estados financieros es de hecho el mismo que la MSDIA que está solicitando las medidas provisionales y contra la cual se ha dictado la sentencia en el tribunal de apelaciones de Ecuador. Los balances generales presentan *los activos de MSDIA*<sup>279</sup>. De mi revisión de los balances generales se desprende que los activos de MSDIA exceden los \$1,2 mil millones al 31 de diciembre del 2011. Si la sentencia del tribunal de apelaciones ecuatoriano se ejecutare contra los activos de MSDIA, MSDIA sería capaz de satisfacer la sentencia a través del uso de los activos corrientes en uno y medio a dos y medio meses. Esto tendría un efecto negativo mínimo en las operaciones de corto plazo de MSDIA y de ninguna manera destruiría el negocio de MSDIA en Ecuador o afectaría significativamente el negocio de MSDIA<sup>279</sup>.

150. En su Réplica, la Demandante no discute las conclusiones del Sr. Hart de que MSDIA es la parte contra la cual la sentencia se ejecutaría y la parte cuyos recursos financieros deben evaluarse a fin de determinar si podría o no ocurrir daño irreparable. La Demandante tampoco cuestiona que ésta tenga los medios para pagar una sentencia contra ésta en la cuantía total de \$150 millones de la sentencia del Tribunal de Apelaciones, sin ningún efecto adverso en ella. Al parecer incapaz de plantear algún argumento sobre por qué ésta no podría pagar una sentencia adversa si la Corte

---

<sup>277</sup> Informe Pericial de Timothy H. Hart, (24 de julio del 2012) (“Primer Informe Pericial de Hart”), ¶¶ 24-25.

<sup>278</sup> *Id.*

<sup>279</sup> Segundo Informe Pericial de Hart, ¶ 19.

Nacional de Justicia la emitiera, y así evitar algún daño irreparable a sus operaciones en Ecuador, la Demandante plantea un argumento completamente nuevo en su Réplica. Admite que tiene los medios para pagar una sentencia adversa en el monto total de \$150 millones, pero – respaldada por su perito financiero, Sr. R. Brian Calvert – la Demandante asevera ahora que “[e]l hecho de que una compañía pueda pagar algo no significa que ésta debería pagarlo”<sup>280</sup>. De acuerdo al Sr. Calvert, debido a que una sentencia de \$150 millones vale más que los \$14,3 millones de la Demandante en activos ubicados en Ecuador, no sería “racional” que la Demandante pagara una sentencia para conservar esos activos. El Presidente de la Demandante, Sr. Canan, está de acuerdo con el Sr. Calvert: El pago de la Demandante de una sentencia de \$150 millones contra ésta no sería “racional”, de tal manera que, “podemos afirmar definitivamente ahora que MSDIA no pagaría la sentencia de \$150 millones en el caso NIFA si se llegare a ratificar esa sentencia”<sup>281</sup>.

151. Esta es una proposición impresionante. En efecto, la posición de la Demandante es: “Tenemos los medios para proteger nuestro negocio en Ecuador – del cual hemos dicho que es vital para nosotros – de daño irreparable, pero no movemos un dedo para hacerlo, por lo tanto, concédannos las medidas provisionales de modo que no tengamos que causarle daño irreparable”. En el paradigma de la Demandante, no es Ecuador o su sistema judicial lo que causaría daño irreparable al negocio de la Demandante en Ecuador; es la propia Demandante la que optaría por el daño irreparable. No existe ningún soporte en derecho o en los hechos para determinar que una parte que solicite medidas provisionales que tenga la capacidad de evitar daño irreparable necesite medidas provisionales para proteger sus derechos.

152. Si bien la Demandante urge como una elección “racional”[] su pretendida decisión de destruir su negocio en Ecuador si la Corte Nacional de Justicia se pronunciare de una manera adversa a ella es, antes que nada, carente de sentido. Como el Sr. Hart explica:

---

<sup>280</sup> Informe Pericial de R. Brian Calvert (“Informe Pericial de Calvert”), ¶¶ 13-14; véase también Réplica de la Demandante, ¶¶ 142-143.

<sup>281</sup> Segunda Declaración Testimonial de Canan, ¶ 8.

El análisis del Sr. Calvert adolece de deficiencias por muchas razones, pero lo más importante es que considero que el Informe Calvert es irrelevante pues ignora cómo MSDIA ha tratado la sentencia de \$150 millones en sus estados financieros auditados.

....

Es importante comprender que los estados financieros, aun cuando han sido auditados por contadores externos, son los estados de la propia compañía y la responsabilidad de la gerencia de la compañía....

La gerencia de MSDIA es responsable de la preparación y presentación razonable de sus estados financieros correspondientes a sus operaciones en Ecuador de acuerdo con los Estándares Internacionales para la Presentación de Informes Financieros, y los controles internos necesarios para permitir la preparación de estados financieros que no tengan distorsiones esenciales, debidas a fraude o error. Las declaraciones hechas por la gerencia sirven de base para los auditores y a su vez para la compañía que realiza la consolidación (en este caso, la matriz de MSDIA, Merck & Co. Inc. ("Merck), la cual es una compañía que cotiza en Bolsa)<sup>282</sup>.

153. El Sr. Hart prosigue su explicación de que, debido a que el Sr. Calvert no es contador, podría no haber apreciado la importancia de la declaración de la Demandante en abril del 2012 en el sentido de que MSDIA espera una decisión de la Corte Nacional de Apelaciones (sic) favorable a ella y que, en consecuencia, no ha adoptado ninguna medida para cubrir algún riesgo de pérdida como resultado del juicio de NIFA. Como el Sr. Hart explica:

---

<sup>282</sup>

Segundo Informe Pericial de Hart, ¶¶ 4, 6-7.

Si MSDIA creyera que podría perder la apelación, debería haber reducido sus ganancias reportadas a través de una provisión o una reserva para justificar la pérdida que creía era probable. MSDIA no registró esta nota en sus estados financieros.

....

El Sr. Calvert ha pasado por alto o no ha comprendido las implicaciones de las declaraciones de la gerencia a sus contadores PWC, que la sentencia de \$150 millones no plantea un riesgo significativo para sus operaciones en Ecuador. Las propias revelaciones de MSDIA dicen que ellos no creen que pierdan la apelación<sup>283</sup>.

154. El Sr. Hart analiza luego las dos explicaciones que provee el Sr. Calvert para su conclusión de que no sería “racional” que la Demandante pague la sentencia, y explica que, en cuanto a ambas explicaciones, los análisis del Sr. Calvert se basan en un razonamiento defectuoso y son fundamentalmente irracionales. En síntesis, el Sr. Hart demuestra que los análisis del Sr. Calvert no toman en cuenta las prácticas históricas de la Demandante y su compañía matriz Merck con respecto a las finanzas entre compañías de la Demandante; o que cualquier sentencia sería contra los activos de la Demandante como un todo; o que el Sr. Canan ha concluido en su testimonio en este caso que la Demandante espera que NIFA trate de ejecutar sobre los activos de la Demandante fuera de Ecuador<sup>284</sup>. El Sr. Hart explica que, cuando las explicaciones del Sr. Calvert en cuanto a por qué se ajusta el impago de la sentencia por estos factores, sería irracional que la Demandante no pagara una sentencia de \$150 millones si la Corte Nacional de Justicia ratificare la sentencia del Tribunal de Apelaciones contra la Demandante en todos los aspectos. Como el Sr. Hart explica, la diferencia entre el valor de los \$1,2 mil millones de la Demandante en activos y una sentencia de \$150 millones es más de \$1 mil millones de dólares, lo cual significa – según el análisis del Sr. Calvert – que el pago estaría “creando valor” para la Demandante, no “destruyendo valor” y, por lo tanto, la única decisión racional sería pagar la sentencia. Además, el Sr. Hart concluye:

---

<sup>283</sup> Segundo Informe Pericial de Hart, ¶¶ 11, 17

<sup>284</sup> Segundo Informe Pericial de Hart, ¶¶ 23-35.

Mi opinión es que nadie que analice estados financieros de MSDIA y los estados financieros de sus operaciones en Ecuador podría excluir la posibilidad, cuya ocurrencia Sr. Canan en realidad predice, de que NIFA busque ejecutar una sentencia contra MSDIA fuera de Ecuador. Como se analizó previamente, los activos de MSDIA excedían los \$1,2 mil millones al 31 de diciembre del 2011, y los estados financieros de la sucursal MSDIA Ecuador revelan que sus activos en Ecuador al 31 de diciembre del 2011 eran de \$14,3 millones. Los activos de MSDIA fuera de Ecuador son aproximadamente 84 veces más grandes que sus activos en Ecuador, y son 8 veces más grandes que la sentencia de \$150 millones que MSDIA apela ahora. NIFA tendría la posibilidad de recuperar la cantidad total de una sentencia de \$150 millones si realizare la ejecución de la sentencia fuera de Ecuador, pero hacerlo sería posible solo para recuperar menos de una décima del valor de una sentencia de \$150 millones si ésta se ejecutare en Ecuador. El Sr. Calvert no tomó en cuenta ninguno de estos factores financieros, e ignoró las predicciones del Sr. Canan de que NIFA trataría de ejecutar una sentencia fuera de Ecuador<sup>285</sup>.

155. La Demandante es, desde luego, libre de decidir no pagar una sentencia, si la Corte Nacional de Justicia dictare una contra ella. Pero que se basara en la “racionalidad” de una decisión como esa no le ayuda a cumplir su responsabilidad de demostrar la probabilidad de daño irreparable a su negocio en Ecuador. De hecho, ésta tiene el efecto opuesto; demuestra que cualquier daño irreparable que podría emanar de la decisión de la Demandante de no pagar una sentencia, cuando ésta tiene los medios para hacerlo sin dañarse a sí misma, sería atribuible a sí misma, y no a Ecuador.

**3. El argumento de la Demandante de que el derecho internacional le otorgue una opción de no pagar ninguna sentencia que ésta considere injusta en ausencia de daño irreparable a la Demandante es infundado.**

156. MSDIA afirma que “no está obligada a escoger entre (i) pagar la sentencia de \$150 millones . . . o (ii) sufrir la destrucción completa de su negocio en Ecuador”<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Segundo Informe Pericial de Hart, ¶ 34.

<sup>286</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 136.

Sostiene que “[o]tros tribunales confrontados con situaciones similares han sostenido específicamente que las demandantes tienen derecho a medidas provisionales de protección específicamente para prevenir que se les coloque en un dilema tan imposible”<sup>287</sup>. Este argumento es incorrecto por al menos tres razones: Primera, los únicos tres casos citados por la Demandante en apoyo no involucraron “situaciones similares”. Segunda, como se analiza más adelante, los tribunales no abordaron la cuestión como la Demandante la formuló – el “dilema imposible”. Por último, el argumento de la Demandante no toma en cuenta que, según el derecho internacional, ésta tiene la obligación de mitigar sus daños y que, como ha admitido, si no cumple la sentencia ni permite que se confisquen sus activos en la forma que ésta describe, habrá contribuido por su propia cuenta a sus futuros daños.

157. Primero, como se describe en la Oposición de Ecuador, *Perenco y Burlington* no involucraron situaciones similares. Involucraron gravámenes mensuales continuos sobre las ventas de petróleo de las demandantes y la solicitud de las demandantes de cumplimiento específico, la cual fue aceptada por los tribunales. Las citas que la Demandante menciona se sacaron de contexto. En *Perenco*, el tribunal hizo la afirmación citada por la Demandante de que “Perenco no debía, estando una decisión final pendiente, ser obligada a escoger entre realizar precisamente los pagos que ésta cuestionaba y sufrir las confiscaciones extensas de su producción petrolera u otros activos”<sup>288</sup> en respuesta a la “cuestión fundamental” que ésta formuló en ese caso, esto es, “si, habiéndose iniciado un arbitraje para determinar si los derechos de Perenco según los Contratos de Participación han sido modificados o reemplazados por el requisito en la Ley 42 de que ésta realizase pagos mayores a Ecuador, no previstos en esos contratos, el Tribunal debía considerar las circunstancias para exigir el otorgamiento de medidas provisionales”<sup>289</sup>. Como se analiza más adelante, el tribunal

---

<sup>287</sup> *Id.* (énfasis agregado).

<sup>288</sup> *Perenco Ecuador Ltd. contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre Medidas Provisionales (8 de mayo del 2009), ¶ 60 (CLM-13) (“Perenco”).

<sup>289</sup> *Id.*, 53.

no trató sobre si se causaría “daño irreparable” a Perenco<sup>290</sup>.

158. De manera similar, la Demandante malinterpreta la cita en *Burlington*. La proposición errónea de la Demandante de que el Tribunal estaba dedicado a resolver el llamado “dilema imposible” de hacer que la demandante pagara incluso si ésta pudiera, se deduce con claridad de la cita que ésta incluye:

Aun cuando la participación en las utilidades podría ser legítima, esperar que un inversionista extranjero continúe operando una inversión que produzca pérdida durante años es irrazonable como una cuestión práctica. Al contrario de la aseveración de las Demandadas según la cual la protección debería otorgarse contra el propio acto del inversionista de “abandono”, el Tribunal considera que el proyecto y su posición económica están en riesgo, ***independientemente de la conducta del inversionista***<sup>291</sup>.

159. En otras palabras, si la demandante “abandonó” (en este caso, dejó que se confiscaran sus activos) o continuó cumpliendo el contrato de participación (en este caso cumple la sentencia adversa, si hubiere alguna), la decisión del tribunal habría sido la misma. Además, cabe reiterar que si la Demandante cumpliera la sentencia, una vez más en el escenario hipotético de la ratificación de la Corte Nacional de la sentencia de la corte inferior, su negocio no sería destruido y su reclamo ante este Tribunal tendría mérito como resultado, ésta será indemnizada por completo por el pago de la sentencia.

