

**EN EL ASUNTO DE UN ARBITRAJE AD HOC
EN VIRTUD DE LAS NORMAS DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI CASO PCA
NO. 2012-10**

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

contra

LA REPUBLICA DE ECUADOR

Demandante

Memorial de la Demandante

2 de octubre de 2013

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. ANTECEDENTES	7
A. MSDIA ha mantenido una inversión en Ecuador durante cuarenta años.....	7
B. La venta de la Planta del Valle de Los Chillos de MSDIA	10
C. El Litigio NIFA contra MSDIA	14
1. El proceso en la corte de primera instancia.....	14
2. El proceso ante las cortes de apelación.....	24
3. Los procesos en la CNJ.....	48
4. La acción de NIFA ante la Corte Constitucional de Ecuador	60
D. El Sistema de Justicia de Ecuador es notoriamente corrupto, inefectivo y carente del debido proceso	62
E. Existe clara evidencia de que el Litigio NIFA contra MSDIA estuvo bajo influencia de la corrupción judicial	66
1. El Gerente General de NIFA, Miguel García Costa, tiene una historia documentada de sobornos a funcionarios del gobierno.....	66
2. La Jueza Chang-Huang, quien dictó la sentencia de primera instancia, fue posteriormente destituida de su nombramiento judicial por irregularidades.....	68
3. El Juez de la corte de apelaciones, Juez Hernán Alberto Palacios Durante – quien escribió esa sentencia de la corte de \$150 millones – ha sido investigado y sometido a sanción disciplinaria por corrupción	71
III. ESTE TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DE MSDIA CONFORME AL TBI ENTRE EE.UU. Y ECUADOR	73
A. Las reclamaciones de MSDIA guardan relación con una inversión protegida en virtud del Tratado.....	74
1. La actividad comercial de MSDIA en el Ecuador es una inversión	75
2. La planta de MSDIA del Valle de los Chillos constituye una inversión, cuya enajenación está cubierta por el Tratado	80
B. Existe una controversia de inversión relativa a la inversión de MSDIA’s en el Ecuador.....	82
C. MSDIA inició un arbitraje de conformidad con el Artículo VI del Tratado	84
1. MSDIA notificó de su controversia de inversión y esperó seis meses antes de iniciar el arbitraje	84
2. MSDIA ejerció su derecho en virtud del Tratado de escoger el arbitraje de la CNUDMI	85
IV. LOS TRIBUNALES DE ECUADOR DENEGARON LA JUSTICIA A MSDIA, LO CUAL FUE UN INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL ECUADOR DE DAR UN TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO Y UN TRATAMIENTO NO INFERIOR A LO EXIGIDO POR EL DERECHO INTERNACIONAL	88
A. El Tratado obliga al Ecuador a no denegar la justicia a los inversionistas extranjeros	91

B. Ecuador incumplió su obligación de no denegar la justicia a MSDIA	97
1. El tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones denegaron la justicia a MSDIA al vulnerar de forma repetida y mayúscula los derechos de MSDIA al debido proceso y al pronunciar una resolución manifiestamente irracional que es prueba de un procedimiento viciado	98
2. La CNJ perpetuó las denegaciones de justicia cometidas por los tribunales inferiores del Ecuador	102
3. La CNJ cometió otra denegación de justicia al determinar que existió responsabilidad en contra de MSDIA sin notificarla ni darle una oportunidad de hacerse escuchar.....	107
C. MSDIA agotó los recursos disponibles en el Ecuador	137
V.EL TRATO DE ECUADOR HACIA MSDIA EN EL LITIGIO <i>NIFA C. MSDIA</i> TAMBIÉN INFRINGIÓ OTRAS OBLIGACIONES EN VIRTUD DEL TRATADO	139
A. Ecuador incumplió su obligación de proporcionar protección y seguridad completa hacia la inversión de MSDIA	139
B. Ecuador incumplió su obligación de no menoscabar la inversión de MSDIA mediante medidas arbitrarias o discriminatorias	140
C. Ecuador incumplió su obligación de proporcionarle a MSDIA los “medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar sus derechos”	143
1. En virtud del Artículo II(7), Ecuador tiene la obligación positiva de proporcionar un medio eficaz de hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos	143
2. Ecuador ha violado el artículo II (7).....	147
VI. PETICION DE DESAGRAVIO	149

I. INTRODUCCIÓN

1. En el presente arbitraje, Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (“MSDIA”) ha solicitado y solicita protección y compensación al amparo del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “TBI entre los EE.UU. y Ecuador” o el “Tratado”) como consecuencia de extraordinaria serie de denegaciones de justicia y violaciones de tratados relacionadas. Esas violaciones se le han impuesto a MSDIA en todo nivel del sistema judicial notoriamente corrupto de Ecuador en conexión con un juicio contra MSDIA en el 2003 en las cortes nacionales de Ecuador entablado por una pequeña compañía farmacéutica ecuatoriana denominada *Nueva Industria Farmacéutica Asociada*, S.A. (“NIFA”).

2. MSDIA ha procedido en el presente caso con gran renuencia. MSDIA y sus empleados tienen gran respeto hacia el pueblo ecuatoriano y tienen una larga historia de trabajo constructivo con instituciones del Gobierno de Ecuador. Como se analiza más adelante, MSDIA invirtió por primera vez en Ecuador en 1973, y desde entonces ha tenido operaciones comerciales significativas, empleados dedicados y propiedad (tanto bienes raíces como personalidad [sic]) allí. MSDIA ha provisto medicinas, prescritas por médicos ecuatorianos para ciudadanos ecuatorianos y, al hacerlo, ha desempeñado un papel en salvaguardar la salud de la ciudadanía de Ecuador. MSDIA ha formado un equipo de trabajo con el gobierno ecuatoriano en una importante campaña de salud pública que ha eliminado virtualmente una enfermedad tropical grave. Y MSDIA ha intentado de muchas otras maneras ser un buen ciudadano corporativo y promover relaciones constructivas con el gobierno y el sector privado de Ecuador.

3. Sin embargo, lamentablemente, las denegaciones de justicia perpetradas por el sistema judicial de Ecuador en el litigio con NIFA han violado gravemente los derechos de MSDIA, tanto según las leyes ecuatorianas, así como también en los términos del Tratado, y han amenazado con la destrucción del negocio de MSDIA en Ecuador.

4. NIFA – una compañía dirigida por un hombre que tiene antecedentes públicos demostrados de actos corruptos y con utilidades anuales de apenas \$2.000 en el año 2002 – inició el juicio cuando sus negociaciones con MSDIA para la compra de la pequeña fábrica de MSDIA cerca de Quito fracasaron a inicios del 2003. Las partes avaluaron la fábrica en solo \$1,5 millones. Sin embargo, los jueces ecuatorianos en la corte de primera instancia en el 2007 y la corte de apelaciones en el 2011 – jueces que, al igual que el principal de NIFA han sido acusadas públicamente de corrupción en otras cuestiones – emitieron sentencias irracionales y sencillamente ilegales por **\$200 millones** y **\$150 millones**, respectivamente. Esas sentencias no tienen ninguna base en derecho o de hecho y exceden con mucho el valor de los activos de MSDIA en Ecuador.

5. Una vez que se hizo evidente que la controversia de esta pequeña empresa había llegado a ser un riesgo para la existencia de la empresa de MSDIA, MSDIA dedicó, desde luego, esfuerzos y recursos proporcionales para salvar esa empresa. Finalmente, cuando parecía que ninguna institución nacional estaba dispuesta a hacer justicia imparcial en este caso, MSDIA se vio compelida a iniciar este arbitraje.

6. Los procesos en las cortes ecuatorianas de primera instancia y apelación y sus sentencias denegaron justicia en sus laudos absurdos de indemnización por daños, sus determinaciones de responsabilidad civil y sus sistemáticas y flagrantes denegaciones del debido proceso que privaron a MSDIA de la notificación justa sobre los sucesos y plazos críticos. Con respecto a cuestiones puramente procesales, se permitió que el único testigo de NIFA a nivel de primera instancia testificara dos veces sin notificación previa al abogado de la defensa de MSDIA en la primera instancia, quien por esa razón no pudo interrogar al testigo. A nivel de apelación, el tribunal de apelaciones nombró primero a peritos independientes altamente calificados sobre responsabilidad civil y daños que no encontraron base alguna para responsabilidad civil o para la solicitud de indemnización por daños presentada por NIFA, pero luego reemplazaron a esos peritos con los llamados “peritos” no calificados, a quienes el Consejo de la Judicatura posteriormente consideró no calificados para servir en calidad de peritos, cuyos informes dictaminaron que MSDIA era responsable legalmente y pretendieron validar el laudo de indemnización por daños irracional solicitado por NIFA. La corte de apelaciones también hizo caso omiso de **todas** las pruebas y dictámenes periciales presentados por MSDIA con la aseveración infundada de que MSDIA había “renunciado” a su derecho a basarse en pruebas. Por lo tanto, la corte de apelaciones basó su sentencia únicamente en la prueba presentada por NIFA y en las opiniones de “peritos” no calificados y seleccionados de manera irregular.

7. Las sentencias dictadas por la corte de primera instancia y la corte de apelaciones también denegaron justicia en sus determinaciones de responsabilidad. La única alegación que NIFA argumentó fue un reclamo antimonopolio (también denominado “libre competencia”). NIFA afirmó que MSDIA había abusado del “poder en el mercado”, sea en el mercado farmacéutico o en el mercado de bienes raíces adecuado para fábricas farmacéuticas, en su negativa a vender su pequeña planta a NIFA.

8. Sin embargo, como MSDIA ha demostrado y como el propio grupo de peritos iniciales altamente calificados de la propia corte de apelaciones dejó en claro, MSDIA no tenía ningún poder en el mercado en ningún mercado. Como el perito designado por la corte explicó, la participación de MSDIA en el mercado farmacéutico de Ecuador era inferior al 3% y había otras numerosas parcelas de bienes raíces – incluido un lote grande, rústico, cerca de la instalación de MSDIA que ya era de propiedad de NIFA – adecuada para una fábrica de la clase que NIFA deseaba poseer y operar. Además, Ecuador no tenía ninguna ley antimonopolio sustantiva en el 2002 ni durante muchos años después. Los dictámenes sobre responsabilidad civil, al igual que el laudo de indemnización por daños, eran por lo tanto absurdos y sin ningún fundamento en la norma jurídica. Sujeta a esas decisiones irracionales, MSDIA inició este arbitraje el 29 de noviembre del 2011 y presentó su solicitud de medidas provisionales el 12 de junio del 2012, esta última para solicitar solo que se suspendiese la ejecución de toda sentencia definitiva hasta que este Tribunal haya tenido la oportunidad de decidir sobre el fondo.

9. Aunque la experiencia de MSDIA y la reputación más general del sistema judicial de Ecuador indujo a MSDIA a creer que el recurso a la Corte Nacional de Justicia de Ecuador (“CNJ”) – la corte de más alto nivel en Ecuador – era casi ciertamente fútil, MSDIA presentó una petición de casación en esa corte, y NIFA interpuso su propia petición. La CNJ tuvo, por lo tanto, la oportunidad de corregir estas denegaciones de justicia fundamentales, revertir la determinación de responsabilidad y proteger y mantener

el imperio de la ley.

10. Al decidir apenas dos semanas después de la audiencia de este Tribunal sobre medidas provisionales y con la decisión inminente de este Tribunal sobre medidas provisionales, la CNJ reconoció la irracionalidad y falta total de fundamento en la determinación de la corte de apelaciones de la responsabilidad basada en el antimonopolio y su laudo de indemnización por daños de \$150 millones a favor de NIFA. La CNJ anuló esas decisiones con un lenguaje firme que transmitía su apreciación de su total falta de fundamento fáctico y legal. Ninguna corte competente que intentara proteger y conservar la apariencia de legitimidad podía haber decidido lo contrario.

11. Sin embargo, por desgracia, la CNJ no puso fin en ese mismo momento a las denegaciones de justicia. En cambio, la CNJ procedió a dar crédito y basarse expresamente en los hechos relacionados con la responsabilidad determinados por la corte de apelaciones corrupta y parcializada y a dictar *su propia* sentencia contra MSDIA por \$1,57 millones basada en una nueva teoría legal, *teoría que NIFA ha repudiado expresamente a lo largo de todo el proceso y sobre la cual NIFA y MSDIA habían acordado que la corte carecía de jurisdicción sobre la materia.*

12. Al dictar sentencia sobre esa base, la CNJ denegó a MSDIA toda notificación y oportunidad de que sea escuchada sobre cuestiones cruciales, entre ellas, si la corte tenía jurisdicción, cuáles podrían ser los elementos de la nueva teoría legal, y si la prueba en el expediente corroboraba una determinación de responsabilidad civil de acuerdo a la nueva teoría legal. Además, al decidir sobre la base de las determinaciones de hecho irregulares e influidas de manera corrupta de la corte de apelaciones, la CNJ incorporó las denegaciones de justicia de esa corte a su propia sentencia. Y por el hecho de ni siquiera devolver la causa a una corte capaz de recibir las pruebas sobre la cuestión antes de dictar sentencia, la CNJ denegó a MSDIA toda oportunidad de presentar pruebas exculpatorias relacionadas con la teoría sobre responsabilidad civil recientemente inventada de la CNJ.

13. Específicamente, la CNJ sostuvo que la teoría de la “competencia desleal” en la cual ésta se basaba era “*completamente diferente*” de la teoría defectuosa antimonopolio o de la “libre competencia” que NIFA había perseguido y en la cual las cortes *infra* se habían basado. La CNJ observó que una teoría de la “competencia desleal” no requiere una demostración de que la parte demandada tuviera poder en el mercado o causara daño a la economía o mercado más grande. En cambio, la responsabilidad civil puede originarse solamente del daño a un competidor. Pero:

a. NIFA había afirmado de manera reiterada y explícita a lo largo del litigio (incluso en la CNJ) que ésta *no* alegó que MSDIA había incurrido en competencia desleal, admitió que los hechos que ésta había aseverado *no* respaldarían un reclamo de competencia desleal, y admitió que ningún reclamo de competencia desleal *no* estaría dentro de la jurisdicción de las cortes sobre la materia, incluida la sala particular de la CNJ en la cual se había planteado la cuestión.

b. Por lo tanto, MSDIA nunca había tenido ninguna razón para incorporar pruebas pertinentes a los diversos posibles elementos de “competencia desleal”; y,

c) La teoría de competencia desleal aplicada por la CNJ se basaba solamente en una disposición constitucional que nunca antes se había interpretado en Ecuador

para resolver asuntos de “competencia desleal”, y la CNJ invocó leyes extranjeras que nunca antes se habían aplicado en Ecuador. Además, incluso si NIFA hubiera perseguido dicho reclamo, la “competencia desleal” de acuerdo a las leyes ecuatorianas – e incluso según las leyes de otros países – requería prueba de la cual se carecía por completo en este caso.