160. Por último, la Demandante no explica cómo su situación sea similar a aquella descrita en la cita que incluye tomada de *Paushok*, en la cual el tribunal declaró que “sería muy presuntuoso para cualquier inversionista realizar inversiones adicionales de sus fondos propios en esa compañía” porque “el valor neto en libros de los activos de GEM es de menos del 50% de la cantidad de WPT [impuestos sobre ingresos

---

<sup>290</sup> Del análisis del tribunal de las autoridades legales en apoyo de su determinación se deduce esto con claridad en los párrafos ¶¶ 55-56 de la decisión, ninguna de las cuales se citó en cuanto a “daño irreparable”. En particular, el tribunal “prestó cuidadosa atención a la primera decisión sobre medidas provisionales pronunciada por el Tribunal del CIADI en *City Oriente contra Ecuador*, la cual, como se expresó anteriormente, *no involucró* el análisis de daño irreparable. *Id.*, ¶ 57.

<sup>291</sup> *Burlington*, ¶ 83 (CLM-3).

extraordinarios, *windfall profit tax*] que se adeudaren y la posibilidad de que el Parlamento de Mongolia se negare nuevamente a enmendar la Ley de WPT”<sup>292</sup>. En otras palabras, [¿]consideraría alguna vez algún banco o institución otorgar un crédito a una sucursal, la cual no tenga una personalidad jurídica distinta[?].

161. En síntesis, ninguna de las autoridades citadas por la Demandante establece que los tribunales consideraran que un escenario donde la Demandante pudiera pagar sin ser afectada significativamente, o tuviera la opción de no pagar, y sobre esa base otorgaran medidas provisionales.

162. Lo que es importante, la decisión de la Demandante de no cumplir la sentencia posiblemente adversa en el litigio en NIFA o “cualquier sentencia” que ésta considere “injusta” no la excusa de su obligación de mitigar sus daños. Los tribunales han reconocido que la negligencia contributiva y la omisión en cuanto a mitigar los daños son razones por las cuales una demandante no debería recibir ninguna compensación, o por lo menos no la compensación total, por las pérdidas<sup>293</sup>. Si la Demandante dejare que se confisquen sus activos, cualquier “destrucción” resultante de las operaciones de su sucursal sería el resultado de su propia acción. Incluso si llegare finalmente a prevalecer en este arbitraje, tendría que probar que no dejó de mitigar su supuesta pérdida de negocio en Ecuador.

#### **4. La Demandante no ha logrado demostrar por qué la compensación monetaria no compensaría la totalidad del perjuicio que ésta alega sufriría.**

163. Como se demostró previamente, la Demandante no ha demostrado que sufrirá daño irreparable o que su negocio en Ecuador será destruido.

---

<sup>292</sup> *Paushok*, ¶ 61 (CLM-12).

<sup>293</sup> Véase, v.g., *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. contra la República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo (25 de mayo del 2004), ¶¶ 242-244 (Sureda, Lalonde, Oreamuno) (RLM-113) donde se sostiene que las demandantes deberían asumir las responsabilidades por una porción de sus daños resultantes de sus propias decisiones que incrementaron sus riesgos en la transacción y por las cuales tienen responsabilidad, independientemente del trato dado por el Estado); *Middle East Cement*, ¶¶ 166-171 (donde se reconoce la obligación del inversionista de mitigar los daños y se concluye que, si el Estado hubiera provisto prueba de que la sustitución de la actividad comercial ha sido económicamente viable, el tribunal habría reducido la compensación del inversionista) (RLM-112).

164. Pero, incluso si MSDIA pudiera demostrar que su negocio en Ecuador sería destruido, el derecho de la Demandante a perseguir sus reclamos por daños en este arbitraje y la posibilidad del Tribunal de decidir esos reclamos no se verán afectados en ausencia de las medidas provisionales solicitadas<sup>294</sup>. Como se explica en la Oposición de Ecuador, el derecho internacional establece que, cuando los supuestos perjuicios podrían compensarse en el laudo definitivo, no existe, por definición, ningún “daño irreparable” y no se otorgarán medidas provisionales<sup>295</sup>. Como sostuvo el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los Estados Unidos en un caso donde la Fuerza Aérea Iraní solicitó una orden que exigiese a las demandantes y los Estados Unidos que se abstuviesen de adoptar toda acción para ejecutar una sentencia dictada en las cortes de los Estados Unidos contra aquella:

Una suspensión de la ejecución de la sentencia en el presente caso no es necesaria sea para proteger a una parte de daño irreparable o para evitar perjuicio a la jurisdicción de este Tribunal. ***Los daños monetarios no son un daño irreparable, y el Tribunal tiene en este proceso la potestad de . . . rectificar todos los daños causados por la ejecución de la sentencia***<sup>296</sup>.

165. La Demandante no refuta y no puede refutar este estándar bien establecido de acuerdo a las Reglas de la CNUDMI. En cambio, la Demandante solicita exceptuar su caso, basándose en repetidas ocasiones en los cuatro casos antes analizados – *City*

---

<sup>294</sup> Véase *Plama Consortium Limited contra Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Orden sobre Medidas Provisionales (6 de septiembre del 2005) (Salans, van den Berg, Veeder), ¶ 46 (RLM-49).

<sup>295</sup> Oposición de Ecuador, ¶¶ 125-134. Véase, v.g., *Aegean Sea Continental Shelf Case (Grecia contra Turquía)*, Solicitud de indicación de Medidas Provisionales Cautelares, Orden, 1976 I.C.J. 3, 15-16 (11 de septiembre de 1976) (opinión separada del Presidente Jimenez de Aréchaga) (RLM-4) (las supuestas violaciones por parte de Turquía de la exclusividad de los derechos reclamados por Grecia eran susceptibles de remediación en la sentencia final y, por lo tanto, las medidas provisionales no estaban justificadas); *Nuclear Tests Case (Australia contra Francia)*, Orden sobre Medidas Provisionales, I.C.J. Reports 1973, ¶¶ 27, 29 (RLM-43) (donde se otorgaron medidas provisionales cuando los efectos de las pruebas nucleares francesas en Australia “nunca pueden revertirse y serían irremediables mediante cualquier pago de indemnización por daños”); Caso *Sino-Belgian Treaty*, Orden sobre Medidas Provisionales, P.C.I.J., Ser. A, No. 8, 7 (1927) (donde se otorgaron medidas provisionales porque una posible conculcación de los derechos de las Demandantes “no podía ser compensada en su totalidad simplemente a través del pago de una indemnización o mediante compensación o restitución en alguna otra forma material”) (RLM-128).

<sup>296</sup> *Boeing Company, et al. y Gobierno de la República Islámica de Irán*, Laudo Provisional No. ITM 34-222-1, p. 4 (17 de febrero de 1984)) (RLM-77).

*Oriente, Perenco, Burlington y Paushok* – en apoyo de su argumento de que la destrucción de un “negocio próspero constituye daño irreparable”<sup>297</sup>. Sin embargo, como ya se demostró en la Oposición de Ecuador, esos casos son inapropiados en los hechos y en derecho en el presente caso<sup>298</sup>. Además, estos no aplican el estándar de “daño irreparable” bien establecido según las Reglas de la CNUDMI y que la Demandante alega en su Solicitud.

166. Primero, en *City Oriente, Perenco y Burlington*, los tribunales aplicaron expresamente una noción más flexible de daño según las reglas de la CNUDMI. El tribunal en *Perenco* expresó al inicio que según el Artículo 47 de las Reglas del CIADI, la regla de necesidad no era el daño irreparable:

[C]omo la Demandada plantea correctamente, muchas de las autoridades expresan la prueba en términos de “pérdida irreparable”. Cuando la acción realizada por una parte podría causar pérdida a la otra que no sea capaz de compensarse finalmente a través de un laudo de indemnización por daños, es probable que se satisfaga la prueba en el Artículo. ***Pero el Artículo [47] no establece una prueba de pérdida irreparable y las autoridades no justifican una interpretación tan limitada*** (véanse los párrafos 55-58 más adelante). Las medidas provisionales podrán otorgarse solo cuando sean urgentes, porque no pueden ser necesarias si, por el momento, no existe ninguna necesidad demostrable de ellas. ***Las medidas provisionales se otorgarán si son necesarias, al momento de la decisión, para proteger la efectividad e integridad de los procesos y evitar la agravación severa de la diferencia***<sup>299</sup>.

167. Por consiguiente, el tribunal especificó su método para la “necesidad”, el cual no incluyó el daño irreparable. En sus conclusiones, el tribunal aclaró que “Perenco especificó la restitución como una forma de reparación solicitada”<sup>300</sup>. A juicio del

---

<sup>297</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 123.

<sup>298</sup> Oposición de Ecuador, ¶¶ 165-173.

<sup>299</sup> *Perenco*, ¶ 43 (CLM-13).

<sup>300</sup> In *Perenco contra Ecuador*, la demandante solicitó medidas provisionales que procuraban proteger y conservar ciertos “derechos [contractuales] adquiridos”; argumentó que “[s]i no se otorgaren medidas provisionales, *precisamente los derechos contractuales y en derecho internacional* que eran la

tribunal, la confiscación de los activos de Perenco, como se describió anteriormente, agravaría significativamente la diferencia entre las partes y pondría en peligro la posibilidad de Perenco de explorar para obtener petróleo y producirlo en los Bloques 7 y 21 en conformidad con los Contratos de Participación”<sup>301</sup>. El Tribunal dejó en claro además que las medidas provisionales fueron necesarias para salvaguardar los derechos contractuales de la Demandante: “Esa cuestión es si, habiendo iniciado un arbitraje para determinar si los derechos de Perenco en los términos de los Contratos de Participación han sido modificados o anulados por el requisito en la Ley 42 de que ésta hiciera pagos mayores a Ecuador, no previstos en esos contratos, el Tribunal debería considerar que las circunstancias requieren el otorgamiento de medidas provisionales”<sup>302</sup>. Por consiguiente, la consideración de las consecuencias perjudiciales se vinculó a la protección y conservación de los derechos contractuales de la demandante. La determinación del tribunal de que “se paralizaría el negocio de Perenco en Ecuador” se vinculó por lo tanto al derecho de la demandante a proteger y conservar sus derechos contractuales<sup>303</sup>. No se realizó ninguna determinación de “daño irreparable”, i.e., daño que no fuera compensable mediante indemnización monetaria por daños.

158. De manera similar, en *Burlington contra Ecuador*, el tribunal expresó que “[es] apropiado adherirse a esos casos que adoptan el estándar [reducido] de ‘daño no reparable en forma apropiada por un laudo de indemnización por daños’”<sup>304</sup>. También afirmó que otorgaría medidas provisionales después de haber evaluado el riesgo de daño “con respecto a los derechos de ambas partes”<sup>305</sup>. Que el tribunal aplicó un estándar de daño muy reducido es evidente a partir de su respuesta al argumento de Ecuador de “que el efecto de las confiscaciones era neutro desde el punto de vista

---

materia del arbitraje serían menoscabados, probablemente de manera irreversible, y que la posibilidad del Tribunal de otorgar reparación total estaría en peligro”. *Perenco*, ¶¶ 20, 23 (CLM-13).

<sup>301</sup> *Id.*, ¶ 46 (énfasis agregado).

<sup>302</sup> *Id.* ¶ 53 (énfasis agregado).

<sup>303</sup> *Id.*, ¶¶ 53-57.

<sup>304</sup> *Id.*; *Burlington*, ¶ 82 (énfasis agregado) (CLM-3).

<sup>305</sup> *Id.*, ¶ 81.

económico para la Demandante”, de la manera siguiente:

No obstante, no capta la idea. En realidad, el *riesgo de deterioro ulterior de la relación que posiblemente acabe con la destrucción de la inversión aun así existiría . . . .* Las consecuencias del fin de la relación de la inversión afectarían al inversionista y también al Estado. Este último perdería entonces en efecto los pagos futuros de acuerdo a la Ley 42 si se llegare finalmente a considerar que estos se adeudan<sup>306</sup>.

169. Este fragmento deja en claro que el tribunal no estaba preocupado por el efecto económico de los pagos según la Ley 42 en la demandante independientemente de la conservación de sus derechos contractuales.

170. En *City Oriente*, como ya se explicó en la Oposición de Ecuador, la demandante presentó su solicitud de medidas provisionales no sobre la base de daño irreparable para sí misma; su solicitud se basó más bien en la urgencia de la protección de sus derechos<sup>307</sup>. No se hizo ninguna mención de daño irreparable en absoluto. Ecuador no respondió inicialmente a la solicitud de la demandante pero posteriormente solicitó la revocación de las medidas provisionales emitidas por el tribunal sobre la base de que, inter alia, éstas no eran necesarias para evitar daño irreparable<sup>308</sup>. El tribunal distinguió la solicitud de *City Oriente* de otros casos de inversiones porque éste involucraba la solicitud de la demandante de cumplimiento específico del contrato<sup>309</sup>. Enfatizó que ni el Artículo 47 de la Convención del CIADI ni la Regla de Arbitraje 39 “exigen que se ordenen medidas provisionales *solo como medio de prevenir daño irreparable*”<sup>310</sup>. Afirmó que “[n]o es tan esencial que las medidas provisionales sean necesarias para evitar daño irreparable, sino que el daño

---

<sup>306</sup> *Id.*, ¶ 84.

<sup>307</sup> *City Oriente Ltd.* (2007), ¶ 54 (CLM-7).

<sup>308</sup> *City Oriente Limited contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre Revocación de Medidas Provisionales (13 de mayo del 2008) (Fernández-Armesto, Grigera Naón, Thomas), ¶ 19 (CLM-8) (“*City Oriente 2008*”).

<sup>309</sup> *Id.*, ¶ 86.

<sup>310</sup> *Id.*, ¶ 70 (énfasis agregado). (“El único requisito que surge de la redacción de la Regla 39 es el tradicional requisito de la urgencia; el Tribunal Arbitral analizó este requisito en los párrafos 67 *et seq.* de la Decisión de fecha 19 de noviembre del 2007, y el Tribunal concluyó que se había cumplido efectivamente”).

que dichas medidas evitaran al peticionario debe ser significativo y que exceda en gran medida el daño causado a la parte afectada por dicho daño<sup>311</sup>. El tribunal, centrado en la reparación principal que la demandante solicitaba – el cumplimiento del contrato con Ecuador – y en vista de la protección de los derechos contractuales, consideró las consecuencias de revocar las medidas provisionales de la manera siguiente:

si se revocaren las Medidas Provisionales, los procedimientos de expiración proseguirían con un alto riesgo de que el Contrato *sea finalmente terminado* por una declaración administrativa adoptada unilateralmente por el Estado. Además, Petroecuador tendría derecho de inmediato a exigir que City Oriente pagara una cantidad de dinero no impuesta originalmente en los términos del Contrato que duplicara el retorno total ganado en el año fiscal 2007. *En este caso, si estos procesos dieran como resultado un laudo final que otorgara la reparación solicitada por la Demandante, la ejecución de la decisión sería imposible, pues el Contrato ya habría sido terminado. Además,* los montos solicitados por las Demandadas son tan altos que existe un riesgo de que el pago temprano de esos montos ponga en peligro la viabilidad económica de la compañía<sup>312</sup>.

171. Del razonamiento del tribunal se desprende con claridad que el tribunal no consideró que la viabilidad económica de la compañía era independientemente de la protección de los derechos contractuales de la demandante<sup>313</sup>.

172. En consecuencia, puede considerarse que ninguno de los casos precedentes establece la regla de que la destrucción de un negocio próspero constituya “daño irreparable” dentro del significado del Artículo 26. En realidad, los tribunales no podían haber determinado que las empresas serían destruidas irreparablemente en ausencia de medidas provisionales y, al mismo tiempo, ordenar que las demandantes depositaran las cantidades que debían según la Ley 42 en cuentas de depósito en

---

<sup>311</sup> *Id.*, ¶ 72.

<sup>312</sup> *City Oriente 2008*, ¶ 76 (CLM-8).

<sup>313</sup> *Id.*, ¶ 76 (CLM-8) (énfasis agregado).

garantía<sup>314</sup>. Un asunto importante, en este caso, la solicitud de la Demandante no se basa en ninguno de los derechos originados según los contratos de concesión *intuitu personae*. Incluso si los tribunales consideraren las consecuencias perjudiciales para los contratos de concesión de las demandantes en esos casos, las diferencias fácticas por sí solas son suficientes para rechazar cualquier idea de que estos casos sean pertinentes para la situación de la Demandante.

173. Por último, el análisis de la demandante de *Paushok* no capta la idea. El tribunal en *Paushok* indicó expresamente que su decisión de otorgar medidas provisionales estaba vinculada estrechamente a las circunstancias específicas de ese caso. Antes de abordar la cuestión de “daño significativo”, el tribunal describió las características específicas de la solicitud:

Para decidir sobre la presente solicitud de medidas provisionales, el Tribunal ***atribuirá importancia significativa a las características específicas*** que rodean a esta solicitud particular, ***las cuales la diferencian de otros laudos a los que las Partes hacen referencia***. En particular, el Gobierno de Mongolia, si bien no admite ninguna ilegalidad en las medidas que se han aprobado y que se impugnan en este caso, ha reconocido, tanto en el 2007 así como en el 2008, que la ley sobre el impuesto sobre ingresos extraordinarios (*windfall profit tax*, WPT) no estaba alcanzando sus objetivos y debería reemplazarse con un régimen tributario menos severo. Además, la Demandada al parecer desea que GEM continúe sus operaciones en Mongolia. . . . ninguna confiscación de los activos de GEM o ningún gravamen sobre dichos activos tendría lugar en conexión con esta diferencia sino cuando se haya dictado un laudo definitivo en el presente caso<sup>315</sup>.

174. Esto no es *obiter dictum*. Esta es la explicación del tribunal para su decisión. Para estar seguros, al determinar que las medidas provisionales estaban justificadas para evitar la quiebra de la subsidiaria local de la demandante GEM, el tribunal una vez más destacó las circunstancias específicas del caso:

---

<sup>314</sup> *Perenco*, ¶ 63 (CLM-13) (“[E]l tribunal considera que la Demandada debería disfrutar de una medida de seguridad en relación con las *sumas vencidas y sin pagar que Perenco le adeuda* (no el Consorcio) de acuerdo con la Ley 42 a partir de la fecha de esta Decisión en adelante hasta dicha decisión posterior”. (énfasis agregado); *Burlington*, ¶¶ 87-88 (CLM-3) (donde se advierte que ésta sería “probablemente una solución equilibrada para proteger los derechos de cada Parte”).

<sup>315</sup> *Paushok*, ¶ 43 (CLM-12).

El Tribunal está consciente de los laudos precedentes que concluyen que incluso la posible agravación de una deuda de una demandante (“en general” dice el caso *City Oriente* que se cita a continuación) no abrió el camino para las medidas provisionales cuando, como en este caso, los daños sufridos podían ser objeto de compensación monetaria, sobre la base de que no se habría causado ningún daño irreparable. ***Y, si no fuera por las características específicas de este caso, el Tribunal podría haber llegado a la misma conclusión***<sup>316</sup>.

175. En consecuencia, la propia autoridad de la Demandante apoya la posición de Ecuador de que si los daños que supuestamente va a sufrir en ausencia de medidas provisionales son remediados mediante un laudo monetario, no se puede demostrar ningún daño irreparable. La Demandante no puede demostrar ninguna de las “circunstancias específicas” en su caso, no puede demostrar y no ha demostrado que sus supuestos posibles daños no sean compensables a través de un laudo monetario. Tampoco puede demostrar que su solicitud de que no se ordene la ejecución de una sentencia adversa contra ésta satisfaga la prueba de la desproporcionalidad, como se demostrará más adelante.

176. Pero, incluso si el nivel de daño determinado en *Paushok* fuere aplicable al caso de la Demandante, la Demandante no sería capaz de demostrar dicho daño en su caso. Aun cuando la Demandante cita la descripción del tribunal de la magnitud del daño que la subsidiaria local en Paushok sufriría, no explica cómo ésta, MSDIA, sufriría un daño similar como resultado de la sentencia adversa en ausencia de medidas provisionales: La Demandante no puede demostrar que su “valor neto de los activos en libros sea menor que el 50% de la [cuantía de la sentencia adversa]”<sup>317</sup>.

177. Como es obvio, MSDIA intenta hacer que se trate a su “sucursal” como si ésta fuere la subsidiaria como en *Paushok*. Sin embargo, no ha logrado explicar cómo, en términos legales, una “sucursal” puede ser tratada de la misma manera que la subsidiaria local en *Paushok*. El argumento de la Demandante elide por completo el hecho de que una sucursal no es una entidad jurídica separada y que no puede ser vista

---

<sup>316</sup> *Id.*, ¶ 62.

<sup>317</sup> *Id.*, ¶ 61 (énfasis agregado).

como una entidad separada para los fines de la ejecución de alguna sentencia. Cualquier sentencia se ejecutará contra MSDIA, no contra su sucursal. En realidad, el Sr. Canan reconoció esto cuando dijo que “estructurar una empresa en marcha en un país particular como una sucursal puede implicar mayor riesgo de responsabilidad para una corporación que estructurar una empresa en marcha como una subsidiaria porque una subsidiaria corporativa otorgaría mayor protección contra la responsabilidad legal como resultado de su forma corporativa separada”<sup>318</sup>. La Demandante admite por lo tanto que su elección de establecer su empresa como una sucursal la expuso a mayor responsabilidad.

178. En síntesis, el perjuicio que la Demandante procura evitar no concierne a ninguno de los derechos que son especiales (como los derechos contractuales, por ejemplo) y es puramente económico por naturaleza. No cuestiona que sus supuestos daños puedan compensarse mediante un laudo monetario. Por último, la Demandante no toma en cuenta el hecho de que si ésta prevaleciere en el fondo y se determinare una decisión posiblemente adversa ésta será compensada totalmente por la indemnización por parte de la República del Ecuador.

**B. La Demandante no ha logrado demostrar que las medidas provisionales se necesiten con urgencia.**

179. El estándar legal bien establecido para la urgencia es una demostración de una posibilidad inminente de que la acción que se alega perjudique los derechos de la Demandante. Después de reconocer y adoptar el estándar de inminencia apropiado en su Solicitud de Medidas Provisionales, una vez que se dio cuenta de que no podía cumplir este estándar después de la Oposición de Ecuador, la Demandante cambió su posición en su Réplica y ahora sostiene que no es necesario que la acción supuestamente perjudicial esté sujeta a una amenaza inmediata siempre y cuando sea posible que ésta surja en algún momento previo al laudo arbitral final. Este enfoque quita la substancia del requisito de urgencia según el Artículo 26. Además, al percatarse de que pese a la formulación adoptada por algunos tribunales de que la urgencia surge cuando existe el riesgo de que el daño irreparable ocurra al peticionario

---

<sup>318</sup> Segunda Declaración Testimonial de Canan, ¶ 5.

antes del laudo final, éste debe demostrar la inmediatez de su supuesto daño en los hechos, la Demandante alega en su Réplica que confronta una amenaza de daño irreparable inmediato<sup>319</sup>. Sin embargo, la aplicación de la Demandante del requisito de inmediatez a su situación resulta inútil. Al supuesto daño de la Demandante le falta mucho para que sea urgente.

180. *Primero*, como se demostró anteriormente, la Demandante reconoce en realidad, no solo que una decisión adversa de la Corte Nacional no es inminente, sino que es probable que nunca ocurra. En los estados financieros auditados presentados ante la Superintendencia de Compañías el 30 de abril del 2012, la Demandante indicó claramente que espera prevalecer en su apelación ante la Corte Nacional.

181. *Segundo*, incluso si la Corte Nacional ratificara la sentencia del tribunal de apelaciones – un hecho improbable en opinión de la Demandante y la única de *nueve eventualidades* para la decisión de la Corte Nacional que causaría las consecuencias perjudiciales que la Demandante alega – la emisión de la decisión de la Corte Nacional no es inminente.

182. *Por último*, la descripción de la Demandante de una ejecución rápida de la sentencia ratificada contra ésta ignora los pasos procesales normales que están involucrados en la ejecución de una sentencia en Ecuador. Además, la naturaleza hipotética del argumento de la Demandante se amplifica por su falta de conocimiento sobre cómo NIFA, una tercera parte ausente en estos procesos, actúe. No obstante, es NIFA la que decidirá si va a ejecutar la sentencia en Ecuador u opta en cambio por otras jurisdicciones, como los Estados Unidos, por ejemplo, donde ésta puede obtener una satisfacción plena de su sentencia.

183. En síntesis, por todas estas razones, el establecimiento de la inminencia de cualquier posible daño para la Demandante está lleno de incertidumbre.

---

<sup>319</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 168.

1. **La Demandante no ha logrado aplicar la prueba correcta de la urgencia, la cual exige que la acción que supuestamente perjudica los derechos de la Demandante sea inminente desde la perspectiva presente.**
  - a. **El estándar legal para la urgencia es una demostración de un potencial inminente de la acción que supuestamente perjudica los derechos de la Demandante.**

184. Incluso si la Demandante no hubiera revelado su punto de vista real de que una decisión adversa no es probable, y, por lo tanto, no urgente, la Demandante no podría de ningún modo satisfacer los estándares para determinar la urgencia. La prueba de la urgencia según el Artículo 26 requiere que la acción que supuestamente perjudica los derechos de la Demandante sea inminente al momento de la solicitud, i.e., desde la perspectiva presente. El Artículo 26 de las reglas de Arbitraje de la CNUDMI faculta al Tribunal para que “adopte las medidas provisionales que considerare necesarias con respecto a la materia de la diferencia”. Como se analiza en la Oposición de Ecuador, en la disposición sobre la necesidad está implícito el requisito de que el riesgo de daño irreparable debe existir al momento en que el peticionario presente su solicitud de medidas provisionales<sup>320</sup>. Las medidas provisionales no tienen la finalidad de salvaguardar contra riesgos hipotéticos remotos. Están destinadas a evitar “*el peligro inminente* de perjuicio grave”<sup>321</sup>.

185. La afirmación de la Demandante de que Ecuador no ha citado ni una sola autoridad en apoyo de esta prueba, bien establecida en derecho internacional, es simplemente falsa. La Demandante ha evitado por completo las autoridades citadas por Ecuador que reconocieron la inminencia como el estándar. Ecuador ha citado tribunales en casos relacionados con inversionistas y el Estado tanto en conformidad con las reglas de la CNUDMI y el CIADI, en los cuales han determinado de manera invariable la urgencia solo en casos de una amenaza de daño *inmediata y real*, no una

---

<sup>320</sup> Véase Oposición de Ecuador, ¶¶ 101-104.

<sup>321</sup> *Paushok*, ¶ 62 (énfasis agregado) (CLM-12).

amenaza incierta<sup>322</sup>.

186. Los propios casos de la Demandante apoyan este punto de vista.

Curiosamente, la Demandante omite toda controversia de las autoridades en las que se basa para sus argumentos de daño irreparable que también abordaron el requisito de la urgencia. En *Perenco contra Ecuador*, *City Oriente contra Ecuador*, y *Burlington contra Ecuador* – en todos los cuales la Demandante se basa – los tribunales confrontaron la exigencia de PetroEcuador del pago *inmediato* de los gravámenes y la confiscación inminente de activos según la Ley 42, y en dos de estos casos los pagos vencían *dentro de pocos días*<sup>323</sup>. En *Perenco*, el tribunal enfatizó que “[I]as medidas provisionales podrán otorgarse solo cuando éstas sean urgentes, porque no pueden ser necesarias si, *por el momento, no existe ninguna necesidad demostrable de ellas*”<sup>324</sup>.

187. Además, aun cuando la formulación legal del estándar de la urgencia a menudo se refiere al riesgo de daño irreparable “antes de una decisión final”, la

---

<sup>322</sup> Véase, v.g., *Id.*, ¶¶ 45, 62 (“Pero esas características específicas señalan no solo la urgencia de la acción por parte del Tribunal, sino también la necesidad de dicha acción frente a un peligro inminente de perjuicio grave”. *EnCana Corporation contra la República del Ecuador*, LCIA Case No. UN 3481, Laudo Provisional (31 de enero del 2004) (Crawford, Grigera Naón, Barrera Sweeney), ¶ 14 (CLM-10) (“*EnCana*”) (“En las presentes circunstancias, el Tribunal está convencido de que las medidas adoptadas dan lugar a una situación de urgencia. Estas involucran el congelamiento de las cuentas y el intento de embargo de sumas substanciales que están en controversia”.); *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales (17 de agosto del 2007) (Fortier, Stern, Williams), ¶ 87 (RLM-45) (“*Occidental Petroleum*”) (“Una orden de medidas provisionales solo se hará cuando se determinare que dichas medidas sean necesarias y **urgentes a fin de evitar daño inminente** e irreparable. (énfasis agregado)).