14. Al basarse en determinaciones fácticas a las cuales la corte de apelaciones llegó en flagrante violación de la norma jurídica y al decidir contra MSDIA sobre una base legal sin proveer a MSDIA ni siquiera la mínima notificación u oportunidad de ser escuchada, la sentencia de la CNJ denegó justicia y violó las obligaciones de Ecuador de acuerdo al Tratado. Al proceder así, la sentencia impuso, erróneamente, una responsabilidad de \$1,57 millones a MSDIA, además de las sumas substancialmente mayores que MSDIA gastó en un esfuerzo inútil de responder a las injusticias manifiestamente corruptas e irregulares a las cuales fue expuesta en las cortes ecuatorianas.

15. Por último, el peligro de MSDIA en las cortes de Ecuador continúa. Ninguna apelación directa de la sentencia de la CNJ al amparo de las leyes ecuatorianas fue posible, la cual era de ejecución inmediata y, por lo tanto, MSDIA se vio obligada a pagar la sentencia el año pasado inmediato. No obstante, insatisfecha con la reducción de la indemnización por daños otorgada por la CNJ, NIFA ha interpuesto una acción colateral contra los jueces de la CNJ en la Corte Constitucional de Ecuador, en la cual ha solicitado reparación que, NIFA asevera, debería incluir la orden de que la CNJ restituya o incluso incremente la indemnización por daños otorgada en el dictamen de la corte de apelaciones. En esta llamada “acción extraordinaria de protección”, MSDIA no es una parte. Sin embargo, MSDIA está en riesgo de que se la someta, sin ninguna vía de apelación, incluso a otra sentencia indefendible que (sin ningún recurso o apelación dentro de Ecuador) destruiría su negocio en Ecuador.

16. En consecuencia, por estas razones y como se expone con todo detalle más adelante, MSDIA solicita a este Tribunal decida que Ecuador ha violado el TBI entre los EE.UU. y Ecuador, y ponga a MSDIA en la posición que ésta habría y debería haber estado en ausencia de las múltiples violaciones de Ecuador del TBI y el derecho internacional consuetudinario.

II. ANTECEDENTES

A. *MSDIA ha mantenido una inversión en Ecuador durante cuarenta años*

17. MSDIA, la Demandante en este arbitraje, es una subsidiaria indirecta de Merck & Co., Inc. (“Merck”), “una compañía farmacéutica mundial orientada a la investigación que descubre, desarrolla, manufactura y comercializa una amplia variedad de productos innovadores para mejorar la salud”¹. Merck está incorporada en los Estados Unidos y tiene su sede en el Estado de New Jersey².

¹ Tercera Declaración Testimonial de Jean Marie Canan, de fecha 30 de septiembre del 2013, en párr. 4 (en lo sucesivo, Tercera Declaración Testimonial de Canan).

² Tercera Declaración Testimonial, en párr. 4.

18. Merck es una de las compañías líderes del mundo en la investigación y desarrollo de productos farmacéuticos. Varios de los productos de Merck están en la Lista Modelo de Medicinas Esenciales de la Organización Mundial de la Salud, la cual sirve como una guía para el desarrollo de listas de medicinas esenciales nacionales e institucionales³. Como Jean Marie Canan, Vicepresidenta Ejecutiva – Interventora Global de Merck explica, “Merck es una de las pocas compañías que continúa dedicada al complejo negocio de investigar y producir vacunas. Las contribuciones singulares de Merck han incluido la prevención de enfermedades raras en la actualidad, como el sarampión y la parotiditis, hasta enfermedades cuya prevención nunca se pensó que fueran prevenibles como el herpes zoster y el cáncer de cuello uterino”⁴. En la actualidad, Merck tiene más de 50 productos bajo prescripción en una variedad de áreas terapéuticas, las cuales incluyen la enfermedad cardiovascular, respiratoria, oncología, neurociencia, enfermedades infecciosas, inmunología y la salud de la mujer⁵.

19. Merck también es un ciudadano mundial con una extraordinaria orientación hacia el público. Por ejemplo, como el Dr. William Foege – un connotado experto en salud pública internacional y ex Director de los *United States Centers for Disease Control* – expresó en su crónica hace apenas un año, “Merck aportó la ciencia, producto e inspiración a la aventura farmacológica y filantrópica más importante de nuestro tiempo”, un programa mundial de acuerdo con el cual durante los últimos 25 años “Merck ha provisto mil millones de tratamientos gratuitos” para la terrible enfermedad denominada “ceguera de río”⁶. Como resultado de los esfuerzos prolongados y constantes de Merck – el Dr. Foege explicó – el azote de la ceguera de río está “disminuyendo”: “Hoy en día, podemos incluso presenciar su eliminación, primero en América Latina y en algún momento incluso en las regiones más infectadas de África”⁷.

20. Al igual que Merck, MSDIA está incorporada en los Estados Unidos y tiene su domicilio social en el Estado de Delaware⁸. La sucursal de MSDIA en Quito, Ecuador (“MSDIA Ecuador”) “importa, distribuye y comercializa una amplia variedad de medicinas y vacunas Merck bajo prescripción médica en Ecuador”⁹. Como el Sr. Canan explica, quien además de su función en Merck presta servicios en calidad de Presidente de MSDIA:

“MSDIA Ecuador ha hecho negocio en Ecuador durante cuarenta años, habiendo abierto su primera oficina en el país en 1973. Durante este período, MSDIA Ecuador ha empleado a centenas de ciudadanos de

³ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 13.

⁴ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 14.

⁵ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 15.

⁶ Anexo C-206, Foege, *Global Partners in Fighting Disease*, WASHINGTON POST, de fecha 22 de noviembre del 2012.

⁷ Anexo C-206, Foege, *Global Partners in Fighting Disease*, WASHINGTON POST, 22 de noviembre del 2012.

⁸ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 4.

⁹ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 5.

Ecuador, ha provisto medicinas innovadoras bajo prescripción de médicos de Ecuador a muchos miles de pacientes y ha contribuido ampliamente a la atención de la salud en Ecuador mediante la provisión de educación y capacitación para médicos y medicinas gratuitas para tratar enfermedades endémicas en Ecuador”¹⁰.

21. Como resultado de estos esfuerzos, MSDIA Ecuador se ubica hoy en día entre las 10 primeras compañías farmacéuticas en Ecuador, “con una participación en el mercado de 2,46% y aproximadamente \$30 millones en ventas anuales a clientes en Ecuador” al 2012¹¹. MSDIA tiene más de 100 empleados en Ecuador, “la inmensa mayoría de los cuales son ciudadanos de Ecuador”¹². MSDIA también tiene activos significativos en Ecuador, en forma de sus cuentas bancarias, inventario, cuentas por cobrar y activos fijos que incluyen vehículos, computadoras y equipos de oficina¹³.

22. Como el Sr. Canan explica, “[c]onstruir este negocio requirió una inversión substancial por parte de MSDIA en Ecuador, la cual incluye capital, personal, capacitación y recursos gerenciales”¹⁴. Además, “la venta de productos farmacéuticos en Ecuador requiere inversión significativa y continua a fin de obtener y mantener varios registros y autorizaciones de marketing, para mantener el cumplimiento reglamentario y participar en muchas otras actividades relacionadas con el marketing y la distribución de medicinas y vacunas”¹⁵. La compañía “no habría comprometido esos recursos al negocio si no hubiera tenido la intención de hacer una inversión de largo plazo en el desarrollo de un negocio operativo exitoso en Ecuador”¹⁶.

23. La inversión de MSDIA también ha generado contribuciones significativas para Ecuador. MSDIA Ecuador ha contribuido al desarrollo del mercado farmacéutico en Ecuador a través de la provisión de vacunas esenciales y tratamientos para salvar la vida de personas con VIH, otras enfermedades infecciosas, cardiovasculares y diabetes¹⁷. Como el Sr. Canan relata, MSDIA Ecuador también “contribuye con miles de horas de educación y capacitación para médicos y profesionales de la medicina en Ecuador en forma anual”¹⁸.

24. Entre otras cosas, MSDIA Ecuador ha llevado adelante el programa de Merck para la ceguera de río (antes analizado) en Ecuador; “ha trabajado con el Ministerio de Salud de Ecuador y la Fundación Carter durante catorce años con el afán de eliminar la enfermedad

¹⁰ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 6.

¹¹ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 8.

¹² Tercera Declaración Testimonial, en párr. 9.

¹³ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 10.

¹⁴ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 11.

¹⁵ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 11.

¹⁶ Tercera Declaración Testimonial, en párrs. 15-16.

¹⁷ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 15.

¹⁸ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 20.

endémica de la ceguera de río en las poblaciones pobres” en este país¹⁹. Como resultado de estos esfuerzos, Ecuador llegó a ser en el 2010 el segundo país en el mundo capaz de suspender el tratamiento para la ceguera de río y pronto podría recibir una certificación de la Organización Mundial de la Salud de que se ha eliminado la enfermedad en Ecuador²⁰.

B. La venta de la Planta del Valle de Los Chillos de MSDIA

25. MSDIA construyó una planta farmacéutica de fabricación y envasado en la región del Valle de Los Chillos de Ecuador en 1974. De 1975 al 2003, MSDIA Ecuador usó la planta para el acabado y envasado para algunas de las medicinas Merck que MSDIA Ecuador distribuyó en Ecuador²¹.

26. A finales del 2001, MSDIA tomo una decisión comercial para consolidar sus operaciones manufactureras en América Latina²². Como parte de ese esfuerzo, MSDIA revisó sus operaciones de manufactura en Ecuador y concluyó que estas operaciones deberían transferirse a las plantas de MSDIA en otros países²³. Por lo tanto, MSDIA decidió vender la planta del Valle de Los Chillos, junto con sus equipos, en lo posible²⁴.

27. A inicios del 2002, MSDIA adoptó medidas iniciales para comercializar y vender la planta de Los Chillos. Contrató a Staubach Tie Leung Spanish Americas & Caribbean Inc. (“Staubach”), la sucursal en Panamá de una corredora de bienes raíces líder en el mundo, para que avaluase la planta y promoviese la venta²⁵.

¹⁹ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 19.

²⁰ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 19.

²¹ Tercera Declaración Testimonial, en párr. 7.

²² Véase Anexo C-119, Memorando enviado por Jacob Harel (Merck) para distribución, de fecha 11 de diciembre del 2001; Anexo C-120, Mensaje enviado por correo electrónico por Fanny Coral (Merck) para distribución (con el memorando adjunto), de fecha 8 de febrero del 2002; Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 1 (en respuesta a la Pregunta 2); Anexo C-191, Testimonio de Richard Trent, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 16 de abril del 2010, en 1 (en respuesta a la Pregunta 3). Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párr. 29.

²³ Véase Anexo C-120, Mensaje enviado por correo electrónico por Fanny Coral (Merck) para distribución (con memorando adjunto), de fecha 8 de febrero del 2002. Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párr. 29.

²⁴ Véase Anexo C-122, Mensaje enviado por correo electrónico por Jacob Harel (Merck) para distribución (con memorando y materiales sobre marketing adjuntos), de fecha 26 de febrero del 2002; Anexo C-189, Testimonio de Ernesta Bello Tuñas, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 25 de enero del 2010, en 1-2 (en respuesta a la Pregunta 5); Anexo C-191, Testimonio de Richard Trent, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 16 de abril del 2010, en 1 (en respuesta a las Preguntas 8 y 14). Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párr. 29.

²⁵ Véase Anexo C-151, Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre del 2005, en 1 (en respuesta a la Pregunta 1); Anexo C-191, Testimonio de Richard Trent, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 16 de abril del 2010, en 1 (en respuesta a la Pregunta 14). Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párr. 30.

28. A partir de febrero del 2002, MSDIA y Staubach enviaron notificaciones a más de 100 compañías, incluidas aquellas en América Latina, Europa, Norteamérica y Asia²⁶. Varias compañías expresaron interés en la planta y varios posibles compradores visitaron la planta y presentaron ofertas²⁷.

29. NIFA – una fabricante farmacéutica ecuatoriana que vendía medicamentos sin prescripción médica y con prescripción de genéricos – estuvo entre varios posibles compradores que expresaron interés en la planta del Valle de Los Chillos a inicios del 2002. NIFA tenía una presencia muy pequeña en el mercado farmacéutico ecuatoriano. Su total de *ventas* en el 2002 (año en el cual las negociaciones comenzaron) fue de *solo \$2,4 millones*²⁸. Su total de *utilidades* en el 2000 fue de *apenas \$2.165*²⁹.

30. NIFA expresó interés en adquirir la planta del Valle de Los Chillos y algunos de sus equipos, y MSDIA participó en negociaciones con NIFA. En mayo del 2002, MSDIA y NIFA suscribieron un acuerdo según el cual acordaron mantener como confidencial toda la información comercial que se intercambiare durante el proceso³⁰. En dicho acuerdo de

²⁶ Véase Anexo C-151, Testimonio de Edgardo Jaén, NIFA c. MSDIA, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre del 2005, en 2 (en respuesta a la Pregunta 3); Anexo C-191, Testimonio de Richard Trent, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, de fecha 16 de abril del 2010, en 1 (en respuesta a la Pregunta 16); Anexo C-121, Mensaje enviado por correo electrónico por Doris Pienknagura (Merck) a Jacob Harel (Merck) et al., de fecha 26 de febrero del 2002; Anexo C-124, Mensaje enviado por correo electrónico por Edgardo Jaén (Staubach) a Jacob Harel (Merck) et al. (se adjuntan materiales sobre marketing), de fecha 2 de mayo del 2002; Anexo C-126, Memorando enviado por Gerald Younce (Staubach) para distribución, de fecha 22 de mayo del 2002. Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párr. 31

²⁷ Véase Anexo C-151, Testimonio de Edgardo Jaén, NIFA c. MSDIA, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre del 2005, en 2 (en respuesta a la Pregunta 6); Anexo C-189, Testimonio de Ernesta Bello Tuñas, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, de fecha 25 de enero del 2010, en 1 (en respuesta a las Preguntas 3 y 4); Anexo C-123, Mensaje enviado por correo electrónico por María Barriga (MSDIA) a Jacob Harel (Merck) et al. (y documento adjuntos), de fecha 13 de marzo del 2002; Anexo C-130, Mensaje enviado por correo electrónico por María Barriga (MSDIA) a Jacob Harel (Merck) et al. (y documento adjunto), de fecha 2 de agosto del 2002; Anexo C-132, Mensaje enviado por correo electrónico por Edgardo Jaén (Staubach) a Doris Pienknagura (Merck) Edgardo Jaén et al., de fecha 12 de septiembre del 2002; Anexo C-133, Mensaje enviado por correo electrónico por María Barriga (MSDIA) a Jacob Harel (Merck) et al. (y documento adjunto), de fecha 19 de septiembre del 2002; Anexo C-134, Mensaje enviado por correo electrónico por Doris Pienknagura (Merck) a Jacob Harel (Merck) et al., de fecha 23 de septiembre del 2002. Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párr. 31.

²⁸ Anexo C-20, Informe de Rolf Stern, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 21.