<sup>323</sup> Véase *Perenco*, ¶ 46 (CLM-13) (“En el material que se encuentra actualmente ante el Tribunal, parecería claro que, tal como están las cosas, y en ausencia de medidas provisionales, *Perenco confronta la confiscación inminente de sus activos en Ecuador...* a menos que pague la suma dentro de pocos días” (énfasis agregado)); *Burlington*, ¶ 15 (CLM-3) (“[Las Demandadas] habían expresado en realidad en una carta del 3 de marzo del 2009 que “el ‘juez de coactivas’ ha tomado o tomará medidas inminentes para confiscar ciertos activos en pago de las deudas que se reclaman en C-55 para la Solicitud de Medidas Provisionales de Burlington Oriente. Aunque no se especificó ninguna de las cantidades, no existe ninguna discrepancia en cuanto a que Ecuador ha confiscado ciertas cantidades de petróleo producido por Burlington”.); *City Oriente Limited contra la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre Medidas Provisionales, 19 de noviembre del 2007, Decisión sobre Medidas Provisionales (19 de noviembre del 2007), ¶ 69 (CLM-7) (“*City Oriente Ltd.* (2007)”) (“La carta que Petroecuador adjuntó a su última factura difiere de todas las cartas previas, pues ésta incluye una demanda de pago “**no obstante cualquier proceso pendiente**”. . . . En opinión del Tribunal, la aprobación de las medidas provisionales es en realidad urgente, precisamente para evitar que comiencen los procesos de cobro forzoso o la terminación. . . .”)

<sup>324</sup> *Perenco*, ¶ 43 (énfasis agregado) (CLM-13).

aplicación del estándar ha requerido que la supuesta amenaza de daño sea inminente al momento de la solicitud de las medidas provisionales<sup>325</sup>. En consecuencia, la CIJ a menudo ha formulado el requisito de urgencia “*en el sentido de que exista la probabilidad de que la acción perjudicial para los derechos de la otra parte se adopte antes de que pronuncie dicha decisión final*”<sup>326</sup>. Sin embargo, la aplicación de este estándar por parte de la CIJ ha presentado dos métodos. En el primer método, la CIJ ha determinado la urgencia cuando el daño patente irreparable ha sido inminente desde la perspectiva presente (v.g., el riesgo de pérdida de vidas humanas), como, por ejemplo, en el caso *LaGrand*, donde la Corte habló de la “mayor urgencia”<sup>327</sup>. Este método tiene que ver con casos en los cuales la acción materia de la queja ya está ocurriendo y, por lo tanto, el riesgo es presente y no futuro. En el segundo método, la CIJ ha determinado urgencia cuando la ocurrencia de la acción perjudicial para la peticionaria ha tenido lugar en el futuro cercano y ha sido cierta<sup>328</sup>. En contraste, si el supuesto suceso puede tener lugar en un tiempo futuro *más distante*, en especial cuando su ocurrencia real en el futuro es *aún incierta*, la Corte no ha indicado medidas provisionales<sup>329</sup>.

---

<sup>325</sup> Véase Réplica de la Demandante, ¶ 169.

<sup>326</sup> *Passage Through the Great Belt (Finlandia contra Dinamarca)*, Orden sobre Medidas Provisionales (29 de julio de 1991) ¶ 23 (énfasis agregado) (CLM-20).

<sup>327</sup> *LaGrand (Alemania contra los Estados Unidos de América)*, Orden sobre Medidas Provisionales (3 de marzo de 1999), I.C.J. Reports 1999, ¶ 9 (CLM-19). Véase también *Frontier Dispute (Burkina-Faso contra la República de Mali)*, Orden sobre Medidas Provisionales (10 de enero de 1986), ICJ Reports 1986, ¶ 21 (RLM-25); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia (Serbia y Montenegro))*, Orden sobre Medidas Provisionales (8 de abril de 1993), I.C.J. Reports 1993, ¶ 45 (RLM-10); *Land and Maritime Boundary (Camerún contra Nigeria)*, Orden sobre Medidas Provisionales (15 de marzo de 1996), I.C.J. Reports 1996, ¶¶ 17, 38 (RLM-35).

<sup>328</sup> Véase, v.g., *Nuclear Test Case (Australia contra Francia)*, Orden sobre Medidas Provisionales (22 de junio de 1973), I.C.J. Reports 1973, p. 99 (RLM-43); *Nuclear Tests (Nueva Zelanda contra Francia)*, Orden sobre Medidas Provisionales (22 de junio de 1973), I.C.J. Reports 1973, p. 135 (RLM-44) (“*Nuclear Tests (Nueva Zelanda contra Francia)*”).

<sup>329</sup> Por ejemplo, en el caso *Interhandel*, la Corte se basó en el contenido de la ley de los Estados Unidos y en una declaración de los Estados Unidos de que éste se abstendría de tomar cualquier medida adicional por el momento con respecto a la materia de la diferencia, desestimando así la solicitud de Suiza debido a la falta de urgencia. *Caso Interhandel*, pp. 112-113 (RLM-29). En el *Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France*, la Corte se dio cuenta del riesgo para el Jefe de Estado del Congo resultante de los procesos penales pendientes en Francia solo como un riesgo hipotético, en vista de las declaraciones de los abogados de la defensa franceses que explicaron que la ley francesa plasma

188. En casos donde el riesgo de daño no fue inminente, la CIJ declinó otorgar medidas provisionales<sup>330</sup>.

189. La Demandante discrepa de la cita de Ecuador a Docent Sztucki, quien resumió el estado de la jurisprudencia de la CIJ en 1983<sup>331</sup>. Sin embargo, no existe nada engañoso en la cita de Ecuador a Sztucki, quien completa su resumen de la aplicación del requisito de urgencia *en los hechos*, mediante lo que expresa la CIJ que “en la práctica, la Corte confrontaba principalmente la tarea de evaluar las consecuencias de los sucesos en cuestión” y que “[e]sta práctica, al parecer, refleja correctamente la idea que subyace a la adopción del Artículo 41, de acuerdo al cual la posibilidad de otorgar protección provisional se relacionaba con ‘ciertos actos ya cometidos o *a punto de cometerse*’ – i.e., parcialmente ciertos en el *futuro cercano*”<sup>332</sup>. Además, Sztucki explica que la única excepción a esta práctica fue el Caso *Electricity*

---

el principio de inmunidad soberana “en conformidad con el derecho internacional” el cual impedía prácticamente el procesamiento penal de los Jefes de Estado en funciones. *Certain Criminal Proceedings in France (República del Congo contra Francia)*, Orden sobre Medidas Provisionales (17 de junio del 2003), I.C.J. Reports 2003 (RLM-13), 129, ¶¶ 33-35 (énfasis agregado). En el caso *Arrest Warrant*, la Corte se percató del hecho de que la persona que tenía que ver con la orden de arresto en controversia había dejado de ejercer las funciones de Ministro de Relaciones Exteriores y estaba a cargo de las funciones de Ministro de Educación, situación que involucraba viajes internacionales con menor frecuencia. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo contra Bélgica)*, Orden sobre Medidas Provisionales (8 de diciembre del 2000), I.C.J. Reports 2000 (RLM-73). En consecuencia, no estaba establecido que podría causarse perjuicio irreparable en el futuro inmediato a los derechos del Congo o que el grado de urgencia era tal que esos derechos necesitaban protección a través de la indicación de medidas provisionales. *Id.*, ¶ 72.

<sup>330</sup> Véase v.g., *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina contra Uruguay)*, Orden sobre Medidas Provisionales (23 de enero del 2007), I.C.J. Reports 2007, ¶¶ 41-42 (RLM-51) (“*Pulp Mills Case 2007*”) (“sin resolver si los obstáculos en las vías podrían haber causado o continúan causando daño a la economía uruguaya” rechazó la solicitud de medidas provisionales porque el solicitante (sic) “no se ha demostrado que *si hubiera dicho riesgo de perjuicio para los derechos reivindicados por Uruguay en este caso, éste es inminente* (énfasis agregado)); *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina contra Uruguay)*, Orden sobre Medidas Provisionales (13 de julio del 2006), ICJ Reports 2006, ¶¶ 73-76 (RLM-117) (“*Pulp Mills Case 2006*”) (Pese a haber advertido su gran preocupación por la protección del ambiente, la Corte negó las medidas provisionales porque, inter alia, “en opinión de la Corte, sin embargo, no existe *nada en el expediente que demuestre* que la decisión misma de Uruguay de autorizar la construcción de los molinos *represente una amenaza inminente de daño irreparable* al ambiente acuático del río Uruguay o para los intereses económicos y sociales de los habitantes ribereños en la vera argentina del río ... *en esta fase de los procesos*”); *Certain Criminal Proceedings in France (República del Congo contra Francia)*, Orden sobre Medidas Provisionales (17 de junio del 2003), I.C.J. Reports 2003, ¶ 35 (RLM-13) (La corte determinó que los procesos, los cuales al momento de su planteamiento eran solo una investigación con respecto a un juicio instaurado contra funcionarios congoleños, no planteaba “*al momento presente*” un “riesgo de perjuicio irreparable”).

<sup>331</sup> Véase Réplica de la Demandante, n. 273.

<sup>332</sup> J. Sztucki, INTERIM MEASURES IN THE HAGUE COURT (1983), pp. 105-106 (RLM-101) (“Sztucki”).

*Company*, el cual Ecuador distinguió en su Oposición<sup>333</sup>. Sztucki caracterizó además este caso como “el único caso en el cual la Corte indicó medidas provisionales utilizando *exclusivamente* términos generales”<sup>334</sup>.

190. Los cinco casos que la Demandante cita los cuales incluyeron una variante del enunciado de que la urgencia existe cuando “existe un riesgo real de que la acción perjudicial para los derechos de cualquiera de las partes podría plantearse antes de que la Corte haya dado su decisión final” en realidad ilustra que la aplicación del tribunal de esta prueba ha requerido una demostración de la inmediatez del supuesto daño irreparable<sup>335</sup>.

191. El ejemplo más impresionante (y cínico) que ilustra el análisis defectuoso de la Demandante del requisito de urgencia es su intento de asimilar su caso a *Avena and Other Mexican Nationals*, donde, como la propia Demandante resume, “la CIJ ordenó medidas provisionales con respecto a un nacional mexicano en el corredor de la muerte cuya *ejecución ya había sido programada, y también con respecto a nacionales mexicanos en el corredor de la muerte que estaban “en riesgo de ejecución en los próximos meses”*<sup>336</sup>. Los nacionales mexicanos estaban “en riesgo de ejecución en los meses siguientes, o posiblemente incluso en cuestión de semanas”<sup>337</sup>. La Corte examinaba una cuestión concerniente a “la inviolabilidad de la vida humana”<sup>338</sup>. La disimilitud patente entre el caso de la Demandante y *Avena*, donde la pena de muerte había “sido ya programada”, no requiere dilucidación adicional. No se ha emitido ninguna decisión que sea adversa para la Demandante.

---

<sup>333</sup> Véase *id.*, p. 106; véase Oposición de Ecuador, ¶¶ 73-74.

<sup>334</sup> Sztucki, p. 75 (énfasis agregado) (RLM-101).

<sup>335</sup> Véase Réplica de la Demandante, ¶ 169 (donde se cita *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia contra Rusia)*, Orden sobre Medidas Provisionales, Orden (15 de octubre del 2008), ¶ 129 (CLM-17)).

<sup>336</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 173; *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (México contra los Estados Unidos de América)*, Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales, Orden (5 de febrero del 2003) (CLM-35) (“*Avena*”) (énfasis agregado).

<sup>337</sup> *Id.*, ¶ 55 (CLM-35).

<sup>338</sup> *Id.*, ¶ 12.

De hecho, existe por lo menos la misma probabilidad de éxito de que la decisión de la Corte Nacional sea favorable para la Demandante. La propia Demandante cree que su apelación será exitosa.

192. En *Georgia contra la Federación Rusa*<sup>339</sup>, la CIJ estaba preocupada por la vulnerabilidad inminente de las poblaciones étnicas Afjasiata y Osetiana. Georgia argumentó que los georgianos étnicos en Osetia del Sur, Afjasia y otras partes de Georgia estaban “*en riesgo inminente de ataque violento y expulsión mediante la fuerza*”<sup>340</sup>. Además, Georgia expresó que “el riesgo de perjuicio irreparable para los derechos en cuestión en este caso no es solo inminente, [sino que] *ya está ocurriendo*”<sup>341</sup>. Por lo tanto, la corte determinó que la situación era “inestable y podía cambiar rápidamente”, y que las poblaciones étnicas Osetianas y Afjasiatas eran, al momento de la decisión, vulnerables<sup>342</sup>. Las medidas provisionales se dictaron para proteger la vida humana, la cual estaba realmente en peligro.

193. En *Quirobax S.A. contra el Estado Plurinacional de Bolivia*, el tribunal estaba preocupado por los procesos en las cortes internas que supuestamente interferían con la integridad del arbitraje mismo. El estándar de urgencia del tribunal era “si las medidas tienen la finalidad de proteger la integridad procesal del arbitraje, en particular con respecto al acceso a las pruebas o la integridad de las pruebas, éstas son urgentes por definición”<sup>343</sup>. El tribunal del CIADI determinó que “la cuestión de si una Parte tiene la oportunidad de presentar su caso o confiar en la integridad de pruebas específicas es esencial para (y, por lo tanto, no puede esperar) el dictamen de un laudo sobre el fondo”, y por esa razón ameritaba medidas provisionales<sup>344</sup>. Debido

---

<sup>339</sup> *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia contra la Federación Rusa)*, Solicitud de indicación de medidas provisionales, Orden (15 de octubre del 2008) (CLM-17).

<sup>340</sup> *Id.*, p. 131 (énfasis agregado).