²⁹ Anexo C-20, Informe de Rolf Stern, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 28 (la determinación de las utilidades de NIFA se basó en las declaraciones del impuesto a la renta de NIFA). Las ventas de productos NIFA representaron entre 0.12% y 0.14% del total del mercado farmacéutico entre el 2002 y 2004. Sus ventas de productos genéricos representaron un promedio de solo el 2.7% del mercado farmacéutico de genéricos durante ese período. *Ibidem.* en 3 (la determinación de las acciones de NIFA en el mercado se basó en los datos certificados compilados por Ecuador S.A., una compañía de información e investigación de mercado, e incorporada en nuestro expediente).

³⁰ Anexo C-125, Acuerdo de Confidencialidad entre NIFA S.A. y MSDIA, de fecha 14 de mayo del 2002. En cumplimiento del acuerdo de confidencialidad, MSDIA proveyó a NIFA extensa información con respecto a la planta, los equipos, y la configuración de las operaciones de MSDIA. En conformidad con ese acuerdo, NIFA proveyó posteriormente un “plan comercial” a Staubach, de modo que Staubach pudiera prepararse para

confidencialidad, NIFA y MSDIA acordaron que “[n]ada de lo que se incluyere en este Acuerdo o en cualquiera de las conversaciones realizadas o revelaciones hechas en cumplimiento de dicho Acuerdo se considerará como un compromiso de [NIFA], por una parte, o de MSD[IA], por otra parte, de involucrarse en ninguna relación, contrato o futura transacción comercial entre ellas”³¹.

31. Durante todas las negociaciones posteriores, NIFA expresó reserva acerca de la planta de MSDIA, se quejó en numerosas ocasiones de que estaba obsoleta, que no era adecuada para las necesidades de NIFA y requeriría una revisión y reacondicionamiento completo³². NIFA también dijo en repetidas ocasiones a MSDIA que estaba considerando otras opciones para expandir su negocio, incluso la construcción de su propia planta. En un momento dado, NIFA suspendió las negociaciones, informó a MSDIA que había decidido no comprar la planta porque construir su propia instalación sería menos costoso que realizar las remodelaciones y actualizaciones necesarias en la planta de MSDIA³³. En otro momento, NIFA informó a MSDIA que estaba negociando con Albanova, otra compañía farmacéutica ecuatoriana, para comprar la planta de esa compañía³⁴.

32. El 20 de noviembre del 2002, MSDIA y NIFA se reunieron en las oficinas de Staubach en Panamá. Las partes analizaron los términos y condiciones de una venta

ayudar a NIFA en la obtención de financiamiento para su compra de la planta de MSDIA. Anexo C-151, Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre del 2005, en 11 (en respuesta a las Preguntas 14 y 15).

³¹ Anexo C-125, Acuerdo de Confidencialidad entre NIFA S.A. y MSDIA, de fecha 14 de mayo del 2002, en párr. 6. Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párr. 33

³² Véase Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 2 (en respuesta a la Pregunta 8); Anexo C-189, Testimonio de Ernesta Bello Tuñas, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 25 de enero del 2010, en 4-5 (en respuesta a las Preguntas 19, 20, 21, y 24); Anexo C-128, Mensaje enviado por correo electrónico por Fanny Coral (Merck) a Jacob Harel y Ernesta Bello (Merck) (donde se adjunta la carta enviada por el Gerente General de NIFA Miguel García a Ernesta Bello), de fecha 1 de julio del 2002; Anexo C-131, Mensaje enviado por correo electrónico por Edgardo Jaén (Staubach) a Doris Pienknagura (Merck) et al., de fecha 8 de agosto del 2002 (reenvío de mensaje por correo electrónico del Gerente General de NIFA Miguel García a Edgardo Jaén, de fecha 8 de agosto del 2002). Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párr. 34

³³ Véase Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 2 (en respuesta a las Preguntas 7 y 10); Anexo C-189, Testimonio de Ernesta Bello Tuñas, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 25 de enero del 2010, en 3-4 (en respuesta a la Pregunta 18); Anexo C-127, Intercambio de mensajes por correo electrónico que involucran a Ernesta Bello (Merck) y Jacob Harel (Merck) et al., de fecha 12 de junio del 2002; Anexo C-135, Mensaje enviado por correo electrónico por Edgardo Jaén (Staubach) a Doris Pienknagura (Merck) et al., de fecha 23 de septiembre del 2002. Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párr. 34

³⁴ Véase Anexo C-189, Testimonio de Ernesta Bello Tuñas, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 25 de enero del 2010, en 5 (en respuesta a la Pregunta 25); Anexo C-129, Intercambio de mensajes por correo electrónico que involucran a María Fernanda Andrade (Staubach) y Edgardo Jaén (Staubach) et al., de fecha 12 de julio del 2002. Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párr. 34

propuesta, la cual incluía el precio, las obligaciones tributarias y el método de pago³⁵. Sujetas a llegar a un acuerdo final sobre todos los términos y condiciones, las partes acordaron en principio un precio de compra de \$1,5 millones³⁶. El mismo día, MSDIA puso por escrito los términos y condiciones analizados en la reunión en Panamá en un documento escrito titulado “Resumen de la reunión entre MSD Ecuador y NIFA”, y NIFA aceptó los términos especificados en ese documento vía correo electrónico el 26 de noviembre del 2002³⁷. El documento comunicado por MSDIA a NIFA dejó en claro que éste no era ni una carta de intención ni un contrato, afirmó que “éste no vinculante a las partes a nada de lo anterior mientras no se suscribiese una carta de intención o un contrato”³⁸.

33. Menos de una semana después de la reunión en la ciudad de Panamá, MSDIA descubrió que, mientras negociaba para la compra de la planta de MSDIA, NIFA había solicitado y obtenido ciertos registros del Ministerio de Salud de Ecuador para producir el medicamento Rofecoxib, un medicamento con patente bajo la cual MSDIA tenía el derecho exclusivo a comercializar en Ecuador³⁹. El Rofecoxib, que se vendía en Ecuador bajo la marca registrada “Vioxx”, era la patente más valiosa de MSDIA en Ecuador al momento⁴⁰.

34. Las acciones de NIFA indicaban que ésta planeaba manufacturar el Rofecoxib en violación de los derechos exclusivos de MSDIA, lo cual podía causar daños substanciales al negocio de MSDIA en Ecuador. Además, los planes aparentes de NIFA de violar los derechos de propiedad intelectual de Merck con respecto al Rofecoxib dieron lugar a una preocupación más general acerca de otras maneras en las cuales las prácticas de negocios

³⁵ Anexo C-5, Resumen de la Reunión entre MSDIA y NIFA, de fecha 20 de noviembre del 2002. NIFA no había asegurado el financiamiento para la compra de la instalación al momento de la reunión del 20 de noviembre del 2002. Como resultado, Staubach identificó posteriormente una fuente de financiamiento, la cual, según las partes creían, estaría disponible para NIFA hacia marzo del 2003. Véase *ibidem*. Véase también Anexo C-151, Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre del 2005, en 3-4 (en respuesta a las Preguntas 9 y 13); Anexo C-191, Testimonio de Richard Trent, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 16 de abril del 2010, en 1 (en respuesta a la Pregunta 20); Anexo C-139, Mensaje enviado por correo electrónico por Edgardo Jaén (Staubach) a Jacob Harel (Merck), de fecha 17 de enero del 2003

³⁶ Anexo C-5, Resumen de la Reunión entre MSDIA y NIFA, de fecha 20 de noviembre del 2002

³⁷ Anexo C-5, Resumen de la Reunión entre MSDIA y NIFA, de fecha 20 de noviembre del 2002 enviado por el Gerente General de NIFA Miguel García a Edgardo Jaén (Staubach), de fecha 25 de noviembre del 2002 (donde se indica la aprobación de las actas por parte de García).

³⁸ Anexo C-5, Resumen de la Reunión entre MSDIA y NIFA, de fecha 20 de noviembre del 2002.

³⁹ Véase Anexo C-7, Mensaje enviado por correo electrónico por Héctor Tejeda (Merck) a Jacob Harel (Merck), de fecha 26 de noviembre del 2002; Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 2-3 (en respuesta a la Pregunta 12)

⁴⁰ Véase Anexo C-7, Mensaje enviado por correo electrónico por Héctor Tejeda (Merck) a Jacob Harel (Merck), de fecha 26 de noviembre del 2002; Anexo C-170, Testimonio de Nelson Fernando Bonilla Camacho, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 28 de mayo del 2009, en 2 (en respuesta a las Preguntas 9 y 10); Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 2-3 (en respuesta a la Pregunta 12); Anexo C-138, Carta enviada por Alejandro Ponce Martínez a Miguel García, de fecha 2 de diciembre del 2002.

inescrupulosas podrían causar daño al negocio de MSDIA⁴¹. Dadas las acciones de NIFA, MSDIA tenía la preocupación de que, si NIFA adquiría la planta y los equipos de MSDIA, NIFA podría manufacturar y comercializar copias de otros productos que MSDIA producía de manera que podría confundir a los consumidores en cuanto a su verdadero origen⁴².

35. MSDIA explicó estas preocupaciones a NIFA, y en una reunión en las oficinas de MSDIA en Quito el 22 de enero del 2003, MSDIA indicó que procedería a la venta propuesta si NIFA acordaba que durante cinco años después de la venta ésta no produciría copias de los productos de MSDIA en la planta⁴³. Después de algunas conversaciones preliminares acerca de su propuesta, el representante de NIFA se retiró de la reunión y terminó las negociaciones⁴⁴.

36. MSDIA inició posteriormente las negociaciones con Ecuaquímica, una compañía ecuatoriana activa en el sector farmacéutico. En julio del 2003, MSDIA vendió la planta (sin los equipos) a Ecuaquímica por un precio total de \$830.000⁴⁵.

C. *El Litigio NIFA contra MSDIA*

1. El proceso en la corte de primera instancia

37. El 16 de diciembre del 2003, NIFA presentó una denuncia contra MSDIA en la Segunda Sala de lo Civil de Pichincha (la corte de primera instancia)⁴⁶. De acuerdo a la división de la jurisdicción sobre la materia dentro del sistema judicial de Ecuador, la corte de primera instancia es parte del sistema judicial de lo civil de Ecuador y, por lo tanto, posee jurisdicción sobre la materia solo en reclamaciones en materia civil, y no en materia penal o administrativa⁴⁷.

⁴¹ Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 3 (en respuesta a la Pregunta 14).

⁴² Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 3 (en respuesta a la Pregunta 18).

⁴³ Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 3-4 (en respuesta a las Preguntas 19 y 20).

⁴⁴ Anexo C-173, Testimonio de Doris Pienknagura, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 5 (en respuesta a la Pregunta 25). Véase también Anexo C-8, Memorando enviado por Jacob Harel (Merck) para distribución, de fecha 22 de enero del 2003.

⁴⁵ Anexo C-11, Informe de Omar Herrera R., *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 25 de octubre del 2004, en 4. MSDIA suscribió la escritura de compraventa para la planta con una filial de Ecuaquímica. MSDIA vendió los equipos por separado a otras. *Ibidem.* en 2-3. Véase también Anexo C-191, Testimonio de Richard Trent, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 16 de abril del 2010, en 1-2 (en respuesta a las Preguntas 24, 25, y 27)

⁴⁶ Anexo C-10, Denuncia de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 16 de diciembre del 2003.

⁴⁷ Véase Informe Pericial del Profesor Carlos Humberto Páez Fuentes, de fecha 1 de octubre del 2013, en párr. 10 [en lo sucesivo, Informe Pericial del Profesor Páez]

a) La denuncia de NIFA

38. La denuncia de NIFA alegaba que MSDIA se había involucrado en un “fraude perpetrado intencionalmente”, que supuestamente pretendía “impedir que [NIFA] compitiera en el mercado con varios de sus productos farmacéuticos genéricos”⁴⁸. Específicamente, la denuncia alegaba que MSDIA nunca había intentado vender a NIFA su planta farmacéutica, pero en cambio afirmaba con falsedad que MSDIA había usado las negociaciones como un pretexto para obtener los planes comerciales confidenciales de NIFA y evitar que NIFA expandiere su negocio⁴⁹. NIFA también afirmó con falsedad que sufrió por lo menos **\$200 millones** en daños como resultado de la pretendida demora en sus planes de expansión – monto que era **133 veces** mayor que el precio de compra propuesto de la planta (\$1,5 millones), cerca de **100.000 veces** las utilidades anuales de NIFA en el 2002, y **10 veces** los ingresos por ventas de todo el mercado de genéricos ecuatoriano en el 2002⁵⁰.

39. Aparte de las alegaciones generales del supuesto “fraude” de “MSDIA”, la denuncia de NIFA no identificó ninguna base legal reconocida para la responsabilidad civil o el reclamo legal o la teoría de responsabilidad civil en la cual NIFA se basó⁵¹. La denuncia sugería que MSDIA había violado el Artículo 244, Numeral 3 de la Constitución de Ecuador de 1998, vigente al momento de la denuncia de NIFA⁵², el cual dispone que “[d]entro del sistema de la economía social de mercado, el Estado ... [p]romoverá el desarrollo de las actividades y mercados competitivos, [y f]omentará la libre competencia y castigará, de acuerdo con la ley, las prácticas monopólicas y otras prácticas que la impidan y distorsionen⁵³”. Sin embargo, la denuncia de NIFA no proveyó ninguna indicación en cuanto a cómo se podría responsabilizar a MSDIA de acuerdo a esta disposición constitucional.

40. Como MSDIA explicó en su respuesta a la denuncia de NIFA, el Artículo 244, Numeral 3 de la Constitución Ecuatoriana de 1998 no creó una base para ninguna clase de

⁴⁸ Anexo C-10, Denuncia de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 16 de diciembre del 2003, en 8.

⁴⁹ Anexo C-10, Denuncia de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 16 de diciembre del 2003, en 8.

⁵⁰ Anexo C-10, Denuncia de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 16 de diciembre del 2003, en 9. Véase también Anexo C-5, Resumen de la Reunión entre MSDIA y NIFA, de fecha 20 de noviembre del 2002 (donde se especifica el posible precio de compra de \$1.5 millón); Anexo C-6, Mensaje enviado por correo electrónico por NIFA General Manager Miguel García a Edgardo Jaén (Staubach), de fecha 25 de noviembre del 2002 (donde se indica el acuerdo de García con el resumen de MSDIA); Anexo C-20, Informe de Rolf Stern, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 16, 28 (donde se calculan las utilidades de NIFA en el 2002 y los ingresos en el mercado farmacéutico de genéricos ecuatoriano en el 2002).

⁵¹ Véase Declaración Testimonial de Alejandro Ponce Martínez, de fecha 2 de octubre del 2013, en párr. 5 [en lo sucesivo, Declaración Testimonial de Ponce Martínez]. Anexo C-10, Denuncia de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 16 de diciembre del 2003.

⁵² La Constitución de Ecuador de 1998 fue reemplazada por una nueva Constitución, la cual fue promulgada en 2008.

⁵³ Anexo CLM-183, Constitución de Ecuador de 1998, artículo 244, no. 3.

responsabilidad civil y, en realidad, era completamente irrelevante para las controversias en materia civil⁵⁴. Mas bien, como su texto dejó en claro, esa disposición no hacía más que describir las obligaciones *del Estado* dentro del sistema de la economía social de libre mercado, prevista en la Constitución⁵⁵.

41. Como se explica más adelante, ninguna corte ecuatoriana había sostenido alguna vez que el Artículo 244, Numeral 3 creara o sustentara una causa de acción privada – sea por violaciones de la ley antimonopolio o de otra manera. El consenso entre los profesionales y expertos constitucionales ecuatorianos era asimismo que la disposición era puramente programática y, en consecuencia, a lo sumo, ordenaba que el gobierno ecuatoriano adoptase medidas para *establecer* leyes antimonopolio para asegurar la promoción de la “libre competencia”⁵⁶.

42. Cuando MSDIA y NIFA iniciaron las negociaciones para la venta de la planta de MSDIA en el 2002, y durante muchos años en adelante, la legislatura de Ecuador no promulgó ninguna ley antimonopolio de acuerdo a lo dispuesto en la directiva constitucional en el Artículo 244, Numeral 3⁵⁷. De hecho, entre 1998 (año en el cual se creó el Artículo 244, Numeral 3) y el 2009 (después que la Constitución de 1998 había sido reemplazada por la Constitución del 2008), el gobierno ecuatoriano reconoció en varias ocasiones tanto que la Constitución de 1998 exigía la promulgación de una ley antimonopolio sustantiva, así como también que no se había adoptado ninguna ley de esa clase:

a. Entre 1998 y el 2003, expertos gubernamentales en antimonopolio provenientes de las naciones de la Comunidad Andina, incluidos representantes de Ecuador, participaron en una serie de reuniones con el propósito de evaluar las posibles revisiones para la Decisión de la Comunidad Andina No. 285, la cual era una decisión de 1991 que establecía estándares antimonopolio para transacciones

⁵⁴ Véase Anexo C-140, Respuesta de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 23 de enero del 2004, en 11. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 8; Informe Pericial del Profesor Manuel Fernández de Córdoba, de fecha 30 de septiembre del 2013 [en lo sucesivo, Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba], en párr. 19 (“En ausencia de la ley que implementara la política descrita en el Artículo 244-3, las partes no podían entablar acciones basadas en el Art. 244-3, y éste no permitía que se determinase que las partes eran responsables de ninguna supuesta ‘violación’ de la política descrita en el Artículo 244-3.”)

⁵⁵ Véase Anexo C-140, Respuesta de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 23 de enero del 2004, en 11.

⁵⁶ Véase Informe Pericial del Profesor Rafael Oyarte Martínez, de fecha 30 de septiembre del 2013, en párr. 8 (“El Artículo 244(3) en sí mismo no prohíbe ninguna conducta”) y párrafo 27 (lo mismo) [en lo sucesivo, Informe Pericial del Profesor Oyarte]. Véase también Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en párr. 17 (“Artículo 244-3 ...no establecía ninguna de las prohibiciones específicas de los operadores del mercado. En cambio, se estableció la obligación del Estado de promulgar la ley para dar forma a la política para promover la libre competencia, incluidos los mecanismos procesales para su protección efectiva”). En Ecuador, al igual que en muchas jurisdicciones en derecho civil, el término “libre competencia” se refiere a lo que se conoce en otras partes como ley antimonopolio.

⁵⁷ Véase Informe Pericial del Profesor Oyarte en párrs. 8, 21-22; Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en párr. 19. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 22

que afectaren la competencia en más de una país miembro⁵⁸. Las actas oficiales que resumían esas reuniones ratifican la ausencia de una ley sobre defensa de la competencia en Ecuador durante todo el período de 1998-2003⁵⁹.

b. En el 2002, el Congreso Nacional de Ecuador aprobó un proyecto de ley que tenía la finalidad de establecer las normas jurídicas para la libre competencia, presumiblemente a la luz del Artículo 244, Numeral 3, pero ese proyecto de ley fue vetado por el Presidente⁶⁰.

c. Siete años después, en marzo del 2009, en el Decreto Ejecutivo No. 1614, el cual estableció la autoridad de Ecuador sobre libre competencia para los fines de aplicar los estándares antimonopolio de la Comunidad Andina dentro de Ecuador, el Presidente Rafael Correa declaró que “Ecuador no tenía una regulación interna para la protección de la competencia económica [en marzo del 2005]”, y no había aprobado todavía una ley antimonopolio interna a la fecha del Decreto Ejecutivo No. 1614⁶¹.

43. No fue sino hasta el 2011 que la legislatura de Ecuador aprobó una ley antimonopolio interna⁶².

b) Procedimiento ante el Juez Toscano Garzón

44. La denuncia de NIFA se asignó al Juez Juan Toscano Garzón, quien presidió todos los procesos en la corte de primera instancia hasta la fase de dictamen de la sentencia, incluida toda la fase probatoria del juicio.

45. Luego de los alegatos iniciales de las partes, el Juez Toscano Garzón ordenó la apertura de un período probatorio de 10 días, que debía correr del 15 de junio del 2004 al 29 de junio del 2004, durante el cual las partes estaban obligadas a presentar todas sus

⁵⁸ Véase Anexo C-12, Decisión de la Comunidad Andina No. 608, de fecha 28 de mayo del 2005, en 1 (donde se describe la Decisión de la Comunidad Andina No. 285, de fecha 21 de marzo de 1991)

⁵⁹ Por ejemplo, el Informe de los Expertos Gubernamentales en Libre Competencia, de fecha 1 de agosto del 2003 — casi precisamente el momento en que NIFA iniciaba el juicio contra MSDIA — resumía los esfuerzos continuos tendientes a revisar los estándares antimonopolio andinos. Este reporte advirtió que las “delegaciones alcanzaron consenso sobre una [disposición] procesal, y dejaron para consulta de Bolivia y Ecuador — *países que no tienen reglas ni autoridades sobre competencia* — los artículos siguientes en las Disposiciones Transitorias”. Anexo C-9, Informe de la Cuarta Reunión de Peritos Gubernamentales en Libre Competencia de la Comunidad Andina, de fecha 1 de agosto del 2003, en 2.

⁶⁰ Véase Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero del 2010, en 90.

⁶¹ Anexo C-19, Decreto Ejecutivo de la República del Ecuador No. 1614, de fecha 14 de marzo del 2009, en 1. Anexo C-15, Decisión de la Comunidad Andina No. 616, de fecha 15 de julio del 2005, artículo 2 (la cual permitió que Ecuador aplicara internamente los estándares antimonopolio No. 608 de la Comunidad Andina, con la condición de que Ecuador creara una autoridad interna sobre competencia).

⁶² Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en p. 4, fn. 5. Véase también Anexo CLM-195, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Suplemento al Registro Oficial No. 555, de fecha 13 de octubre del 2011

pruebas y solicitar el permiso para tomar el testimonio de todos los testigos en los cuales tenían la intención de basarse⁶³.

46. NIFA presentó muy pocas pruebas, casi todas las cuales pretendían tratar sobre los daños que ésta alegaba había sufrido. NIFA, que admitió llevar la carga de la prueba de acuerdo a la ley ecuatoriana⁶⁴, solicitó presentar el testimonio de solo un testigo sobre la cuestión de la responsabilidad civil de MSDIA – una ex empleada de Staubach llamada Anne Usher de Ranson, quien estuvo involucrada en las negociaciones iniciales entre las partes, pero luego se la retiró del proyecto a petición de MSDIA⁶⁵.

45. El viernes, 25 de junio del 2004, NIFA inscribió una petición escrita ante la corte a las 4:55 p.m., en la cual solicitaba (por primera vez) el testimonio de la Srta. Ranson⁶⁶. Minutos más tarde, a las 5:07 p.m., la corte aprobó la petición y ordenó que se tomara su testimonio, pero no estableció una hora o lugar específico para la toma del testimonio⁶⁷. El testimonio de la Srta. Ranson se tomó a las 8:00 a.m. al día siguiente, lunes, 28 de junio, lo cual era muy inusual⁶⁸. E general, cuando una parte solicita el testimonio de un testigo en una corte ecuatoriana, la corte provee a la contraparte en el litigio una notificación y tiempo suficiente para que prepare y presente las preguntas para el contrainterrogatorio⁶⁹. Sin embargo, en el presente caso, el abogado de la defensa de MSDIA no recibió notificación sobre el interrogatorio de la Srta. Usher de Ranson sino después de que el testimonio había comenzado y, como consecuencia, no estuvo presente para observar su testimonio y no tuvo ninguna oportunidad de poner las preguntas para ella en el contrainterrogatorio⁷⁰.

⁶³ Anexo C-141, Orden de la Corte de Primera Instancia del 15 de junio del 2004, *NIFA c. MSDIA* (apertura del período probatorio).

⁶⁴ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en párr. 46.

⁶⁵ Anexo C-144, Testimonio de Anne Karen Ranson [conocida también como Anne Usher de Ranson], *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 28 de junio del 2004, en 1-3 (en respuesta a las Preguntas 3, 4, y 5). La propia Srta. Usher de Ranson testificó que se la retiró del proyecto por no “aceptar” una reconvenición escrita emitida por MSDIA, véase *Ibidem*. en 2 (en respuesta a la Pregunta 4), y varios testigos de MSDIA testificaron posteriormente que la Srta. Usher de Ranson fue retirada del proyecto por falta de efectividad. Anexo C-191, Testimonio de Richard Trent, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 16 de abril del 2010, en 1 (en respuesta a la Pregunta 18); Anexo C-151, Testimonio de Edgardo Jaén, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 18 de octubre del 2005, en 5-6 (en respuesta a las Preguntas 19, 20, 21, y 22).

⁶⁶ Anexo C-142, Petición de NIFA del 25 de junio del 2004, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, en 1-3 (en la cual solicitó que la corte de primera instancia “indicase la fecha y la hora para tomar el testimonio de la Srta. Anne Usher de Ranson” y planteó 12 preguntas para la Srta. Usher de Ranson); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 11.

⁶⁷ Anexo C-143, Orden de la Corte de Primera Instancia del 25 de junio del 2004, *NIFA c. MSDIA*, en 4. La orden indicaba erróneamente que el testimonio debía comenzar “a partir de hoy” el 25 de mayo del 2004, pero la orden se emitió el 25 de junio del 2004. Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 11

⁶⁸ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 11

⁶⁹ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 11.

⁷⁰ Anexo C-145, Petición de MSDIA del 29 de junio del 2004, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, en 1; Anexo C-150, Petición de MSDIA del 1 de septiembre del 2005, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, en 1; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 11.

48. Al día siguiente, el 29 de junio del 2004, el abogado de la defensa de MSDIA objetó el testimonio de la Srta. Usher de Ranson debido a la falta de notificación, solicitó a la corte que permitiese a MSDIA contrainterrogarla, presentó 12 preguntas escritas con ese propósito⁷¹. El 25 de agosto del 2005 (más de un año después de que la Srta. Usher de Ranson testificara inicialmente), NIFA informó a la corte que la Srta. Usher de Ranson, quien era de ordinario residente en Panamá, estaría en Ecuador en los días próximos. La corte emitió entonces un decreto en el cual anunciaba que su contrainterrogatorio tendría lugar en cualquier día a partir del 29 de agosto del 2005 o posteriormente⁷².

49. MSDIA presentó una petición en la cual solicitaba que la corte especificase una fecha y hora para el testimonio, de modo que el abogado de MSDIA pudiera comparecer y confrontar a la testigo, y presentó 18 preguntas adicionales para el contrainterrogatorio⁷³. Pero, inmediatamente después de que la corte se abrió el 29 de agosto del 2005, sin notificación adicional al abogado de MSDIA, mientras la petición de MSDIA de que la corte estableciese la hora para el testimonio continuaba pendiente, la corte tomó el testimonio de la Srta. Usher de Ranson. El abogado de la defensa de MSDIA, una vez más, no estuvo presente⁷⁴. La corte presentó las 12 preguntas originales de MSDIA para la Srta. Usher de Ranson, pero no le formuló a ella las 18 preguntas adicionales que MSDIA había presentado con su petición⁷⁵.

50. La decisión de la corte de permitir que la única testigo de NIFA testificare en dos ocasiones separadas sin previa notificación a MSDIA sobre la hora y el lugar fue sumamente irregular, y privó a MSDIA de una oportunidad de revelar las incoherencias y falsedades absolutas en su testimonio al realizar el contrainterrogatorio⁷⁶. Pese a esto, la corte de primera instancia, la corte de apelaciones, y la Corte Nacional de Justicia, todas, se

⁷¹ Anexo C-145, Petición de MSDIA del 29 de junio del 2004, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 12.

⁷² Anexo C-147, Orden de la Corte de Primera Instancia del 25 de agosto del 2005, *NIFA c. MSDIA*, en 1; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 12.

⁷³ Anexo C-148, Petición de MSDIA del 29 de agosto del 2005, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, en 1 (en la cual solicita que la corte de primera instancia “modifique parcialmente” su dictamen del 26 de agosto e “indique la fecha y hora en las cuales la Srta. Anne Usher debe comparecer a rendir su testimonio, y garantice así a Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation su legítimo derecho a contradecir ...”).

⁷⁴ Anexo C-149, Testimonio de Anne Karsen Renson [a/k/a Anne Usher de Ranson], *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 29 de agosto del 2005, en 1 (“En Quito, el 29 de agosto del 2005 a las 14:20, la Srta. Anne Karsen Renson compareció ante el infrascrito, Juan Toscano Garzón, Abogado, Juez de la Segunda Sala de lo Civil de Pichincha, a fin de rendir su declaración y contestar las preguntas planteadas por la demandada”); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 13

⁷⁵ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 13; compare Anexo C-149, Testimonio de Anne Karsen Renson [también conocida como Anne Usher de Ranson], *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 29 de agosto del 2005, en 1-4 (en respuesta a las preguntas 1-12 planteadas por MSDIA), con Anexo C-145, Petición de MSDIA del 29 de junio del 2004, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, en 2-4 (planteamiento de preguntas 1-12). Véase también Anexo C-146, Petición de MSDIA del 25 de agosto del 2005, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, en 1-4 (donde se plantean las preguntas 13-30)

⁷⁶ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 14

basaron finalmente en el testimonio de la Srta. Usher de Ranson (e ignoraron el testimonio contrario de otros testigos⁷⁷) al determinar a MSDIA responsable con respecto a NIFA⁷⁸.

51. En apoyo de su solicitud de indemnización por daños de \$200 millones, NIFA se basó primordialmente en un llamado “plan de negocios”, de fecha octubre del 2002. El plan de negocios, que fue supuestamente preparado por NIFA con el fin de asegurar el financiamiento para la compra de la planta del Valle de Los Chillos de MSDIA pretendía demostrar el crecimiento esperado de NIFA durante los años 2003-2012 luego de la adquisición⁷⁹.