<sup>341</sup> *Id.*, p. 133 (énfasis agregado).

<sup>342</sup> *Id.*, p. 143.

<sup>343</sup> *Quirobax S.A. contra el Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Medidas Provisionales (26 de febrero del 2010), ¶ 153 (CLM-14).

<sup>344</sup> *Id.*, ¶ 153.

a que la Corte determinó que “la relación directa entre los procesos penales y este arbitraje en el CIADI impide ahora que las Demandantes tengan acceso a testigos que podrían ser esenciales para su caso”, éste dictó medidas provisionales<sup>345</sup>. Esta situación evidentemente no es análoga al presente caso. No existe ninguna alegación de que la Corte Nacional de Justicia, si emitiera su laudo antes de que el Tribunal dicte su laudo, interferiría con el arbitraje actual.

194. En *Biwater contra Tanzania*, el tribunal expresó:

En opinión del Tribunal Arbitral, el grado de “urgencia” que se exige depende de las circunstancias, incluidas las medidas provisionales solicitadas, y podría cumplirse cuando una parte pueda probar que existe necesidad de obtener la medida solicitada en cierto momento en el proceso antes de la emisión de un laudo. En la mayoría de situaciones, esto equivaldrá a la “urgencia” en el sentido tradicional (i.e., una necesidad de una medida en un lapso de tiempo corto). Sin embargo, en algunos casos, la única limitación de tiempo es que la medida se otorgue antes de un laudo – incluso si el otorgamiento ha de darse en algún momento a partir de entonces. ***El Tribunal Arbitral considera también que el nivel de urgencia que se exige depende del tipo de medida que se solicite***<sup>346</sup>.

195. En realidad, la naturaleza de las medidas provisionales fue muy diferente de aquella de la solicitud de la Demandante: involucró la protección de pruebas, la compilación de un inventario de documentos y la presentación de documentos<sup>347</sup>. Sobra decir, debían hacerse consideraciones diferentes cuando la conservación de documentos está en juego<sup>348</sup>.

196. En síntesis, como ilustraron los casos antes mencionados, la urgencia es una

---

<sup>345</sup> *Id.*, ¶ 163.

<sup>346</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. contra la República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Orden Procesal No. 1 (31 de marzo del 2006), ¶ 76 (énfasis agregado) (CLM-2).

<sup>347</sup> *Id.*, ¶ 82.

<sup>348</sup> Por último, Ecuador distinguió *Chevron contra Ecuador* en su Oposición, párrafos 75-76 y 189. El laudo de los tribunales del 16 de febrero del 2012 es de valor limitado porque el tribunal no analiza cuáles hechos influyeron en su decisión. Véase *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23 (CNUDMI), Segundo Laudo Provisional sobre Medidas Provisionales (16 de febrero del 2012) (CLM-6).

determinación específica de hechos. Sin embargo, incluso si los tribunales a veces enunciaron el estándar de urgencia mediante referencia a la ocurrencia de una amenaza de daño “antes de una decisión definitiva”, estos han otorgado medidas provisionales en situaciones en las cuales existía riesgo inminente al momento de la aplicación.

197. Algo importante, no existe ninguna contradicción entre el requisito de que el supuesto daño debe originarse antes del laudo final del tribunal y el requisito de que sea inminente. Esto se ilustra mediante la decisión reciente de la CIJ en *Costa Rica contra Nicaragua*<sup>349</sup>. En ese caso, la CIJ expresó el requisito de urgencia de la manera siguiente:

Considerando que la potestad de la corte para indicar medidas provisionales se ejercerá solo si existe urgencia, en el sentido de que exista un riesgo real inminente de que se cause perjuicio irreparable a los derechos en discrepancia antes de que la Corte haya dictado su decisión final (véase, por ejemplo, Cuestiones relativas a la Obligación de Procesar o Extraditar (Bélgica contra Senegal), Medidas Provisionales, Orden del 28 de mayo del 2009, párrafo 62); y considerando que la Corte debe por lo tanto considerar si dicho riesgo existe en estos procesos<sup>350</sup>.

198. Par aplicar este requisito, la CIJ determinó que la situación en cuestión “da lugar **a un riesgo real y presente de incidentes susceptibles de causar daño irremediable** a manera de lesiones corporales o la muerte”, concluyó que “en estas circunstancias deberían dictarse medidas provisionales”<sup>351</sup>. Lo supuestos hechos involucraron ciertas actividades que se realizaban al momento de la solicitud de medidas provisionales. Costa Rica afirmó que Nicaragua había ingresado a territorio costarricense para construir un canal a lo largo del Río San Juan y drenar este río<sup>352</sup>. Costa Rica reclamó que las actividades de Nicaragua causarían grave daño ambiental

---

<sup>349</sup> *Certain Activities Carried Out By Nicaragua in the Border Area (Costa Rica contra Nicaragua)*, Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales (8 de marzo del 2011) (RLM-80) (“*Costa Rica contra Nicaragua*”).

<sup>350</sup> *Id.*, ¶ 64 (énfasis agregado).

<sup>351</sup> *Id.*, ¶¶ 75-76 (énfasis agregado).

<sup>352</sup> *Id.*, p. 2.

al Río Colorado y el Refugio de Flora y Fauna, y solicitó medidas provisionales para impedir que Nicaragua realizara estas acciones<sup>353</sup>. La CIJ observó que la solicitud de medidas provisionales también se refería a la presencia de fuerzas armadas nicaragüenses y “al daño continuo que se estaban infligiendo al territorio [de Costa Rica]” las actividades nicaragüenses<sup>354</sup>. Si bien Nicaragua indicó en respuesta que el trabajo en el área ha finalizado pero que ésta “no tiene la intención de realizar ciertas actividades, si acaso únicamente en forma ocasional, en el territorio en controversia”, la CIJ determinó que el riesgo “*de incidentes susceptibles de causar daño irremediable* a manera de lesiones corporales o muerte” era real y presente<sup>355</sup>.

199. La Demandante critica el énfasis de Ecuador en el término “inminente” en el comentario de Baker y Davis de que el Artículo 26 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI contempla que “la parte que solicita la medida esté confrontando un daño ... *tan inminente* que no puede esperar la decisión del tribunal sobre el fondo”<sup>356</sup>. No obstante, aunque Ecuador no niega los dos elementos del requisito de urgencia (i.e., que el daño irreparable debe ser inminente y también originarse antes del laudo final), la Demandante solo se centra en un elemento, el cual cubre solo la noción general de que la urgencia se cumple solo si el daño se origina antes del laudo final.

200. En síntesis, aunque la redacción que los tribunales emplean es relativa al laudo final, los tribunales arbitrales solo otorgaron medidas provisionales cuando la demandante confrontó posible riesgo inmediato.

**b. La Demandante ha admitido que la aplicación del estándar de urgencia requiere una demostración de una acción perjudicial inminente para la Demandante.**

201. En su Solicitud de Medidas Provisionales, la Demandante se ha basado en el enunciado correcto del requisito de urgencia en referencia a daño “inmediato” o “inminente” que la Demandante supuestamente confronta mientras está pendiente la

---

<sup>353</sup> *Id.*, ¶ 32.

<sup>354</sup> *Id.*, ¶¶ 65, 69.

<sup>355</sup> *Id.*, ¶ 75.

<sup>356</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 170.

apelación ante la Corte Nacional”<sup>357</sup>.

202. Sin embargo, a raíz de la Oposición de Ecuador, la Demandante ha modificado su estrategia, ha renunciado al requisito de inmediatez y se ha centrado en cambio en el enunciado general del requisito de urgencia desprovisto de su requisito sustantivo. En consecuencia, la Demandante abandonó su reconocimiento inicial de que el estándar legal de urgencia es que la amenaza de daño para ésta debe ser inminente.

203. Sin embargo, independientemente del estándar legal que ahora propone la Demandante después de la Oposición de Ecuador, la Demandante persiste en su alegación de que ésta procura “evitar el daño que podría materializarse en cuestión de días”<sup>358</sup>. En realidad, la caracterización forzada de la Demandante de sus hechos como “inminentes” reconoce que cuando se considera si se ha de otorgar medidas provisionales sobre los hechos, la prueba apropiada es la posibilidad inmediata de una acción perjudicial. La Demandante admite que incluso si los tribunales han enunciado el estándar legal de urgencia mediante referencia al dictamen de un laudo definitivo – i.e., que la urgencia puede cumplirse siempre y cuando “es probable que la materialización de la amenaza de daño ocurra en cualquier momento antes de que se pronuncie un laudo final” – cuando consideran los hechos, los tribunales internacionales han exigido una demostración de la inminencia.

204. Pero incluso cuando analiza su argumento, la Demandante se contradice a sí misma cuando afirma que, por una parte, el daño que alega “puede materializarse en cuestión de días”<sup>359</sup>, pero admite que es imposible predecir “cuándo [la Corte Nacional] dictará la sentencia”<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> Véase, v.g., Solicitud de la Demandante, ¶ 72 (“La amenaza de daño para MSDIA es inminente”).

<sup>358</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 168.

<sup>359</sup> *Id.*, ¶ 168. MSDIA cambia posteriormente al estándar más flexible de “antes del laudo definitivo”, alegando que “ésta confronta un riesgo real de daño que ocurra antes de la emisión del laudo definitivo en este arbitraje”. *Id.*, ¶ 179.

<sup>360</sup> *Id.*, ¶ 167.

**2. La Demandante no ha logrado refutar la demostración de Ecuador de que el dictamen de la decisión de la Corte Nacional no es inminente.**

205. La Demandante reconoce que “[e]s verdad, como Ecuador dice, que la Corte Nacional de Justicia de Ecuador no ha emitido aún su sentencia; es verdad que MSDIA *no puede decir con precisión cuándo se dictará la sentencia*; y es verdad que ‘la decisión de la Corte Nacional de Justicia es incierta en su contenido’”<sup>361</sup>. Pero procede a sostener que “nada de estas circunstancias atenúa la urgencia de la necesidad de MSDIA de medidas provisionales de protección”<sup>362</sup> principalmente porque “el requisito de urgencia se cumple cuando la amenaza de daño es probable que ocurra en cualquier momento antes de la emisión de un laudo definitivo”<sup>363</sup>. Además, en cuanto a su propio caso, en los hechos, ésta alega que su supuesto daño “puede materializarse en cuestión de días”<sup>364</sup>. La posición de la Demandante no es solo incoherente sino incorrecta como una cuestión de derecho procesal y de la realidad de la situación de la Demandante.

206. Como se estableció con anterioridad, para establecer la urgencia sencillamente no basta con demostrar que una decisión de la Corte Nacional podría pronunciarse antes de la emisión de un laudo definitivo en este arbitraje: El estándar no es la mera posibilidad, es la amenaza inminente del peligro de daño irreparable.

207. La Demandante, haciendo énfasis en su argumento de que una decisión de la Corte Nacional se emitirá antes del laudo definitivo en este arbitraje, admite que no puede cumplir la prueba de urgencia real.

208. Además, su alegación de que “la sentencia podría llegar en cualquier

---

<sup>361</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 167 (énfasis agregado).

<sup>362</sup> *Id.*

<sup>363</sup> *Id.*, ¶ 169.

<sup>364</sup> *Id.*, ¶ 168. MSDIA cambia posteriormente al estándar más flexible de “antes del laudo definitivo”, alegando que “ésta confronta un riesgo real de daño que ocurra antes de la emisión del laudo definitivo en este arbitraje”. *Id.* ¶ 179.

momento” es teórica<sup>365</sup>. Como demostró el Dr. Moscoso Serrano, la decisión de la Corte Nacional no es inminente porque la Corte Nacional confronta ahora una demora en la solución de sus casos<sup>366</sup>. En su primer dictamen, el Dr. Moscoso explicó que:

el Artículo 17 de la Ley de Casación no establece expresamente *cuándo comienza a correr este período*; sin embargo, podría interpretarse que la ley implica que el período no comienza a correr sino cuando el procedimiento haya concluido, es decir, después de la audiencia judicial que en este caso tuvo lugar el 26 de diciembre del 2011. En ese caso, el período dentro del cual se emita la decisión terminaría el 17 de diciembre del 2012. Como alternativa, podría entenderse que el período comienza a correr a la expiración del plazo para contestar las alegaciones de las contrapartes, el cual en este caso fue el 24 de noviembre del 2011. En ese caso, el período dentro del cual se emita la decisión concluiría el 11 de enero del 2013<sup>367</sup>.

209. En lugar de debatir sobre estas circunstancias, la Demandante “aconseja” que la Corte Nacional “debería estar empeñada en emitir una decisión mucho antes de que se cumpla el plazo establecido por la ley”<sup>368</sup>.

210. En respuesta al Segundo Dictamen del Dr. Ortega, el Dr. Moscoso Serrano ratifica que, dado el atraso importante en la solución de casos, lo más probable es que la Corte Nacional requiera el total de 270 días hábiles asignados para decidir la apelación<sup>369</sup>. También opinó que es irreal sostener que la decisión de la Corte Nacional pueda emitirse “en cualquier momento”<sup>370</sup>. Aclara que el dictamen de la decisión de la Corte Nacional no depende meramente del tiempo estipulado en las regulaciones de la Ley de Casación: “También depende de una realidad procesal y administrativa que impide que se pronuncie la decisión dentro del plazo de tiempo

---

<sup>365</sup> La declaración de la Demandante de que “Ecuador no niega que el caso podría decidirse en cualquier momento”, citando el Segundo Dictamen del Dr. Jaime Ortega Trujillo (3 de agosto del 2012) también es falsa. Véase Réplica de la Demandante, ¶ 180. Ecuador nunca afirmó que la decisión pueda emitirse en cualquier momento.

<sup>366</sup> Primer Dictamen Jurídico de Moscoso, ¶ 8.

<sup>367</sup> *Id.* (énfasis agregado)

<sup>368</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 181.

<sup>369</sup> Segundo Dictamen Jurídico de Moscoso, ¶ 12.