52. El “plan de negocios” de NIFA se basaba totalmente en supuestos irreales e inverosímiles. Entre otras cosas, suponía que NIFA disfrutaría de ventas de Rofecoxib significativas, lo cual habría violado los derechos de propiedad intelectual, y que ésta alcanzaría un margen de utilidad general que excediera con mucho la utilidad máxima permitida de acuerdo con las leyes ecuatorianas que regulaban el precio de las medicinas⁸⁰. Pero incluso con base en estos supuestos optimistas insostenibles, el plan preveía que las utilidades totales que NIFA podría obtener de la planta de MSDIA entre el 2003 y 2012 totalizarían \$12,9 millones -- ***\$187 millones menos que los \$200 millones en lucro cesante que se alegan en la denuncia de NIFA***⁸¹. Ninguna prueba en absoluto respaldó la cifra mucho más alta que NIFA había reclamado.

⁷⁷ Véase Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 22, 51.

⁷⁸ Específicamente, la corte de primera instancia citó con aprobación el testimonio de la Srta. Usher de Ranson a favor de la absurda proposición de que “[MSDIA] no buscaba vender el bien ofrecido en venta, pero que ésta sí tenía la intención de investigar a las compañías nacionales que eran sus competidoras”. Anexo C-3, Sentencia de la Corte de Primera Instancia, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 17 de diciembre del 2007, en 9. La corte de apelaciones citó a la Srta. Usher de Ranson para la conclusión completamente infundada de que MSDIA sugirió una cláusula de no competir a NIFA en una fase tardía de las negociaciones como parte de un esfuerzo planeado desde hace mucho tiempo para causar daño al negocio de NIFA, véase Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre del 2011, en 13, ignorando por completo la explicación obvia con respecto a la coordinación de la sugerencia de MSDIA – su descubrimiento a finales de noviembre del 2002 de que NIFA había adoptado medidas para producir Rofecoxib en la planta de MSDIA en violación de los derechos de propiedad intelectual de Merck. La Corte Nacional de Justicia, a su vez, se basó en la determinación de la corte de apelaciones, fundamentando su sentencia definitiva en la falsa alegación obvia de que MSDIA sugiriera una condición de no competir como parte de su estrategia para impedir la competencia de NIFA. Véase Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 11.5.

⁷⁹ Anexo C-136, Plan de Negocios de NIFA, en sección II; Anexo C-137, Plan de Negocios de NIFA, en sección IV; Anexo C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 8-11 (plan de negocios resumido)

⁸⁰ Anexo C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 3-4 (donde se resumen las suposiciones irreales en el plan de negocios de NIFA); Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio del 2011, en 24.

⁸¹ Véase Anexo C-10, Denuncia de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 16 de diciembre del 2003.

c) Procesos ante la Jueza Temporal Chang-Huang Castillo

53. El 17 de septiembre del 2007, el Juez Toscano Garzón fue promovido a la corte de apelaciones y reemplazado por la Jueza Temporal Chang-Huang Castillo⁸². Cuando el caso se asignó a la Jueza Temporal Chang-Huang, la fase probatoria del caso había concluido, las partes habían presentado todos los escritos legales y el Juez Toscano Garzón había decretado que el caso estaba listo para decisión⁸³.

54. Los registros de la corte demuestran que después que ella fue asignada al caso, la Jueza Temporal Chang-Huang no adoptó ninguna medida sobre éste durante tres meses, durante los cuales todo el expediente del caso (de más de 6.000 páginas) permaneció sin que se recuperaran ni revisaran los archivos de la corte⁸⁴. Los registros de la corte revelan además que ella emprendió por primera vez acciones judiciales en el caso – “se dio por enterada” de la cuestión, un paso acorde con el proceso civil ecuatoriano mediante el cual el juez normalmente asume la jurisdicción – el 17 de diciembre del 2007, a las 2L06 p.m.⁸⁵. No obstante, menos de tres y media horas después de haberse dado por enterada del caso, la Jueza Temporal Chang-Huang emitió una decisión de 15 páginas en la cual resolvía sobre responsabilidad y daños totalmente a favor de NIFA⁸⁶.

55. La Jueza Chang-Huang sostuvo que la conducta de MSDIA dio lugar a una violación del Artículo 244, Numeral 3 de la Constitución Ecuatoriana de 1998, aunque resulta sorprendente que en su decisión omitiera presentar *por completo* un análisis de *cómo* la conducta de MSDIA violara dicha disposición constitucional, aparte de limitarse a invocar en general la ley antimonopolio y a la retórica antimonopólica.

“The malicious acts of deceit by Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation should be punished, and the judge cannot, in any case, suspend or deny the administration of justice, not even because of obscurity of the law or lack of law. ... Numeral 3 of article 244 of the Political Constitution of the Republic, imposes on the State, the obligation to penalize all practices of monopoly and others that impede or distort free competition. The constitutional regulation declares the illegality of all of those practices that affect or distort competition,

⁸² Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 19.

⁸³ Anexo C-152, Orden de la Corte de Primera Instancia del 26 de octubre del 2006, *NIFA c. MSDIA*, en 1 (presentación del caso para sentencia); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 19.

⁸⁴ Anexo C-3, Sentencia de la Corte de Primera Instancia, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 17 de diciembre del 2007, en 1.

⁸⁵ Anexo C-3, Sentencia de la Corte de Primera Instancia, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 17 de diciembre del 2007, en 1; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 19, 23.

⁸⁶ Anexo C-3, Sentencia de la Corte de Primera Instancia, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 17 de diciembre del 2007, en 15; Anexo C-17, Informe de Inspección Judicial del Expediente en Primera Instancia del Caso *NIFA c. MSDIA*, Patricio Carrillo Dávila, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 19 de diciembre del 2008, en 3 (donde se describe el expediente como un archivo que contiene 6.243 páginas); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 23.

*even more so if these arise from a company with a large economic power that could pose monopoly power.*⁸⁷[NT: Transcripción literal de la cita 87 en inglés en el documento original, p. 16; y traducción no oficial: El acto doloso de engaño por parte de Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation debería sancionarse, y el juez no puede, en ningún caso, suspender o denegar la administración de justicia, ni siquiera debido a la vaguedad de la ley o la ausencia de ley. ... El Numeral 3 del artículo 244 de la Constitución Política de la República, impone al Estado, la obligación de sancionar toda práctica monopólica y otras que impidan o distorsionen la libre competencia. La regulación constitucional declara la ilegalidad de todas las prácticas que afecten o distorsionen la competencia, aun más si éstas se originaren en una compañía con gran poder económico que pueda imponer el poder monopólico”.]

56. La Jueza Temporal Chang-Huang también falló a favor del pago a NIFA de la indemnización total de daños de **\$200 millones** que ésta había solicitado, supuestamente como utilidades que NIFA habría ganado de alguna manera si MSDIA le hubiera vendido la planta, en lugar de venderla a Ecuaquímica⁸⁸. La Jueza Temporal Chang-Huang al parecer se basó exclusivamente en el “plan de negocios” de NIFA para el 2002 en respaldo de este laudo, pese al hecho de que el plan de negocio (cuyo optimismo era tan absurdo) concluía que las utilidades que NIFA podría ganar en conexión con la planta de MSDIA habrían totalizado **menos de \$13 millones al año**⁸⁹.

57. Las circunstancias indicaban que la sentencia no era el producto del propio trabajo de la Jueza Temporal Chang-Huang⁹⁰. La opinión incluía una repetición en gran medida literal de la denuncia de la demandante, con errores topográficos y gramaticales idénticos, los cuales sugerían que los dos documentos se originaron de la misma fuente⁹¹.

⁸⁷ Anexo C-3, Sentencia de la Corte de Primera Instancia, NIFA c. MSDIA, de fecha 17 de diciembre del 2007, en 13.

⁸⁸ Anexo C-3, Sentencia en la Corte de Primera Instancia, NIFA c. MSDIA, de fecha 17 de diciembre del 2007, en 13.

⁸⁸ Anexo C-3, Sentencia en la Corte de Primera Instancia, NIFA c. MSDIA, de fecha 17 de diciembre del 2007, en 14

⁸⁹ Véase *supra* en párr. 52; véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 22 (donde se explica que “la sentencia otorgó a NIFA todos los US \$ 200 millones que ésta había solicitado en su denuncia, sin proveer ninguna explicación o análisis para sustentar la determinación de que NIFA hubiera sido perjudicada o el cálculo de la cuantía de indemnización otorgada, la cual carecía por completo de base en las pruebas en el expediente”).

⁹⁰ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 22-23; Anexo C-18, Informe de Alfonso León Asqui y Dr. Bruno Sáenz Andrade con respecto a la Sentencia en Primera Instancia en NIFA c. MSDIA, MSDIA contra Chang-Huang, de fecha 26 de enero del 2009.

⁹¹ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 22; Anexo C-18, Informe de Alfonso León Asqui y Dr. Bruno Sáenz Andrade con respecto a la Sentencia en Primera Instancia en NIFA c. MSDIA, MSDIA contra Chang-Huang, de fecha 26 de enero del 2009, en 4-9 (donde se detallan similitudes entre la denuncia de NIFA y la sentencia, y se concluye que una sección significativa de la sentencia es “esencialmente, el mismo texto”)

58. Dos peritos lingüísticos compararon el varias otras sentencias dictadas por la Jueza Temporal Chang-Huang con la decisión en *NIFA contra MSDIA*⁹². Los peritos concluyeron, basados en varios indicios que incluían la gramática y el estilo, que la decisión en *NIFA c. MSDIA* probablemente tenían como autor alguien que no era la Jueza Interina Chang-Huang⁹³. Además, como se explica en la Sección II.E.2 más adelante, años después de haber dictado su sentencia en el caso *NIFA c. MSDIA*, la Jueza Temporal Chang-Huang indicó al abogado de la defensa de MSDIA que ella no había sido la autora de la sentencia y ratificó que se le había presionado para que decidiese contra MSDIA⁹⁴.

59. Al contrario de la práctica general en las cortes, MSDIA no recibió ninguna notificación normal sobre la sentencia. Aunque las leyes procesales de Ecuador en general exigen que el secretario de una corte deposite una copia impresa original firmada de una sentencia en el casillero judicial de cada bufete jurídico de los abogados de la defensa en el proceso⁹⁵, nadie puso nunca una notificación de la sentencia de la Jueza Temporal Chang-Huang en el casillero del abogado de la defensa de MSDIA⁹⁶.

60. Además, aunque se transmitió una copia electrónica al abogado de oficio de MSDIA, la versión que se envió había omitido de manera inexplicable la sección de la sentencia que incluía, entre otros puntos cruciales, el laudo de la corte de indemnización por daños de \$200 millones⁹⁷. Por consiguiente, la sentencia que el abogado de la defensa recibió al parecer solo resolvía sobre la responsabilidad, y al parecer reservaba la cuestión relativa a daños para un procedimiento ulterior en el nivel de primera instancia.

61. De acuerdo al derecho procesal ecuatoriano, MSDIA tenía tres días para ejercer su derecho a apelar de la sentencia de la corte de primera instancia. La omisión de la corte en

⁹² Anexo C-18, Informe de Alfonso León Asqui y Dr. Bruno Sáenz Andrade con respecto a la Sentencia en Primera Instancia en *NIFA c. MSDIA*, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 26 de enero del 2009, en 4-9.

⁹³ Anexo C-18, Informe de Alfonso León Asqui y Dr. Bruno Sáenz Andrade con respecto a la Sentencia en Primera Instancia en *NIFA c. MSDIA*, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 26 de enero del 2009, en 4-9. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 23. El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha reconocido que hubo numerosos informes en los medios de comunicación en Ecuador “sobre la susceptibilidad de ... jueces que segmentan y reparten los casos a abogados externos, quienes han escrito las sentencias judiciales y las han devuelto al juez presidente para la firma”. Anexo C-96, Reporte del Departamento de Estado de los Estados Unidos sobre Derechos Humanos por País 2010: Ecuador, en 9.

⁹⁴ Véase *infra* en párrs. 188-192.

⁹⁵ Anexo CLM-190, Código de Procedimiento Civil de Ecuador, artículo 75; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 20.

⁹⁶ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 20; Anexo C-159, Testimonio de María Belén Merchán Mera, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 1, 3 (en respuesta a las Preguntas 4, 5, 15, 16, y 17); Anexo C-158, Testimonio del Dr. Luis Ricardo Ponce Palacios, *MSDIA v. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 2 (en respuesta a la Pregunta 7). Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párrs. 65-67.

⁹⁷ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 20; Anexo C-158, Testimonio del Dr. Luis Ricardo Ponce Palacios, *MSDIA v. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 1-2 (en respuesta a las Preguntas 2, 3, 4, 5, y 6). Véase también Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párrs. 65-67.

proveer notificación a MSDIA en conformidad con su práctica usual al parecer se ha calculado para impedir que MSDIA ejerciera su derecho a apelar dentro del período de tres días que la ley ecuatoriana permite⁹⁸. Pese a esto, MSDIA realizó indagaciones adicionales y pudo interponer su apelación dentro del plazo reglamentario⁹⁹.

2. El proceso ante las cortes de apelación

62. MSDIA apeló de la sentencia de la corte de primera instancia ante la Corte Provincial de Justicia de lo Civil y Mercantil, y ante la corte de apelaciones ecuatoriana¹⁰⁰. El 7 de julio del 2008, el caso fue asignado a la primera Sala de esa corte ante los Jueces Alberto Palacios, Beatriz Suárez y Juan Toscano Garzón¹⁰¹.

63. El Juez Toscano Garzón fue el mismo juez que había presidido el proceso en la corte de primera instancia desde su inicio en el 2003 hasta septiembre del 2007, cuando se lo trasladó de la corte de primera instancia al tribunal de apelaciones. Como se describió anteriormente, el Juez Toscano Garzón había vigilado todo el proceso en la corte de primera instancia, con excepción del dictamen de la sentencia¹⁰².

64. No obstante su participación en los procesos en las cortes inferiores que estaban en apelación, y pese a la petición de MSDIA para su recusación, el Juez Toscano Garzón participó en el primer año de los procesos en la corte de apelaciones – período que incluyó la solución de una petición de desestimación por falta de jurisdicción presentada por MSDIA¹⁰³, así como también el período probatorio formal – antes de que se lo recusase finalmente en junio del 2009¹⁰⁴. Resulta sorprendente que, cuando fue designado para el tribunal de apelaciones y mientras el caso *NIFA contra MSDIA* aún estaba pendiente en su

⁹⁸ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 21.