<sup>370</sup> Segundo Dictamen Jurídico de Moscoso, ¶ 6.

máximo estipulado en el Artículo 17 de la Ley de Casación, no debido a negligencia u omisión de parte de los jueces, sino debido a que las condiciones de trabajo lo impiden”<sup>371</sup>. Que la Corte Nacional no decida pronto el caso se evidencia mediante la tabla presentada por la Srta. Merchán, la cual demuestra que la Nueva Corte heredó un archivo de casos voluminoso y está experimentando atrasos significativos en su solución<sup>372</sup>. Esta “realidad procesal inevitable de la congestión de los archivos de casos” vuelve irreal que la Corte Nacional emita su decisión “en cualquier momento”<sup>373</sup>.

211. La Demandante no puede cuestionar y no cuestiona el marco de tiempo establecido por la ley de 270 días para la decisión de la Corte Nacional. En cambio, a fin de crear un sentido de urgencia artificial, la Demandante procura atribuir la administración del litigio NIFA en las cortes inferiores al manejo de la apelación por parte de la Corte Nacional<sup>374</sup>. Sin embargo, esta atribución carece de fundamento y no se tiene conocimiento sobre ella en las leyes internacionales o municipales: la *raison d’être* de la Corte Nacional es corregir cualquiera de los errores cometidos por las cortes inferiores. La Demandante no cita ni una sola autoridad en respaldo de este argumento. La Demandante no tiene ninguna base en derecho ni de hecho para citar la historia de las actuaciones de las cortes inferiores como si éstas predijeran de alguna manera las actuaciones de la corte del más alto nivel.

212. El argumento de urgencia de la Demandante depende de sus alegaciones infundadas (que están en desacuerdo con su propia creencia) de que la Corte Nacional tramitaría la apelación en la misma forma supuestamente sesgada que las cortes inferiores. Sin embargo, el argumento de la Demandante de que la decisión de la Corte Nacional pueda materializarse en cualquier momento carece, una vez más, de fundamento en alguna autoridad legal y no tiene base en el hecho. Si acaso, la

---

<sup>371</sup> *Id.*

<sup>372</sup> *Id.*, ¶ 7.

<sup>373</sup> *Id.*, ¶¶ 6, 8. Además, si alguno de los jueces en el caso es reemplazado por un nuevo juez, el marco de tiempo de 270 días volverá a comenzar a fin de dar al nuevo juez la oportunidad de deliberar sobre el caso. Véase *id.*, ¶ 9.

<sup>374</sup> Véase *supra* Sección II (B)(2).

Demandante no puede mantener con seriedad que las cortes inferiores manejaron su caso “con rapidez”<sup>375</sup>.

213. Además, todas las irregularidades del trato de su caso por parte de la Corte Nacional, de las cuales se queja, se originaron antes del 30 de abril del 2012 fecha en la cual la Demandante presentó sus cuentas financieras ante la Superintendencia de Compañías, en las cuales la Demandante expresó su creencia de que ésta prevalecerá en su apelación ante la Corte Nacional. Si la Demandante hubiera creído que la Corte Nacional no la trataría de manera diferente, aquélla habría tenido que reportar su posible pérdida del caso en el litigio NIFA. Si la Demandante presentó declaraciones falsas ante la Superintendencia de Compañías, ésta es responsable en materia civil y penal. Como quiera que se analice, habiendo presentado su apelación ante la Corte Nacional y con la creencia de que prevalecería en ésta, MSDIA ahora argumenta que su apelación ante la Corte Nacional es fútil y vana. La Demandante no puede beneficiarse de ambas maneras: No puede basarse en la ausencia de sanciones civiles y penales por sus tergiversaciones y declaraciones falsas ante este Tribunal.

**3. Incluso si la emisión de una decisión de la Corte Nacional pudiera ocurrir dentro de seis meses, la Demandante no ha logrado establecer que la ejecución de una decisión futura adversa para MSDIA, si existiere alguna, será rápida como materia de procedimiento civil ecuatoriano.**

214. Ahora es evidente en su Réplica y su creencia de que ésta prevalecerá en su apelación, ante la Corte Nacional, que la Demandante procura ahora asegurar las medidas provisionales en lugar de un seguro contra riesgo futuro incierto. La Demandante afirma que está solicitando medidas provisionales porque una vez que se dicte una decisión adversa, sería “demasiado tarde” para hacer algo pues los empleados clave comenzarán a salir, etc., a menos que las medidas provisionales ya estén “en marcha” para impedir el daño”<sup>376</sup>. Sin embargo, no logra refutar el hecho siguiente: incluso si la Corte Nacional dictare una decisión adversa para la Demandante, la ejecución de alguna sentencia monetaria subsistente probablemente

---

<sup>375</sup> Véase *supra* Sección II (B)(3).

<sup>376</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 187.

requiera *hasta seis meses* y no sea rápida.

215. Debe enfatizarse al inicio que el procedimiento de ejecución que analiza el Dr. Moscoso Serrano consideró la ejecución de *la* sentencia que resultare de la ratificación de la Corte Nacional de la decisión del tribunal de apelaciones<sup>377</sup>. Como explicó el Dr. Moscoso Serrano, la probabilidad de dicha ratificación es incierta debido a las razones de la apelación planteadas por MSDIA y las potestades de la Corte Nacional para reconsiderar el caso *de novo* sobre el fondo<sup>378</sup>. Si la Corte Nacional admite alguna de las razones de la petición de casación que involucren modificación de la sentencia, incluso si ésta diere como resultado una sentencia modificada pero adversa para la Demandante, el procedimiento ejecutorio involucrará necesariamente el procedimiento de aclaración y el cálculo de intereses y costas<sup>379</sup>.

216. El Dr. Ortega admite esta posibilidad de que una vez que la Corte Nacional haya pronunciado su decisión, las partes podrán plantear proceso de aclaración, o apelaciones horizontales<sup>380</sup>. Además, como se explica en el primer dictamen del Dr. Moscoso Serrano, antes de otorgar la “orden de ejecución”, la corte debe volver a calcular los intereses sobre la sentencia y las tasas y cargos por concepto de actuaciones judiciales. El Dr. Ortega sugiere erróneamente que no existe ninguna necesidad de procedimientos de cálculo de intereses y de costas y cargos por concepto de actuaciones judiciales, que incluyan a peritos y ambas partes, porque estos se fijaron en la sentencia del tribunal de primera instancia. De acuerdo al Dr. Moscoso Serrano, esta afirmación no es exacta. Explica que incluso aunque se haya fijado el interés en la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, si la Corte Nacional ratificare la sentencia, el tribunal inferior aún tendría que calcular el interés que se acumulare a partir de la fecha de la primera sentencia (17 de diciembre del 2011)<sup>381</sup>.

---

<sup>377</sup> Segundo Dictamen Jurídico de Moscoso, ¶ 2.

<sup>378</sup> *Id.*, ¶ 5.

<sup>379</sup> *Id.*, ¶¶ 13-14.

<sup>380</sup> Opinión de Ortega, ¶ 13.

<sup>381</sup> *Id.*, ¶ 14.

217. De manera similar, la declaración del Dr. Ortega acerca de las costas no toma en cuenta el hecho de que la sentencia de la corte inferior solo se refería a los honorarios de un abogado. En consecuencia, los intereses y las costas no se fijarán *si* la Corte Nacional ratificare la sentencia. El procedimiento normal para el cálculo de intereses y costas puede ser prolongado porque involucra tanto los informes periciales para ayudar a la corte en el cálculo y la participación de ambas partes en el litigio<sup>382</sup>. No existe ninguna razón por la cual la corte en el litigio *NIFA* rechazaría un procedimiento tan normal como éste que beneficia a ambas partes<sup>383</sup>.

218. Por último, el Dr. Moscoso Serrano señala que el “volumen y la complejidad de los casos que los jueces de primera instancia deben resolver, y las decisiones que ellos deben ejecutar, son tales que es físicamente imposible atenderlos dentro del período de tiempo” establecido en la ley<sup>384</sup>.

219. En síntesis, la ejecución de la sentencia ratificada, *si* se emitiera alguna y *si* se ejecutara la misma<sup>385</sup>, no es “rápida” y no tomaría por sorpresa a MSDIA. El marco de tiempo realista para la ejecución de la sentencia ratificada es de aproximadamente seis meses<sup>386</sup>.

220. Dadas estas demoras en el tiempo para la ejecución de una sentencia que hoy no existe, el argumento de la Demandante de que “MSDIA ha solicitado ahora medidas provisionales de protección – de modo que éstas se encuentren en marcha cuando la Corte Nacional de Justicia emita la decisión, y sean efectivas para impedir el daño que de lo contrario ocurriría al negocio de MSDIA”<sup>387</sup> carece totalmente de mérito. Es evidente ahora que la Demandante intenta garantizar el seguro contra riesgo futuro incierto a través de medidas provisionales. Este sencillamente no es el

---

<sup>382</sup> *Id.*

<sup>383</sup> *Id.*, ¶¶ 14-16.

<sup>384</sup> Segundo Dictamen Jurídico de Moscoso, ¶ 18.

<sup>385</sup> La Demandante reconoce que incluso si se ratificara la sentencia, es probable que no se pueda ejecutarla contra los activos de la Demandante. Véase Solicitud de la Demandante, ¶¶ 30, 65.

<sup>386</sup> Primer Dictamen Jurídico de Moscoso, ¶ 29.

<sup>387</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 187.

objetivo de las medidas provisionales de acuerdo al derecho internacional<sup>388</sup>. Las medidas provisionales no tienen la finalidad de servir como un seguro contra daño futuro incierto, mucho menos para refrenar el deseo de la demandante de controlar el futuro. Sobre esa sola base debe rechazarse la solicitud de la Demandante.

\*  
\* \*

221. La Demandante no ha logrado demostrar que su Solicitud cumple los estándares reconocidos internacionalmente para daño irreparable y urgencia. Si bien cree que prevalecerá en su apelación ante la Corte Nacional, la Demandante afirma falsamente ante este tribunal que ésta confronta un riesgo de daño irreparable antes de la decisión final del Tribunal. Sin embargo, el supuesto daño de la Demandante es tan remoto e hipotético, envuelto en el carácter impredecible de la decisión de la Corte Nacional y en las acciones no conocidas de NIFA, de que una verificación significativa del *riesgo de supuesto daño irreparable* es sencillamente imposible en esta fase. La Solicitud prematura de la Demandante debe por tanto rechazarse.

\*  
\* \*

---

<sup>388</sup> Véase *Certain Criminal Proceedings in France* (República del Congo contra Francia, 2003), Orden del 17 de junio del 2003, ICJ Reports 2003, ¶ 35 (RLM-13). (“[I]a Corte tiene la impresión de que ... *al momento* no existe ningún riesgo de perjuicio irreparable que justifique la indicación de medidas provisionales como una cuestión de urgencia (énfasis agregado).”)

**V. EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS POR LA DEMANDANTE IMPONDRÍAN UNA CARGA DESPROPORCIONADA A ECUADOR.**

222. La Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Demandante no está de acuerdo de ninguna manera con el requisito de proporcionalidad. El otorgamiento de la Solicitud de la Demandante, en circunstancias donde cualquier amenaza de perjuicio a sus derechos es susceptible de reparación total a través de indemnización por daños, pondría a Ecuador en una situación imposible, que requiere efectivamente una violación de su Constitución, así como también de sus obligaciones internacionales contempladas en instrumentos internacionales para la protección de derechos humanos. Ni la carta ni el espíritu del Tratado o de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI justifican el otorgamiento de medidas provisionales de tal magnitud, en detrimento de un tercero en estos procesos.

**A. El cumplimiento de Ecuador de las medidas provisionales solicitadas contravendría su propia constitución y sus obligaciones internacionales.**

223. El principal argumento de la Demandante es que no existe ningún conflicto entre las medidas provisionales solicitadas y las obligaciones de Ecuador de acuerdo a su Constitución. Pero Ecuador no alega que las disposiciones de su Constitución sean parte de la ley aplicable, como la Demandante sugiere, al parecer<sup>389</sup>. Ecuador tampoco busca exonerarse de la responsabilidad internacional mediante la invocación de su Constitución<sup>390</sup>. Sin embargo, la Constitución Ecuatoriana y sus disposiciones constituyen hechos pertinentes que el Tribunal debe tomar en cuenta en la ponderación de las cargas pertinentes. En otras palabras, si el cumplimiento de Ecuador de una posible orden emanada del Tribunal que aprobare la Solicitud de la Demandante expone a Ecuador a responsabilidad legal de acuerdo a sus leyes internas constituye un hecho pertinente que el Tribunal puede y debe tomar en cuenta al examinar si el requisito de proporcionalidad se cumple en el presente caso.

---

<sup>389</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 272 (“Ecuador no ha presentado ninguna justificación en cuanto a por qué este Tribunal puede o debería tomar en cuenta la Constitución Ecuatoriana en el ejercicio de su mandato según el acuerdo de arbitraje de las partes y el Tratado”).

<sup>390</sup> La invocación de la Demandante del Artículo 27 de la Convención de Viena es simplemente irrelevante. Véase *Id.*, n. 471.

224. La Demandante argumenta luego que Ecuador “no violaría sus obligaciones constitucionales de respetar y garantizar el derecho de NIFA a la ejecución de sentencias si implementara las medidas provisionales solicitadas”<sup>391</sup>. Plantea varias razones para esa proposición, las cuales Ecuador examina a su turno. Como se hará evidente, todos los argumentos de la Demandante al respecto son inútiles: el cumplimiento de Ecuador de un laudo de medidas provisionales violaría sus obligaciones constitucionales e internacionales, lo cual daría como resultado su responsabilidad según las leyes ecuatorianas y, en sujeción al agotamiento de los recursos locales, según la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

225. Primero, la Demandante argumenta que, de acuerdo a su Constitución, Ecuador está obligado a cumplir sus obligaciones contempladas en el Tratado, las cuales prevalecen sobre el derecho internacional<sup>392</sup>. Ecuador no cuestiona este punto. Pero una orden de medidas provisionales emanada del Tribunal de la CNUDMI difícilmente es “derecho internacional” en el sentido contemplado por los redactores de constituciones cuando consideran el estado de la ley en el orden jurídico ecuatoriano. En todo caso, los tratados e instrumentos internacionales que se celebran de manera válida prevalecen sobre disposiciones incoherentes del derecho interno *secundario* de Ecuador<sup>393</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista del orden jurídico interno de Ecuador, el derecho internacional no prevalece sobre las disposiciones de la Constitución. El Artículo 425 de la Constitución deja en claro que la Constitución es la ley suprema de la tierra y que los tratados y convenciones internacionales se encuentran en un nivel jerárquico inferior<sup>394</sup>. Por lo tanto, si ocurriera un conflicto entre la Constitución y un tratado internacional, mediante disposición expresa del Artículo 425, párrafo 2, “la Corte Constitucional, los jueces, funcionarios administrativos y funcionarios públicos lo resolverán mediante aplicación del estándar que tiene el nivel jerárquico superior”.

---

<sup>391</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 273.

<sup>392</sup> *Id.*, ¶ 274.

<sup>393</sup> Constitución de Ecuador, Artículo 424 (RLM-15).

<sup>394</sup> Constitución de Ecuador, Artículo 425 (RLM-15).

226. La única excepción a esta regla es a favor de los instrumentos internacionales relacionados con derechos humanos fundamentales, entre ellos, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, la cual, según el Artículo 426, prevalece sobre la Constitución<sup>395</sup>. Como el Dr. Guerrero explica, las obligaciones de Ecuador según la Convención forman parte del llamado “Cúmulo de Leyes Constitucionales”, y sus disposiciones deben ser tomadas en consideración cuando se analice si el cumplimiento de Ecuador de una posible orden dictada por el Tribunal afectaría los derechos individuales fundamentales según la Constitución Ecuatoriana<sup>396</sup>. Esto significa que un conflicto entre la orden del Tribunal y las disposiciones constitucionales destinadas a salvaguardar los derechos humanos será resuelto por las cortes ecuatorianas a favor de esta última, no sea que la corte pertinente incurra en responsabilidad legal.

227. De hecho, existe precedente para esta proposición<sup>397</sup>. Después de que el tribunal en *Chevron II* dictó el Primer Laudo Provisional sobre Medidas Provisionales, en *María Aguinda y otros contra Chevron*, se solicitó a la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos que hiciera que ese laudo surtiera efecto. La Corte apreció las obligaciones internacionales de Ecuador más allá del Tratado y se encontró a sí misma en una situación de conflicto entre la fuerza vinculante del laudo arbitral, por una parte, y la fuerza vinculante de las obligaciones de Ecuador según los instrumentos de derechos humanos que forman parte del “Cúmulo de Leyes Constitucionales”<sup>398</sup>, por otra parte. Basada en presunciones interpretativas aceptadas a favor de expandir el alcance de la protección de los derechos humanos, así como del Artículo 29 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos<sup>399</sup> y varias disposiciones de la

---

<sup>395</sup> *Id.*, Artículo 426 (RLM-15). Véase también Primer Informe Pericial de Guerrero, ¶¶ 11-15.

<sup>396</sup> Primer Dictamen Pericial de Guerrero, ¶¶ 13-16.

<sup>397</sup> Segundo Dictamen Pericial de Guerrero, ¶ 7.

<sup>398</sup> Corte Provincial de Justicia, Sucumbíos, *María Aguinda y otros contra Chevron Corporation*, Case No. 2011-0106, Decisión (17 de febrero del 2012), p. 2 (RLM-115) (“*María Aguinda y otros contra Chevron*”).

<sup>399</sup> Esta disposición se lee así: “Ninguna disposición de esta Convención deberá interpretarse en el sentido de que:

Constitución Ecuatoriana, la Corte sostuvo que no se puede atribuir mayor importancia al laudo arbitral que a las obligaciones de Ecuador contempladas en la Convención para garantizar a sus ciudadanos el disfrute irrestricto de su derecho a la protección judicial efectiva<sup>400</sup>. La Corte recordó que, como una institución pública, está obligada a corregir violaciones de derechos de partes privadas debido a la omisión o deficiencias en la provisión de sus servicios<sup>401</sup>. Como consecuencia, no podía:

sencillamente “obedecer” las exigencias de Chevron Corp. o del Tribunal Arbitral y no cumplir las funciones que nos comprometimos a desempeñar bajo juramento al asumir el cargo sin analizar primero las reglas legales en conflicto y sin soporte legal válido. Un simple laudo arbitral, aunque podría ser vinculante para Ecuador, no puede obligar a los jueces de Ecuador a violar los derechos humanos de nuestros ciudadanos. Eso no solo atentaría contra los derechos garantizados por nuestra Constitución, sino que violaría también las obligaciones internacionales más importantes asumidas por Ecuador en materia de derechos humanos ... Las reglas procesales y el estado de derecho implementado en Ecuador imponen a los jueces el deber de actuar en conformidad con la Constitución, los instrumentos de derechos humanos y la ley, según se establece en el Artículo

- 
- a. permita que algún Estado Parte, grupo, o persona suprima el disfrute o el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Convención o que los restrinja en un grado mayor que el que se dispone en este documento;
  - b. restrinja el disfrute o ejercicio de algún derecho o libertad reconocidos en virtud de las leyes de algún Estado Parte o en virtud de otra convención en la cual uno de dichos Estados sea una parte;
  - c. impida otros derechos o garantías que sean inherentes a la personalidad humana o se derivaren de la democracia representativa como una forma de gobierno; o,
  - d. excluya o limite el efecto que la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza pudieren tener.

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, Artículo 29 (RLM-7) (énfasis agregado).

<sup>400</sup> Corte Provincial de Justicia, Sucumbíos, *María Aguínda y otros contra Chevron Corporation*, Case No. 2011-0106, Orden (17 de febrero del 2012), pp. 2-3 (RLM-115).

<sup>401</sup> *Id.* (donde se cita Constitución Ecuatoriana , Artículo 11(9)).

123 de la Ley de la Función Judicial, y nos hace responsables legalmente por acciones u omisiones que sean perjudiciales para las partes, como Chevron indica con acierto en su petición<sup>402</sup>.

228. A la luz de lo expuesto, la Corte concluyó que ésta no tenía la potestad de suspender la ejecución de la sentencia en *Lago Agrio*, sin incurrir en responsabilidad civil y penal con respecto a las partes.

El hecho de que los tratados internacionales, con excepción de los tratados internacionales relativos a derechos humanos, cedan ante las disposiciones de la Constitución Ecuatoriana no implica, desde luego, que aquellos pierdan de alguna manera su efectividad o se vuelvan inconstitucionales, como el perito de la Demandante, Dr. Cevallos, al parecer sugiere<sup>403</sup>. El Dr. Guerrero afirma que estas proposiciones contravienen por completo el orden constitucional ecuatoriano<sup>404</sup>. Sin embargo, como ocurre en todo orden jurídico, podría determinarse que un estándar legal es contrario a otro estándar legal, en cuyo caso se emplean técnicas de resolución de conflictos a fin de determinar cuál estándar legal prevalece. Esto no significa que el estándar que cede pierda su efectividad en la ley o sea abolido; simplemente se lo desplaza de la aplicación a un caso particular, en la medida cubierta por el conflicto. Sin embargo, la privación de parte del valor del estándar prevaleciente en un caso específico por parte de una entidad responsable de la toma de decisiones podría llevar a un exceso de autoridad, la cual está sujeta a sanciones en el orden jurídico ecuatoriano al igual que sería en cualquier otra parte.

229. Basada en su perito, la Demandante argumenta luego que, como una cuestión de derecho ecuatoriano, Ecuador estaría obligado a cumplir una orden de medidas provisionales de reparación y que eso no constituiría “una interferencia de la justicia ni se podría tildarlo como un acto arbitrario o un acto ajeno al sistema jurídico ecuatoriano cuya ejecución se vuelva imposible”<sup>405</sup>. Pero esto no es verdad. Las

---

<sup>402</sup> *Id.*

<sup>403</sup> Dictamen Pericial de Cevallos, ¶ 24.

<sup>404</sup> Segundo Dictamen Pericial de Guerrero, ¶¶ 4, 6-7.

<sup>405</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 275 (donde se cita el Dictamen Pericial de Cevallos, ¶ 34). La Demandante cita como precedente para esta proposición *City Oriente contra Ecuador. Id.*, ¶ 292. Sin embargo, este caso es fácilmente distinguible puesto que las medidas provisionales estaban orientadas y

cortes ecuatorianas, como en realidad todas las instituciones públicas, se someten a los principios de constitucionalidad y legalidad de acuerdo con los cuales éstas podrían actuar solo según lo que la Constitución y las leyes de Ecuador permiten y autorizan expresamente<sup>406</sup>. Al respecto, como explica el Dr. Guerrero, incluso si la Procuraduría General del Estado pudiera evitar su mandato de abstenerse de interferir en casos en los cuales el Estado no sea una parte sin que esto equivalga a interferencia ilegal en el sistema judicial<sup>407</sup>, las cortes ecuatorianas no pueden eludir su procedimiento y la ley a fin de cumplir el laudo de medidas provisionales emitido por un tribunal arbitral: ninguna disposición en las leyes ecuatorianas permite a una corte que suspenda la ejecución de un dictamen a petición de un tercero en los procesos subyacentes, como el Estado Ecuatoriano es en este caso<sup>408</sup>. El precedente en *María Aguinda y otros contra Chevron* es particularmente relevante en este caso también.

230. En ese caso, la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos rechazó la solicitud de los demandantes de que la Corte impusiera a Chevron el depósito de una garantía de cumplimiento para suspender la ejecución de la sentencia en *Lago Agrio*, en cumplimiento del requisito del laudo arbitral de que Ecuador “adopte todas las medidas que estén a su disposición para suspender o hacer que se suspenda la ejecución .... de cualquier sentencia contra [Chevron] en el caso Lago Agrio”<sup>409</sup> porque:

solicitar una garantía de cumplimiento para suspender la ejecución de un caso sujeto a apelación en casación es un

---

afectaban solo a las partes involucradas en el proceso arbitral. Segundo Dictamen Pericial de Guerrero, ¶¶ 30-32.

<sup>406</sup> Constitución de Ecuador, Artículo 426 (RLM-15).

<sup>407</sup> Oposición de Ecuador, ¶¶ 182-183.

<sup>408</sup> Segundo Dictamen Pericial de Guerrero, ¶¶ 8-9. Véase también *id.*, ¶ 11 (“La conclusión del Dr. Cevallos en el Párrafos 35 de su declaración ... carece de sustancia puesto que él no invoca un estándar legal – *debido a que no existe ningún estándar legal de esa clase* – que autorice a una entidad jurisdiccional para que suspenda la ejecución de un fallo, basada en una orden de protección dictada en un procedimiento, en el cual no exista ninguna identidad de partes con respecto al procedimiento en el cual se ha emitido el fallo cuya suspensión se solicite”).

<sup>409</sup> *Chevron Corp. contra la República del Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23 (CNUDMI), Primer Laudo Provisional sobre Medidas Provisionales (25 de enero del 2012), p. 16 (CLM-5).

derecho, no una obligación – o incluso una carga – para la parte apelante, y uno no puede intentar forzar a que la parte ejerza ese derecho. La garantía de cumplimiento a la cual las partes se refieren es el único mecanismo legal establecido para dar a los litigantes en Ecuador una oportunidad de suspender la ejecución de sentencias en apelación en casación y, en consecuencia, es incoherente con la ley intentar imponer esto como una obligación bajo cualquier circunstancia<sup>410</sup>.

231. El argumento de la Demandante de que “ninguna disposición de la Constitución [Ecuatoriana] confiera a una parte un derecho a la ejecución de una sentencia que en sí misma viole las garantías constitucionales básicas del debido proceso”<sup>411</sup> es absurdo y podría rechazarse sumariamente. Dicho argumento, como explica el Dr. Guerrero, invita a un relativismo que es contrario a toda noción de seguridad judicial<sup>412</sup>:

En efecto, la afirmación de que una decisión judicial ejecutable se ha obtenido en violación del derecho al debido proceso de la otra parte, puede ser adoptada *única y exclusivamente por la Corte Constitucional Ecuatoriana* como resultado de una acción de protección extraordinaria, a condición de que la parte que se considera afectada por la decisión haya iniciado de manera oportuna dicha acción. La simple evaluación subjetiva realizada por una de las partes de que se ha dictado una decisión en violación de sus derechos procesales no puede constituir un argumento válido para limitar el derecho fundamental a exigir su cumplimiento, puesto que si aceptare esta posición, esto constituiría un ataque contra el derecho de protección judicial que es reconocido constitucionalmente, *puesto que sería suficiente que la parte que se considerare a sí misma afectada por un fallo reclamare que el fallo se ha emitido en violación de su derecho al debido proceso a fin de que el derecho constitucional a exigir la ejecución de fallos decretados por la administración judicial de un Estado sean limitados o suspendidos*. Este mecanismo crearía una situación de absoluta incertidumbre para la otra parte, la cual, pese a haber recurrido a las autoridades judiciales del Estado para que

---

<sup>410</sup> *María Aguínda y otros contra Chevron*, pp. 1-2 (RLM-115).

<sup>411</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 276.

<sup>412</sup> Constitución de Ecuador, Artículo 82 (RLM-15).

administraran justicia en un caso específico, no podría exigir el cumplimiento de un fallo definitivo como resultado de la sola opinión de su parte contraria. Esto equivaldría a dejarla en una condición indefendible y negarle la protección legal de sus derechos e intereses<sup>413</sup>.

232. El argumento final de la Demandante es que porque las medidas provisionales no solo impedirían temporalmente la ejecución de la sentencia en NIFA, el daño infligido al derecho de NIFA a la protección judicial efectiva no llega al nivel de una violación constitucional<sup>414</sup>. De manera muy similar a los demás argumentos de la Demandante sobre la ley y la práctica ecuatorianas<sup>415</sup>, este argumento también está desinformado. El derecho a la ejecución de un fallo judicial es absoluto. Esto se evidencia en el Artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual, como el Dr. Guerrero explica, refleja el resultado del equilibrio entre dos derechos opuestos: el derecho a la protección judicial efectiva de una parte que obtenga un fallo favorable y ejecutable y el derecho de la parte contraria a impugnar ese fallo como una violación de sus derechos fundamentales. La Legislatura Ecuatoriana consideró que el primer derecho tiene mayor importancia, y es por eso que el Artículo 27 proscribió la suspensión de la ejecución de un fallo incluso cuando se plantea una acción para obtener protección extraordinaria<sup>416</sup>.