⁹⁹ Anexo C-159, Testimonio de María Belén Merchán Mera, MSDIA v. Chang-Huang, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 1-2 (en respuesta a las Preguntas 6, 10, y 11); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 20, 26

¹⁰⁰ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 26. Anexo C-156, Escrito de MSDIA del 28 de julio del 2008, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones. Aunque la corte de primera instancia no notificó a MSDIA sobre la sentencia en conformidad con la práctica judicial general, MSDIA se enteró sobre la sentencia y pudo presentar su apelación dentro del plazo reglamentario. Anexo C-159, Testimonio de María Belén Merchán Mera, MSDIA v. Chang-Huang, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 1-2 (en respuesta a las Preguntas 6, 10, y 11)

¹⁰¹ Anexo C-155, Orden de la Corte de Apelaciones del 7 de julio del 2008, *NIFA c. MSDIA*; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en para 27.

¹⁰² Véase *supra* en párrs. 44,53.

¹⁰³ Como se explica más adelante, MSDIA argumentó que las alegaciones en la denuncia de NIFA al parecer estaban destinadas a establecer un reclamo de “competencia desleal”, una teoría de la responsabilidad que involucra prácticas comerciales engañosas que, a diferencia de los reclamos basados en el antimonopolio o la “libre competencia” gira en torno al perjuicio a un competidor pero no a la competencia en general. MSDIA señaló, como lo haría a lo largo de todo el litigio, que las cortes de lo civil de Ecuador no tenían jurisdicción sobre reclamos basados en competencia desleal, los cuales estaban bajo la jurisdicción exclusiva de las cortes de lo contencioso administrativo. Véase *infra* en párr. 68.

¹⁰⁴ Anexo C-186, Orden de la Corte de Apelaciones del 23 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA* (en la cual se ordenó la recusación del Juez Toscano Garzón y se lo reemplazó con el Juez Subrogante Permanente Marco Vallejo Jijón).

corte anterior, el Juez Toscano Garzón nombró al abogado de la defensa en su litigio contra MSDIA – Juan Carlos Andrade – como su “juez alterno” para conocer de las cuestiones para lo cual se había descalificado al Juez Toscano Garzón¹⁰⁵.

65. De acuerdo al Código de Procedimiento Civil de Ecuador, la corte de apelaciones tiene la obligación de emitir un decreto al inicio de un caso en el cual notifica a las partes que éste ha “tomado posesión” formal del caso¹⁰⁶. La parte apelante tiene entonces diez días laborables contados a partir de ese decreto para presentar su apelación inicial¹⁰⁷. Si la parte apelante no presentare su escrito inicial durante la ventana de diez días, la apelante pierde el derecho a apelar de la sentencia de la corte de primera instancia¹⁰⁸.

66. La corte de apelaciones emitió un decreto de toma de posesión del caso *NIFA contra MSDIA* el 15 de julio del 2008, seis meses después que MSDIA inscribiera su notificación de apelación en la corte de primera instancia¹⁰⁹. En consecuencia, el escrito inicial de MSDIA debía presentarse ante la corte diez días laborables después (29 de julio del 2008)¹¹⁰.

67. Sin embargo, una vez más, al menos por cuarta vez, las cortes de Ecuador no proveyeron a MSDIA notificación normal y apropiada. MSDIA no recibió notificación sobre el dictamen del decreto de la corte en conformidad con la práctica ordinaria de la corte. De hecho, MSDIA no fue notificada sobre el decreto de la corte sino menos de una hora antes de que la corte cerrara el 29 de julio, ***el último día del plazo de diez días para la apelación***¹¹¹. Aunque MSDIA se las arregló para inscribir un borrador de su escrito inicial (el cual había preparado con anticipación a recibir el decreto de la corte) apenas minutos antes de que expirara el plazo, la falta de notificación de la corte a MSDIA de que la corte había tomado posesión del caso en conformidad con su práctica ordinaria – al igual que las extrañas omisiones de notificación en la corte de primera instancia – al parecer se han calculado para impedir que MSDIA ejerciese su derecho a apelar¹¹².

¹⁰⁵ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 19; Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre del 2011, en párrs. 51-53; Anexo C-87, Petición de MSDIA del 4 de diciembre del 2008, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3-4 (en la cual se solicita la descalificación del Juez Toscano Garzón).

¹⁰⁶ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 27.

¹⁰⁷ Anexo CLM-190, Código de Procedimiento Civil de Ecuador, artículo 408; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 27.

¹⁰⁸ Anexo CLM-190, Código de Procedimiento Civil de Ecuador, artículo 408; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 27.

¹⁰⁹ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 28.

¹¹⁰ Anexo CLM-190, Código de Procedimiento Civil de Ecuador, artículo 408; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 28.

¹¹¹ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 28.

¹¹² Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 28.

a) **Petición de nulidad presentada por MSDIA**

68. En su escrito inicial en la corte de apelaciones, MSDIA argumentó que las alegaciones en la denuncia de NIFA al parecer tenían la finalidad de establecer un reclamo de “competencia desleal”, una teoría de la responsabilidad civil que involucraba prácticas comerciales engañosas que, a diferencia de los reclamos basados en la ley antimonopolio o en la “libre competencia”, gira en torno al perjuicio a un competidor, pero no a la competencia en general¹¹³. MSDIA señaló que las cortes de lo civil de Ecuador no tenían jurisdicción sobre reclamos basados en competencia desleal, los cuales estaban bajo la exclusiva jurisdicción de las cortes administrativas. MSDIA argumentó que el reclamo de NIFA debía por lo tanto desestimarse por falta de jurisdicción¹¹⁴.

69. En su escrito en respuesta, NIFA dejó en claro que no hacía valer un reclamo de competencia desleal, sino mas bien, que su reclamo se basaba **únicamente** en un a teoría de antimonopolio – un abuso de poder en el mercado – de la teoría de responsabilidad civil:

“La demanda interpuesta por [NIFA] se basa en las prácticas contrarias a la competencia ejecutadas por la compañía demandada. [MSDIA], aprovechándose de su dominio eminente, derivado de su alto poder económico, colocó a mi mandante en una posición de dependencia imponiéndole condiciones de contratación a su propia voluntad. ...**No fue el caso de una demanda por competencia desleal** como ahora afirma la demandada....”¹¹⁵

70. El 12 de diciembre del 2008, después que las partes intercambiaron escritos iniciales, pero antes de la fase probatoria del proceso en la corte de apelaciones, MSDIA inscribió una llamada “petición de nulidad”, en la que solicitaba la desestimación del caso en razón de que la corte de apelaciones, como corte ordinaria en materia civil, no tenía

¹¹³ Anexo C-156, Escrito de MSDIA del 28 de julio del 2008, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en sección 3.1 (“de hecho, el intento de NIFA se basa en alegaciones de que MSDIA ha cometido actos de competencia desleal contra NIFA ...”); *ibidem*. en sección 4.1 (“[L]a Demandante indicó que las acciones de la demandada, las cuales dieron como resultado el fracaso de la compraventa, constituyeron actos de competencia desleal”). Véase también Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en párr. 11 (“En un reclamo de competencia desleal ... una parte demandante debe demostrar que la demandada ha empleado prácticas comerciales desleales y deshonestas que violen los estándares de trato justo aceptados dentro de la industria, y que la parte demandada ha actuado con la intención de apartar a los clientes de la demandante y de hecho ha logrado apartarlos. No requiere y no está preocupado en causar daño al mercado o las condiciones competitivas como un todo, sino más bien causar daño a un competidor particular”).

¹¹⁴ Anexo C-156, Escrito de MSDIA del 28 de julio del 2008, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en sección 3.1 (“La Quinta Disposición Transitoria de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana, actualmente en vigencia, dispone que, en controversias relativas a esta materia (léase: competencia desleal), la jurisdicción corresponderá a las Cortes Distritales para Diferencias Administrativas”); *id*, en sección 4.1 (“Las Cortes Distritales para Diferencias Administrativas tienen exclusiva jurisdicción sobre casos que implican la competencia desleal ...”) Véase también Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en párr. 34 (donde se explica que la Ley sobre Propiedad Intelectual de Ecuador confería a las cortes administrativas la jurisdicción exclusiva sobre reclamos por competencia desleal).

¹¹⁵ Anexo C-157, 9 de octubre del 2008, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 2 (énfasis agregado).

jurisdicción sobre las alegaciones de competencia desleal en las cuales, al parecer, la denuncia de NIFA se fundamentaba¹¹⁶.

71. En su respuesta a la petición de nulidad presentada por MSDIA, NIFA *acordó* que **“los casos de competencia desleal deben ser juzgados por cortes en derecho administrativo”**¹¹⁷.

72. Sin embargo, NIFA argumentó que la corte de apelaciones tenía jurisdicción porque la reclamación de NIFA *no se basaba en competencia desleal*, sino mas bien “solicita la restitución por las acciones contrarias a la competencia ... que aprovechan de la posición financiera dominante [de MSDIA]”, las cuales, NIFA argumentó, eran accionables según la “garantía de libre competencia” en el Artículo 244 de la Constitución de Ecuador de 1998[]”¹¹⁸

[NT: Transcripción literal de la cita 119 en inglés en el documento original, p. 16; y traducción no oficial, a continuación: *“Contrary to what the defendant firm has maliciously claimed in an attempt to obtain a declaration of nullity a valid proceeding in which it was ordered to pay damages after the illegality of its actions was proven, the complaint was not lodged because of acts of unfair competition carried out by [MSDIA], but rather because of acts against free competition performed by said company through bad faith and disloyal tactics while taking advantage of its great economic power, which left [NIFA], a small company, in a situation of dependency upon the defendant. Through its actions, [MSDIA] sought to impose on [NIFA] contract clauses that eliminated its ability to compete, despite the fact that free-market competition was guaranteed under Article 244, Section 3 of the 1998 Constitution in force at that time, under penalty of suffering serious financial harm, since if my client did not accept said clauses, said corporation would deny it access to the new industrial plant, which by January, 2003 had become the only viable option for my client if it was to continue with its program to increase and diversify production.*

*“In this case the court is ruling on the illegality of the acts against free competition carried out by [MSDIA], for which said company must be punished for committing a civil offense against [NIFA]”*¹¹⁹.

“Al contrario de lo que la firma demandada ha alegado dolosamente en un intento de obtener una declaración de nulidad de un proceso válido en el cual se ordenó el pago de indemnización por daños una vez que se probó la ilegalidad de sus actuaciones, la demanda no se interpuso debido a los actos de competencia

¹¹⁶ Anexo C-161, Petición de MSDIA del 12 de diciembre del 2008, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, en párr. 38; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 29

¹¹⁷ Anexo C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero del 2009, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, en 4 (énfasis agregado). Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 30-31.

¹¹⁸ Anexo C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero del 2009, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, en 2. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 30-31.

¹¹⁹ Anexo C-3, Sentencia de la Corte de Primera Instancia, NIFA c. MSDIA, de fecha 17 de diciembre del 2007, en 13.

desleal llevados a cabo por [MSDIA], sino mas bien a causa de los actos contra la libre competencia ejecutados por dicha compañía a través de tácticas desleales y de mala fe mientras se aprovechaba de su gran poder económico, el cual dejó [a NIFA], una pequeña compañía, en una situación de dependencia de la demandada. A través de sus acciones, [MSDIA] buscó imponer a [NIFA] cláusulas contractuales que eliminaban su posibilidad de competir, pese al hecho de que la competencia de libre mercado estaba garantizada al amparo del Artículo 244, Numeral 3 de la Constitución de 1998 vigente en ese entonces, so pena de sufrir serio daño financiero, puesto que si mi cliente no aceptaba dichas cláusulas, dicha corporación le denegaría el acceso a la nueva planta industrial, la cual hacia enero del 2003 había llegado a ser la única opción viable para mi cliente si ésta habría de continuar con su programa para incrementar y diversificar la producción.

“En este caso la corte está decidiendo sobre la ilegalidad de los actos contra la libre competencia llevados a cabo por [MSDIA], por lo cual dicha compañía debe recibir la sanción por haber cometido un delito civil contra [NIFA]”.

73. *NIFA pasó luego a argumentar afirmativamente que la conducta en la cual se fundamentaba su demanda no reunía las condiciones para caracterizarla como competencia desleal.* NIFA caracterizó la noción de que la conducta de MSDIA constituía competencia desleal como “absurda”:

[NT: Transcripción literal de la cita 120 en inglés en el documento original, p. 21; y traducción no oficial:

“[T]he existence of facts of deceit do not make the practices of [MSDIA] a type of unfair competition, as the defendant absurdly asserts.

Acts of unfair competition practices are intended to deprive a competitor of current or potential clients in order to secure that competitor's clients.

Competition exists, but it is not transparent; but rather, a competitor uses all types of sophistry to take clients away from other competitors. On the contrary, acts against free competition are intended to eliminate competition, whether by not allowing a competitor to compete in the market or by forcing it to leave the market. [NT:

“[L]a existencia de actuaciones engañosas no hace que las prácticas de [MSDIA] sean un tipo de competencia desleal, como la demandada a severa de manera absurda. Los actos de prácticas de competencia desleal tienen la finalidad de privar al competidor de clientes reales o posibles a fin de asegurar los clientes de ese competidor. La competencia existe, pero no es transparente; se traba mas bien de que un competidor usa todo tipo de sofistería para quitar a los clientes de otros competidores]. Al contrario, actos contra la libre competencia tienen la intención de eliminar la competencia, sea cuando no se permite que un competidor compita en el mercado o se lo fuerza a salir del mercado.]

“[MSDIA] sought to and got [NIFA] to not compete with it, by preventing [NIFA] from entering the market with a series of products it was developing in its research and development department. . . and thus took advantage of its market power and the position of dependency in which my client found itself to try to impose upon my client an agreement not to produce various pharmaceutical products under penalty of being

deprived of the industrial plant, which did in fact happen and which caused [NIFA] serious economic harm. [NT: “[MSDIA] buscó y consiguió que [NIFA] no pudiera competir con aquélla, al impedir [a NIFA] que ingresara al mercado con una serie de productos que ésta desarrollaba en su departamento de investigación y desarrollo ... **y así se aprovechó de su poder en el mercado y de la posición de dependencia** en la cual mi cliente se encontró para tratar de imponer a mi cliente un acuerdo de no producir varios productos farmacéuticos so pena de ser privada de la planta industrial, lo cual ocurrió de hecho y causó [a NIFA] serio daño económico.]

“Acts against free competition, which were defined as illegal by Article 244, Section 3 of the 1998 Constitution, are being judged on and no laws have been issued that impose criminal or administrative penalties [for such practices]; therefore, a civil judgment is the only recourse for obtaining restitution for the damages and losses sustained. **There is no law which assigns jurisdiction to a specialized court, as the Intellectual Property Law does where it provides that unfair competition cases must be judged by administrative law courts**, and therefore civil courts have jurisdiction [in this case].” [NT: “Actos contra la libre competencia, los cuales se definen como ilegales en el Artículo 244, Numeral 3 de la Constitución de 1998, están siendo juzgados y no se emitido ninguna de las leyes que impongan sanciones penales o administrativas [para dichas prácticas]; por lo tanto, una sentencia en materia civil es solo el recurso para obtener la restitución por los daños y pérdidas sufridos. **No existe ninguna ley que asigne jurisdicción a una corte especializada, como la Ley de Propiedad Intelectual lo hace cuando dispone que los casos de competencia desleal deben ser juzgados por cortes en derecho administrativo y, por lo tanto, las cortes en materia civil tienen jurisdicción** [en este caso]]”¹²⁰.