233. En síntesis, la Solicitud de gran alcance de la Demandante tiene implicaciones que van más allá de la suspensión de la ejecución de cualquier sentencia favorable para NIFA que podría dictarse en su caso subyacente. El cumplimiento de Ecuador de un laudo de medidas provisionales significaría efectivamente que actúe de manera incoherente con su propia Constitución y sus obligaciones internacionales con las consiguientes consecuencias en términos de su exposición a responsabilidad legal.

---

<sup>413</sup> Segundo Dictamen Pericial de Guerrero, ¶ 21 (énfasis agregado) (se han omitido las notas internas. Véase también *id.*, ¶ 23).

<sup>414</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 278-280.

<sup>415</sup> Por ejemplo, el perito de la Demandante sugiere que, “puesto que las compañías comerciales no son seres humanos, éstas desde luego no tienen derechos humanos”. Dictamen Pericial de Cevallos, ¶ 39. Véase también Réplica de la Demandante, ¶ 282. El Dr. Guerrero demuestra de manera exhaustiva la falsedad de esta aseveración como una cuestión de derecho ecuatoriano y con respecto al derecho efectivo a la protección judicial en particular. Segundo Dictamen Pericial de Guerrero, ¶¶ 14-19, 24.

<sup>416</sup> Segundo Dictamen Pericial de Guerrero, ¶¶ 22-23.

El Tribunal debe ponderar esta carga con respecto a la incapacidad de la Demandante de demostrar alguna posibilidad de daño irreparable y rechazar la Solicitud de la Demandante por esta razón.

**B. El cumplimiento de las medidas provisionales solicitadas podría exponer a Ecuador a Responsabilidad del Estado**

234. La Demandante argumenta que, en calidad de persona jurídica más no como persona natural, NIFA no puede reclamar una violación de los Artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos ante los órganos del sistema Interamericano de protección de los derechos humanos<sup>417</sup>. Para defender esta proposición, la Demandante se basa en un artículo académico publicado en el 2001<sup>418</sup>. No es de extrañarse, por lo tanto, que ésta no tenga en cuenta la jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se refleja en su sentencia del 2001 en *Cantos contra Argentina*<sup>419</sup>.

235. En ese caso, Argentina, de manera muy similar a la Demandante en este caso, alegó que las entidades jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, sus disposiciones no son aplicables a ellas, puesto que ellas no tienen derechos humanos<sup>420</sup>. La Corte rechazó este argumento cuando dijo lo siguiente:

Aun cuando la figura de las entidades jurídicas ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como lo es en el Protocolo No. 1 para la Convención Europea sobre Derechos Humanos, *esto no significa que, en circunstancias específicas, un individuo no pueda recurrir al sistema interamericano para la protección de derechos humanos a fin de ejercer sus derechos fundamentales, aun cuando estos se encuentren comprendidos en una figura legal o una ficción creada por el mismo sistema de leyes. Sin*

---

<sup>417</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 283.

<sup>418</sup> Diego Rodríguez Pinzón, *The "Victim" Requirement, The Fourth Instance Formula And The Notion Of "Person" In The Individual Complaint Procedure Of The Inter-American Human Rights System*, 7 ILSA J. Int'l & Comparative L 1, 14-15 (2001) (CLM-101).

<sup>419</sup> Inter-American Court of Human Rights, *Caso de Cantos contra Argentina*, Objeciones Preliminares, Sentencia (7 de septiembre del 2001) (RLM-94).

<sup>420</sup> *Id.*, ¶ 27.

embargo, vale la pena hacer una distinción a fin de identificar cuáles situaciones podrían ser examinadas por esta Corte dentro del marco de la Convención Americana. Al respecto, *esta Corte ha examinado ya la posible violación de los derechos de individuos cuando estos son accionistas*<sup>421</sup>.

236. La Corte observó que todos los reclamos de orden administrativo y legal intentados en el caso subyacente fueron presentados directamente por el Sr. Cantos en su propio nombre “y en el nombre de sus compañías”<sup>422</sup>. La Corte estuvo convencida de que esto sería suficiente para permitirle que examinase las supuestas violaciones de los derechos del Sr. Cantos según la Convención y rechazó la objeción de Argentina<sup>423</sup>. Se desprende que la declaración categórica de la Demandante está lejos de ser verdad; toda violación de los derechos de NIFA bien podría perseguirse en su nombre junto con aquellas de sus accionistas.

237. La Demandante señala también que la propia Comisión Interamericana y la Corte de Derechos Humanos misma han solicitado a los Estados que suspendiesen procesos judiciales o de ejecución de sentencias pendientes de revisión<sup>424</sup>. Esto es verdad. Pero se requiere poco esfuerzo para demostrar que esto ha ocurrido en circunstancias claramente diferentes de aquellas presentes en este caso, las cuales involucran supuestas violaciones de la libertad de expresión y sentencias penales dictadas contra individuos en procesos iniciados por el Estado. Además, como se explicó anteriormente, las obligaciones relativas a derechos humanos prevalecen sobre los mandatos de todas las leyes ecuatorianas, incluidas las disposiciones de la Constitución.

238. Por último, la Demandante asevera que ésta también podría disfrutar de derechos al amparo de la Convención Interamericana<sup>425</sup>. Ecuador no ve ninguna razón para opinar sobre los derechos de MSDIA de acuerdo a la Convención, si hubiere

---

<sup>421</sup> *Id.*, ¶ 29 (énfasis agregado) (se han omitido las notas internas).

<sup>422</sup> *Id.*, ¶ 30.

<sup>423</sup> *Id.*

<sup>424</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 284-285.

<sup>425</sup> *Id.*, ¶¶ 286-287.

alguno, o en general sobre otros recursos de MSDIA según el derecho internacional.

**C. Los esfuerzos de la Demandante de minimizar la carga de Ecuador son inútiles.**

239. Los argumentos restantes de la Demandante no agregan a lo que ya se ha dicho en los planteamientos previos de las partes. La larga lista de casos de la Demandante en los cuales se ha solicitado a los Estados que suspendiesen o terminasen procesos judiciales a manera de medidas provisionales que involucraran al Estado demandado como una parte en los procesos subyacentes y no pusieran en riesgo su responsabilidad de acuerdo a sus propias leyes y el derecho internacional<sup>426</sup> - con excepción del caso *Chevron II*, cuyas circunstancias particulares no se replican en el presente caso<sup>427</sup>.

240. La Demandante mantiene también que las medidas provisionales solicitadas beneficiarían realmente a Ecuador<sup>428</sup>. Ecuador no logra ver por qué es así. La Demandante ha planteado un reclamo totalmente carente de méritos con ninguna posibilidad de éxito en el fondo. Incluso si la Corte Nacional de Justicia dictare una sentencia que le fuera adversa, el negocio continuo de la Demandante no será afectada. Y los hechos de este caso son muy diferentes a aquellos en *Burlington y Paushok*<sup>429</sup>.

\*  
\* \*

241. En síntesis, la solicitud de la Demandante es general, radical y de ninguna manera acorde con el requisito de proporcionalidad – considerando también que incluso si se determinare que Ecuador es responsable según el Tratado, el daño de la Demandante es totalmente reparable mediante el laudo de indemnización monetaria de daños. En estas circunstancias, la solicitud de la Demandante debe rechazarse en su totalidad.

---

<sup>426</sup> *Id.*, ¶¶ 293-296 (donde se cita *Perenco, Electricity Company of Sofia, Burlington, City Oriente, ATA contra Jordania, Bayindir y COSB contra Eslovaquia*).

<sup>427</sup> Oposición de Ecuador, ¶ 189.

<sup>428</sup> Réplica de la Demandante, ¶¶ 297-298.

<sup>429</sup> Oposición de Ecuador, ¶¶ 191-192.

**VI. LAS MEDIDAS DE LA DEMANDANTE PARA LA “NO AGRAVACIÓN” FRACASAN EN AUSENCIA DE SU DERECHO A MEDIDAS PROVISIONALES SEGÚN EL ARTÍCULO 26 DE LAS REGLAS DE LA CNUDMI.**

242. La Demandante también solicita medidas provisionales para “impedir la exacerbación o agravación de la diferencia y para salvaguardar la posibilidad del Tribunal de otorgar reparación efectiva en este arbitraje”<sup>430</sup>. Sin embargo, en ausencia de derecho de la Demandante a medidas provisionales por no haber cumplido los requisitos del Artículo 26 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, solicitadas (sic) de la Demandante fracasa inevitablemente<sup>431</sup>.

243. Como Ecuador explicó en su escrito de Oposición, la cuestión de si una corte o tribunal internacional tiene la potestad de indicar medidas dirigidas contra una parte que estuviere en riesgo de agravar la diferencia pero cuya conducta no es tal que cause un riesgo inminente de daño irreparable para los derechos de la otra parte ha sido contestada de manera autoritativa por la CIJ en sentido negativo<sup>432</sup>. Es prácticamente imposible que la declaración separada del Juez Buergenthal vierta duda sobre la decisión de la mayoría abrumadora sobre lo que ahora es ley establecida en la jurisprudencia de la Corte.

244. Por ejemplo, en el caso reciente concerniente a *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area* entre Costa Rica y Nicaragua, la CIJ ratificó que aunque en varias ocasiones la Corte indicó medidas provisionales que ordenaban a las partes abstenerse de acciones que agravarían o extenderían la diferencia o volvían más difícil resolverla<sup>433</sup>, en todos esos casos también se indicaron medidas provisionales *diferentes de* las medidas que ordenaran a las partes que no adoptasen

---

<sup>430</sup> Réplica de la Demandante, Parte VIII.

<sup>431</sup> Ecuador no discute que la Demandante tenga, además de sus supuestos derechos según el Tratado, los cuales Ecuador discute como se demostró anteriormente, un derecho procesal a la no agravación de la diferencia y al mantenimiento del *status quo*. Lo que Ecuador discute es si el Tribunal puede indicar medidas provisionales en ausencia de daño irreparable que es lo que ocurre en el presente caso.

<sup>432</sup> *Pulp Mills Case 2007*, ¶¶ 49-51 (RLM-51). Véase también Oposición de Ecuador, ¶¶ 199-200.

<sup>433</sup> Véase, v.g., Réplica de la Demandante, ¶ 304 y n. 525.

acciones que agravaran o extendieran la diferencia o volvieran más difícil su solución<sup>434</sup>. A la luz de esto, la Corte rechazó la medida provisional final solicitada por Nicaragua, determinó también que “su redacción era muy amplia” y estaba “vinculada a los derechos que constituyen la materia del caso ante la Corte sobre el fondo, por cuanto esta es una medida que complementa medidas *más específicas* que protegen los mismos derechos”, que se solicitaron también en Costa Rica<sup>435</sup>.

245. Se deduce que el tribunal en *CEMEX*, compuesto por el Juez Gilbert Guillaume, ex Presidente de la CIJ, y el Profesor Abi-Saab y von Mehren, ciertamente no es un tribunal atípico, como la Demandante lo caracteriza<sup>436</sup>, al sostener que cuando no existe urgencia o necesidad de adoptar medidas provisionales orientadas a la protección de los derechos de las partes no es posible recomendar otras medidas provisionales para evitar la agravación de la diferencia<sup>437</sup>.

246. Los casos que la Demandante cita no le restan valor a esta posición: la Demandante no puede señalar ni un solo caso en el cual las medidas de no agravación estuvieran indicadas en ausencia de cumplimiento de los requisitos ordinarios para la indicación de medidas provisionales, independientemente de su construcción por los tribunales pertinentes<sup>438</sup>.

247. No puede haber otra conclusión que aquella de que el principio de la no agravación no obvia la necesidad de que la Demandante cumpla los requisitos del Artículo 26 de las Reglas de la CNUDMI y no justifica la indicación de medidas provisionales en ausencia de dichos requisitos.

---

<sup>434</sup> *Costa Rica contra Nicaragua*, ¶ 62 (donde se cita Caso *Pulp Mills 2007*, ¶ 49) (RLM-80).

<sup>435</sup> *Id.* (énfasis agregado).

<sup>436</sup> Réplica de la Demandante, ¶ 312. En realidad, puesto que la Demandante admite que el principio de la “no agravación” se deriva de la jurisprudencia de la CIJ, solo es apropiado que se tome en cuenta dicha jurisprudencia. Véase Réplica de la Demandante, ¶ 303 (donde se cita *Electricity Company of Sofia*).

<sup>437</sup> *Cemex*, ¶¶ 63-64 (CLM-4).

<sup>438</sup> Véase *City Oriente 2008*, ¶¶ 70-78 (CLM-8); *Burlington*, ¶¶ 75-82 (CLM-3); *Perenco*, ¶ 43 (CLM-13); *Quiborax*, ¶¶ 154-157 (CLM-14); *Biwater*, Orden Procesal No. 1, ¶ 75 (CLM-2); *Biwater*, Orden Procesal No. 3, ¶ 135 (CLM-38) (en referencia a la prevención de “daño o perjuicio actual o daño o perjuicio inminente para el propio proceso arbitral) (énfasis agregado).

248. De manera similar, la posibilidad del Tribunal de otorgar reparación efectiva en este arbitraje no está en riesgo. Como se explicó previamente, cualquier perjuicio que la Demandante confronte, que Ecuador cuestione en todo caso, no es “irreparable” en cuanto es totalmente reparable a través de indemnización por daños.

249. En estas circunstancias, la apelación de la Demandante ante la autoridad del Tribunal para que otorgue medidas provisionales a fin de prevenir la agravación de la diferencia y proteger su capacidad de otorgar reparación efectiva debe desestimarse junto con las demás medidas provisionales solicitadas por la Demandante.

**VII. CONCLUSIÓN**

250. Por las razones antes expuestas, la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante debe negarse en su totalidad.

Presentado respetuosamente,

Christel Gaibor

[Firma ilegible]

Mark Clodfelter

[Firma ilegible]

---

Procuraduría General del Estado  
República del Ecuador

---

FOLEY HOAG LLP  
*Abogados de la Defensa de la  
Demandada*