74. El 20 de enero del 2009, sin indicar una clara razón lógica, la corte de apelaciones emitió un decreto que rechazaba la petición de nulidad presentada por MSDIA¹²¹. Aunque pretendía reservarse el derecho a resolver la cuestión jurisdiccional en su sentencia final (lo cual no hizo), la corte sostuvo que “se ha aprobado que se tramite el caso como un juicio ordinario, pues la demandante solicitó originalmente en los escritos iniciales de la demanda, sobre cuya base declárase que el expediente es válido por haber cumplido los requisitos de forma”¹²².

75. Al rechazar la petición de nulidad presentada por MSDIA, la corte de apelaciones aceptó la caracterización de NIFA de su reclamo como un reclamo antimonopolio y no como un reclamo de competencia desleal¹²³. Desde ese punto del litigio en adelante, las partes y la corte de apelaciones, todas procedieron sobre la base de violaciones de los

¹²⁰ Anexo C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3-4 (énfasis agregado). Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 30-31

¹²¹ Anexo C-165, Orden de la Corte de Apelaciones del 29 de enero del 2009, *NIFA c. MSDIA*, en 1. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 32.

¹²² Anexo C-165, Orden de la Corte de Apelaciones del 29 de enero del 2009, *NIFA c. MSDIA*, en 1.

¹²³ Véase Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 32.

principios antimonopolio planteadas en el reclamo de NIFA y no de un reclamo por competencia desleal¹²⁴.

b) El período probatorio

76. A raíz de su rechazo de la petición de nulidad presentada por MSDIA, la corte de apelaciones (en la cual participó el Juez Toscano Garzón pese a haber manejado el caso en la corte de primera instancia) procedió al fondo del caso. De acuerdo a la ley ecuatoriana, los procesos en la corte de apelaciones se llevaron a cabo *de novo*, con un nuevo período probatorio y una nueva evaluación de todas las pruebas y argumentos jurídicos presentados por las partes sin deferencia a la decisión de la corte de primera instancia¹²⁵.

77. El 22 de mayo del 2009, la corte de apelaciones decretó que habría un período probatorio de diez días, el cual transcurriría entre el 25 de mayo y el 5 de junio del 2009¹²⁶. Durante ese período, MSDIA presentó pruebas documentarias y testimonios fácticos y periciales que demostraban la ausencia de toda base para responsabilidad civil de acuerdo a la ley antimonopolio¹²⁷.

78. Por ejemplo:

a. En respuesta a la determinación sencillamente errónea de la corte de primera instancia de que la planta farmacéutica de MSDIA era el único medio disponible mediante el cual NIFA podría expandir su producción al momento de las negociaciones de las partes, y que MSDIA abusara de su posición dominante en el mercado para privar a NIFA de acceso a esa facilidad, MSDIA solicitó que la corte tomara el testimonio del Sr. Norman Espinel, un corredor y analista de prestigio en bienes raíces residente en Quito¹²⁸. El testimonio del Sr. Espinel estableció de manera concluyente que al momento existía una variedad de alternativas para que NIFA expandiera su capacidad de producción. El Sr. Espinel, citando registros públicos, testificó que NIFA estaba en libertad de expandir su propia facilidad (lo cual NIFA había hecho en realidad luego de las negociaciones), y que NIFA ha poseído un lote vacío cerca de la planta de MSDIA, en el cual pudo haber construido y operado una facilidad para manufacturación farmacéutica de un tamaño superior en tres veces al de la planta de MSDIA¹²⁹. El Sr. Espinel también identificó una diversidad de otras alternativas en el mercado entre el 2002 y 2004,

¹²⁴ Véase Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 32, 34.

¹²⁵ Véase Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 33.

¹²⁶ Anexo C-166, Orden de la Corte de Apelaciones del 22 de mayo del 2009, *NIFA c. MSDIA*, en 1 (período probatorio inicial); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 33.

¹²⁷ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 33.

¹²⁸ Anexo C-167, Primera Petición de MSDIA del 25 de mayo del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 1 (donde se solicitan pruebas).

¹²⁹ Anexo C-169, Testimonio de Norman Xavier Espinel Vargas, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 26 de mayo del 2009, en 2-4. En realidad, como el Sr. Espinel testificó, ya se le había otorgado a NIFA el permiso de acuerdo a las leyes de zonificación que construyese una facilidad. En lugar de hacerlo, NIFA vendió el lote en mayo del 2003. *Ibidem.* en 2-3.

incluidas siete plantas existentes y ubicadas en una zona apropiada para uso industrial, y cientos de otras estructuras y lotes desocupados¹³⁰.

b. MSDIA presentó las pruebas documentarias en las cuales se basó el testimonio del Sr. Espinel¹³¹, y solicitó que la corte nombrase un perito que revisase los registros y confirmase de manera independiente las conclusiones del Sr. Espinel¹³². El perito nombrado por la corte para ese fin, Sr. Manuel Silva, confirmó el testimonio del Sr. Espinel en todos los aspectos pertinentes, y agregó hallazgos clave más allá del alcance del testimonio del Sr. Espinel, incluso el hecho de que NIFA podía haber construido una nueva planta de tamaño similar a la planta de MSDIA en el lote vacío que NIFA ya poseía por una suma comparable al precio de venta tentativo de \$1,5 millones de la planta de MSDIA¹³³.

c. En respuesta a la determinación sencillamente errónea de la corte de primera instancia de que MSDIA poseía una posición dominante en el mercado farmacéutico ecuatoriano, MSDIA presentó datos que establecían las acciones de mercado de MSDIA, NIFA y otras participantes en el mercado farmacéutico, así como también información acerca de los productos ofrecidos que NIFA y MSDIA ofrecían para la venta, y otra información pertinente del mercado¹³⁴. Las pruebas de MSDIA – las cuales incluían pruebas de que la participación de MSDIA del mercado global ecuatoriano era **menor del 3%** -- demostraron de manera concluyente que MSDIA no tenía una posición dominante en el mercado¹³⁵.

d. En respuesta a la conclusión sencillamente errónea de la corte de primera instancia de que MSDIA había usado las negociaciones con NIFA como parte de

¹³⁰ Anexo C-169, Testimonio de Norman Xavier Espinel Vargas, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 26 de mayo del 2009, en 1-2.

¹³¹ Anexo C-175, Primera Petición de MSDIA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (en la que solicita la expansión de su negocio. Por ejemplo, el 20 de junio del 2002, el Gerente General de NIFA, Miguel García, explicó a MSDIA que estaba en conversaciones con la compañía farmacéutica ecuatoriana Albanova para la compra de su planta, y que el precio de Albanova era considerablemente menor. Anexo C-129, Intercambio de mensajes entre María Fernanda Andrade (Staubach) y Edgardo Jaén (Staubach) *et al.*, de fecha 12 de julio del 2002 (mensaje enviado por correo electrónico por Ernesta Bello, de fecha 20 de junio del 2002). El mismo día, NIFA le dijo al representante de MSDIA que NIFA consideraba expandir la operación en su instalación existente. *Ibidem*. Incluso la propia testigo de NIFA, ex empleada de Staubach, Anne Usher de Ranson, testificó en la corte de primera instancia que había por lo menos otras tres plantas farmacéuticas (sin incluir la planta de Albanova) que salió a la venta al mismo tiempo que la planta de MSDIA. Anexo C-144, Testimonio de Anne Kareen Renson [conocida también como Anne Usher de Ranson], *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 28 de junio del 2004, en 4 (en respuesta a la Pregunta 7).

¹³² Anexo C-176, Segunda Petición de MSDIA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 1-4.

¹³³ Anexo C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásconez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 23 de diciembre del 2009, en 9-10.

¹³⁴ Anexo C-172, Petición de MSDIA del 4 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, en 1-2 (donde se adjuntan opiniones de Walter Spurrier y Rolf Stern).

¹³⁵ Anexo C-172, Petición de MSDIA del 4 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, en 1-2.

un complejo plan para impedir que los competidores ingresasen al mercado, MSDIA presentó documentos generados durante las negociaciones, y solicitó el testimonio de varios testigos presenciales, que establecieron de manera concluyente que MSDIA había intentado a través de las negociaciones vender la planta¹³⁶.

79. Como se había hecho en la corte de primera instancia, NIFA no proveyó ningún soporte probatorio para su argumento. NIFA no presentó *ningún testimonio de testigos* en el proceso ante la corte de apelaciones, sea acerca de negociaciones fallidas o de supuestos daños de NIFA.

80. En realidad, NIFA no presentó *ninguna prueba en absoluto* que guardara relación con responsabilidad civil de MSDIA¹³⁷. En particular, aunque NIFA había afirmado de manera reiterada y enfática que su reclamo se basaba en una supuesta violación de la ley antimonopolio, NIFA no pretendió identificar un mercado pertinente en el cual MSDIA supuestamente ocupara una posición dominante. NIFA tampoco presentó *ninguna prueba en absoluto* con respecto a barreras para el ingreso en el mercado farmacéutico ecuatoriano, los efectos de la conducta de MSDIA en ese mercado, el poder de MSDIA para fijar precios independiente de la presión competitiva dentro de ese mercado, o la posibilidad de MSDIA de excluir a competidores de ese mercado.

81. Con respecto a su supuesto lucro cesante, la única prueba que NIFA presentó fue una hoja de cálculo electrónico que contenía “datos de mercado” y supuestas proyecciones de ventas que NIFA afirmaba habían sido preparadas por la compañía de investigaciones de mercado IMS-Ecuador¹³⁸. La hoja de cálculo estaba acompañada de una carta de

¹³⁶ Anexo C-167, Primera Petición de MSDIA del 25 de mayo del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 1 (en la cual se solicita el testimonio de Fernando Bonilla (ex director del centro médico de MSD) y Blanca Solís (auxiliar de Bonilla)); Anexo C-171, Petición de MSDIA del 3 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 1 (en la cual se solicita el testimonio de Doris Pienknagura); Anexo C-177, Tercera Petición de MSDIA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (en la cual se solicita que la corte transmita cartas rogatorias a través de canales diplomáticos para que se tomase el testimonio de la testigo fuera del país, Ernesta Bello (testimonio que debía tomarse en Washington, D.C.)); Anexo C-178, Cuarta Petición de MSDIA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (solicitud similar para Fabiana Lacerca (testimonio que debía tomarse en Washington, D.C.)); Anexo C-179, Quinta Petición de MSDIA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (solicitud similar para Jacob Harel (testimonio que debía tomarse en New Jersey)); Anexo C-180, Sexta Petición de MSDIA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (solicitud similar para Luís Eduardo Ortiz (testimonio que debía tomarse en la ciudad de México)); Anexo C-181, Séptima Petición de MSDIA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones (solicitud similar para Richard Trent (testimonio que debía tomarse en New Jersey)); Anexo C-168, Primera Petición de MSDIA del 26 de mayo del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 2-17 (en la cual se solicita se admitan como pruebas los mensajes por correo electrónico, cartas, y otros documentos generados durante y después de la negociación de las partes para la planta).

¹³⁷ Véase *supra* en párr. 78.

¹³⁸ Anexo C-182, Primera Petición de NIFA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3-4 (donde se describe la hoja de cálculo electrónica); Anexo C-160, Carta enviada por Iván Ponce (IMS-Ecuador) a NIFA, de fecha 9 de diciembre del 2008; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 36.

presentación en una página supuestamente firmada por un empleado de IMS-Ecuador¹³⁹, pero ni la carta ni la hoja de cálculo ni ninguna otra prueba presentada por NIFA, estaba certificada¹⁴⁰ o explicaba de manera significativa los datos o la metodología tras las pretendidas proyecciones de venta en la hoja de cálculo de IMS-Ecuador¹⁴¹.

82. MSDIA informó a la corte que IMS-Ecuador había presentado previamente datos de mercado certificados a MSDIA, los cuales eran incoherentes con los datos de mercado presentados en la hora de cálculo no certificada presentada por NIFA¹⁴². MSDIA también señaló a la corte que la pestaña “metodología” incluida en la hoja de cálculo revelaba que buena parte de los datos incluidos en la hoja de cálculo habían sido provistos por NIFA, no por IMS-Ecuador¹⁴³. MSDIA presentó datos certificados de IMS-Ecuador que estaban en su posesión a la corte en respaldo de su caso¹⁴⁴.

83. Entre otras serias deficiencias, la hoja de cálculo de NIFA incluía cifras sobre ventas con respecto a NIFA que eran mayores que las que NIFA reportó en sus documentos tributarios de presentación obligatoria ante el gobierno de Ecuador, y se proyectaban ventas significativas para NIFA de muchos productos protegidos por patentes Merck¹⁴⁵. Incluso lo que es más fundamental, la hoja de cálculo ni siquiera mencionaba MSDIA o la planta de Los Chillos de MSDIA¹⁴⁶. Por consiguiente, no aportó ninguna base para establecer daños causados por que NIFA no logró adquirir la planta de Los Chillos de MSDIA¹⁴⁷.

84. MSDIA solicitó que la corte de apelaciones tomase el testimonio del empleado de IMS que, según NIFA afirmaba, había suscrito la carta de presentación que acompañaba la

¹³⁹ Anexo C-182, Primera Petición de NIFA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3-4 (donde se describe la hoja de cálculo electrónica); Anexo C-160, Carta enviada por Iván Ponce (IMS-Ecuador) a NIFA de fecha 9 de diciembre del 2008; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 36

¹⁴⁰ Anexo C-185, Escrito de MSDIA del 10 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones.

¹⁴¹ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 36.

¹⁴² Anexo C-185, Escrito de MSDIA del 10 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3 (en el cual se expresan las objeciones al Estudio de IMS de NIFA); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 36

¹⁴³ Anexo C-183, Hoja de cálculo presentada por NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 5 de junio del 2009, pestaña “Metodología” (en la cual se señala que IMS “anualizó los productos actuales de NIFA basada en los porcentajes provistos por el laboratorio”.)

¹⁴⁴ Anexo C-168, Primera Petición de MSDIA del 26 de mayo del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 1 (donde se presentan los datos recibidos por MSDIA entregados por IMS-Ecuador)

¹⁴⁵ Véase Anexo C-184, Escrito de MSDIA del 9 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 2-3 (donde se indican las objeciones al Informe de IMS de NIFA); Anexo C-185, Escrito de MSDIA del 10 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3-4 (donde se plantean objeciones adicionales al Informe de IMS de NIFA). Al igual que el “plan de negocios de NIFA”, la hora de cálculo incluía como “ventas perdidas” las ventas proyectadas de Rofecoxib. Véase *ibídem*. Véase también *supra* en párr. 52.

¹⁴⁶ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 36.

¹⁴⁷ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 36.

hora de cálculo, pero la corte se negó¹⁴⁸. La corte declaró que la hoja de cálculo se había puesto de manera apropiada en el expediente y nunca trató sobre las objeciones restantes de MSDIA¹⁴⁹.

c) Peritos nombrados por la corte

85. De acuerdo a las reglas procesales de Ecuador, una corte está autorizada para nombrar a peritos que provean su opinión sobre cuestiones específicas a petición de una parte. En general, en lo posible, estas personas nombradas por la corte han sido “acreditadas” como peritos en la materia pertinente por la oficina regional del Consejo de la Judicatura de Ecuador¹⁵⁰. Si una parte solicitare que la corte designe un perito en una materia para la cual no existe ninguno de los peritos acreditados, la corte podría solicitar recomendaciones de otras entidades, como, por ejemplo, el ministerio o asociación mercantil pertinente del gobierno ecuatoriano¹⁵¹.

Los peritos nombrados por la corte en la ley antimonopolio

86. Debido a que NIFA argumentó que su denuncia se basó exclusivamente en una violación de la ley antimonopolio, y la corte de apelaciones había aceptado esta posición rechazando la petición de nulidad presentada por MSDIA, MSDIA solicitó que la corte designara un perito en la ley antimonopolio para evaluar si se podía hallar a MSDIA responsable bajo los principios antimonopolio¹⁵². Aunque no hubo ninguno de los peritos acreditados en la ley antimonopolio en el registro del Consejo de la Judicatura de Ecuador (presumiblemente porque Ecuador nunca tuvo una ley antimonopolio), la corte de apelaciones solicitó recomendaciones para dicho perito a la Autoridad Ecuatoriana en Competencia¹⁵³.

87. En respuesta, la Autoridad de Competencia proveyó tres nombres a la corte de apelaciones, uno de los cuales fue el abogado venezolano de prestigio internacional en competencia, Dr. Ignacio de León¹⁵⁴. Con base en la recomendación de la Autoridad en

¹⁴⁸ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 36. Anexo C-185, Escrito de MSDIA del 10 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3; Anexo C-186, Orden de la Corte de Apelaciones del 23 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, en 1 (en la cual se rechaza la solicitud de MSDIA de interrogar a Iván Ponce de IMS-Ecuador)

¹⁴⁹ Declaración Testimonial de Ponce Martínez, en párr. 36.

¹⁵⁰ Véase Anexo CLM-24, Código de Procedimiento Civil de Ecuador, artículo 252.

¹⁵¹ Véase Anexo CLM-24, Código de Procedimiento Civil de Ecuador, artículo 252.

¹⁵² MSDIA también solicitó que el perito nombrado por la corte examinase las conclusiones del perito de MSDIA, un perito peruano en antimonopolio de nombre Dr. Diez Canseco, quien opinó que no había ley antimonopolio en Ecuador al momento de las negociaciones de las partes, que MSDIA no tenía una posición dominante en ningún mercado posiblemente pertinente y que, en todo caso, las acciones de MSDIA eran razonables y no abusivas. Anexo C-176, Segunda Petición de MSDIA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 13-18.

¹⁵³ La Autoridad Ecuatoriana en Competencia se había establecido en marzo del 2009. Véase Anexo C-19, Decreto Ejecutivo de la República del Ecuador No. 1614, de fecha 14 de marzo del 2009

¹⁵⁴ Anexo C-22, Carta enviada por Fausto E. Alvarado C., Autoridad Ecuatoriana en Competencia, a Lupe Veintimilla Zea, Relatora de la Corte para la Corte de Apelaciones, de fecha 29 de junio del 2009. Otro de los peritos en ley antimonopolio recomendado a la corte por la Autoridad en Competencia, Dr. Diego

Competencia, la corte nombró al Dr. De León para que prestase sus servicios como su perito independiente en la ley antimonopolio en respuesta a la solicitud de MSDIA¹⁵⁵.

88. El Dr. De León concluyó que:

a. Los reclamos antimonopolio planteados por NIFA fracasaron necesariamente porque ***no había ninguno de los estándares legales aplicables vigentes que rigieran la libre competencia*** en Ecuador en el 2002 ó 2003¹⁵⁶.

b. Incluso si una prohibición contra actos contrarios a la competencia hubieran estado vigentes en Ecuador, las actuaciones de MSDIA no violaron ninguna norma jurídica de la ley de competencia aceptada, porque, entre otras cosas: (i) MSDIA no tenía una posición dominante en los mercados de farmacéuticos o de bienes raíces¹⁵⁷; (ii) MSDIA no ha estado sujeta a ninguna obligación de vender su planta a NIFA, porque (entre otras cosas) la planta de MSDIA no era, como NIFA había alegado, una “facilidad esencial”¹⁵⁸; y, (iii) incluso si MSDIA hubiera tenido una posición dominante en un mercado pertinente (que no la tenía), MSDIA no hubiera cometido ningún acto que pudiera ser visto como abuso de dicha posición¹⁵⁹.

89. Poco después que el Dr. De León presentara su peritaje independiente, el Dr. Carlos Guerra Román, abogado en derecho de propiedad intelectual ecuatoriano, presentó una solicitud ante el Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura en la cual solicitaba se lo acreditase en calidad de perito en antimonopolio¹⁶⁰. En ese tiempo, no se proveyó a MSDIA notificación sobre la solicitud del Dr. Guerra, y MSDIA no conocía sobre dicha solicitud¹⁶¹.

Petrecolla, perito argentino en antimonopolio, sirvió posteriormente en calidad de testigo pericial sobre las mismas cuestiones para MSDIA, y corroboró las conclusiones a las cuales llegó el Dr. De León. Véase *infra* en párrs. 96-97.

¹⁵⁵ El Dr. De León ha prestado servicios previamente en calidad de director de la Autoridad Venezolana en Competencia. Anexo C-215, Curriculum Vitae de Ignacio De León, Banco Interamericano de Desarrollo. En fecha más reciente, ha provisto servicios de consultoría sobre políticas de competencia a organizaciones como el Banco Mundial, UNCTAD, la Comunidad Andina, y la USAIBÍDEM. Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero del 2010, en 3.

¹⁵⁶ Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero del 2010, en 90, 96.

¹⁵⁷ Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero del 2010, en 95.

¹⁵⁸ Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero del 2010, en 60-61.

¹⁵⁹ Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero del 2010, en 78-81.

¹⁶⁰ Anexo C-25, Solicitud de Carlos Guerra Román de Acreditación como Perito junto con la Acreditación del Consejo de la Judicatura, en 1-2; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 40.

¹⁶¹ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 40.

90. Un hecho que sorprende es que la solicitud del Dr. Guerra no indicaba ninguna experiencia o capacitación previa en la ley sobre competencia de la naturaleza que fuere¹⁶². No obstante, pese a su completa falta de preparación académica y profesional, el Consejo de la Judicatura aprobó la solicitud del Dr. Guerra el mismo día en que ésta se presentó, el 5 de abril del 2010¹⁶³.

91. Las actuaciones del entonces Director Provincial del Consejo de la Judicatura, Marco Rodas Buchell, al acreditar al Dr. Guerra, y de la corte de apelaciones al nombrar al Dr. Guerra como segundo “perito” en ley antimonopolio, sugieren firmemente influencia impropia. Entre otras cosas, como se advierte más adelante, a partir de los hechos en cuestión, el Consejo de la Judicatura de Ecuador ha concluido que el Dr. Guerra sencillamente no estaba calificado para servir en calidad de perito en la ley sobre competencia¹⁶⁴.

92. Un mes después de la acreditación del Dr. Guerra como perito, el 11 de mayo del 2010, NIFA presentó una petición en la cual aseveraba que el Dr. De León había cometido “error esencial” y solicitaba el nombramiento de un perito adicional en materia de antimonopolio para que revisase el informe del Dr. De León¹⁶⁵. En su petición, NIFA no identificó ningún error real cometido por el Dr. De León, pero en cambio mostró desacuerdo con su opinión en cuanto a que no se podía determinar que MSDIA era responsable con respecto a NIFA de acuerdo a algún principio de las leyes ecuatorianas y por ninguna cantidad de indemnización por daños¹⁶⁶.

¹⁶² Anexo C-25, Solicitud de Carlos Guerra Román de Acreditación como Perito junto con la Acreditación del Consejo de la Judicatura; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 40.

¹⁶³ Anexo C-25, Solicitud de Carlos Guerra Román de Acreditación como Perito junto con la Acreditación del Consejo de la Judicatura, en 1-2 (solicitud presentada por el Dr. Guerra el 5 de abril del 2010, y aprobada por el entonces Director Provincial del Consejo de la Judicatura, Marco Rodas Buchell el mismo día)

¹⁶⁴ Véase Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 26 de enero del 2012 (en el cual concluye que el Dr. Guerra carecía de la preparación académica y experiencia profesional que la ley ecuatoriana exige para que lo hayan acreditado de manera apropiada como perito en ley antimonopolio); Anexo C-60, Memorando enviado por María Augusta Peña, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, a Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, de fecha 30 de abril del 2012, y Memorando enviado por Daniela Caicedo, Secretaria de la Dirección General del Consejo de la Judicatura, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, de fecha 4 de mayo del 2012 (lo mismo); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 45.

¹⁶⁵ Anexo C-192, Petición de NIFA del 11 de mayo del 2010, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, en 1-2 (Respuesta de NIFA a Ignacio De León). De acuerdo al procedimiento ecuatoriano, una parte podrá impugnar la opinión de un perito nombrado por una corte mediante la presentación de una solicitud respaldada por prueba, en la que afirme que el perito ha cometido “error esencial”. A solicitud de la parte peticionaria, la corte podrá abrir un período para presentación de pruebas durante el cual ésta aceptará las pruebas de las partes con respecto al supuesto “error esencial”. Durante este período probatorio, la corte podrá nombrar a un perito con mandato limitado para que revise el informe del perito original y opine si éste contiene “error esencial”. Si, con el beneficio de dicha prueba, la corte concluyere que el perito ha cometido de hecho “error esencial”, la corte podrá entonces nombrar a un segundo perito en la misma materia. Véase Anexo CLM-24, Código de Procedimiento Civil de Ecuador, artículo 258

¹⁶⁶ Anexo C-192, Petición de NIFA del 11 de mayo del 2010, NIFA c. MSDIA, Corte de Apelaciones, en 48-50.

93. Aunque la ley ecuatoriana requiere que una petición relativa a “error esencial” plantee una demostración probatoria preliminar de que el perito ha cometido un error, NIFA no proveyó literalmente ninguna explicación o prueba en respaldo de su solicitud¹⁶⁷. No obstante, el 8 de diciembre del 2010, en respuesta a la solicitud de NIFA, la corte de apelaciones (también sin explicación) nombró al Dr. Guerra para que sirva como segundo perito en materia de antimonopolio¹⁶⁸.

94. El 14 de febrero del 2011, el Dr. Guerra presentó un informe en el cual concluía que el Dr. De León había cometido “error esencial” y opinaba al contrario del Dr. De León que se podía determinar que MSDIA era responsable de acuerdo a los principios antimonopolio¹⁶⁹. El informe del Dr. Guerra incluía texto que, obviamente, había sido plagiado de otras fuentes sin hacer referencia al autor, evidentes errores analíticos, descripciones erróneas de la ley ecuatoriana, y aplicación incorrecta de principios antimonopolio ampliamente aceptados¹⁷⁰. Entre otras cosas, el Dr. Guerra concluyó de manera absurda que la planta de MSDIA había constituido una “instalación esencial”, una conclusión que no tenía ningún sentido en absoluto de acuerdo a principios reconocidos de la ley antimonopolio¹⁷¹. El Dr. Guerra concluyó también, si n citar ninguna prueba, que MSDIA tenía una “posición dominante” en el mercado ecuatoriano para productos farmacéuticos¹⁷².

95. El Dr. Guerra plagió ampliamente de trabajos antimonopolio existentes sin citas o sin referencia a los autores. Entre otros, el Dr. Guerra plagió el trabajo de un economista argentino y experto en competencia, Dr. Diego Petrecolla, experto antimonopolio de América Latina quien – al igual que el Dr. De León – había sido recomendado a la corte

¹⁶⁷ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 38.

¹⁶⁸ Anexo C-29, Orden de la Corte de Apelaciones del 8 de diciembre del 2010, *NIFA c. MSDIA*.

¹⁶⁹ Anexo C-32, Informe de Carlos Guerra Román, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 14 de febrero del 2011, en 99-102, 105.

¹⁷⁰ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 42.

¹⁷¹ Anexo C-32, Informe de Carlos Guerra Román, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 14 de febrero del 2011, en 101-102. Como el Dr. De León concluyó con propiedad, a fin de que un recurso se caracterice como una “instalación esencial” como se reconoce el concepto en la ley antimonopolio, una instalación debe estar bajo el control de un monopolista, debe constituir un input sin el cual otras firmas no puedan competir con el monopolista, y su reproducción debe ser impracticable por razones técnicas o financieras. Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero del 2010, en 60-63; véase también Anexo CLM-29, Abbott B. Lipsky, Jr. & J. Gregory Sidak, *Essential Facilities*, 51 *Stan. L. Rev.* 1187, 1211-1212 (1999); Anexo CLM-30, Robert Pitofsky, Donna Patterson & Jonathan Hooks, *The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law*, 70 *Antitrust L.J.* 443, 448-450 (2002). Además, la reparación cuando se determina que una instalación es “esencial” de acuerdo a la doctrina consiste en general en el uso compartido del recurso esencial a cambio de una regalía razonable. En consecuencia, el concepto está más comúnmente relacionado con al acceso compartido a las líneas de servicios públicos que posee una sola empresa. Véase, v.g., Anexo CLM-22, *MCI Commc’ns Corp. v. Am. Tel. & Tel. Co.*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir. 1983) (en el cual se exige que un proveedor de telecomunicaciones provea acceso a la red de servicio local, sobre la cual ésta tenía un monopolio, a los competidores en servicios de larga distancia).

¹⁷² Anexo C-32, Informe de Carlos Guerra Román, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 14 de febrero del 2011, en 100-102

como experto en materia antimonopolio por la Autoridad en Competencia de Ecuador¹⁷³. El informe del Dr. Guerra se apropió indebidamente sin reconocer la autoría del creador de la obra de extensos fragmentos tomados de la obra del Dr. Petrecolla y aplicó erróneamente de manera flagrante sus principios¹⁷⁴. Debido a que él había sido recomendado para la corte de apelaciones por la Autoridad en Competencia, MSDIA solicitó al Dr. Petrecolla que revisase los informes presentados por el Dr. De León y el Dr. Guerra y presentase su propio informe ante la corte, con comentarios sobre el trabajo de los dos peritos nombrados por la corte y proveyese su propia opinión sobre las cuestiones de la ley antimonopolio planteadas en el caso.

96. El 11 de marzo del 2011, MSDIA presentó el informe del Dr. Petrecolla ante la corte de apelaciones. El análisis del Dr. Petrecolla revelaba que el Dr. Guerra había plagiado el propio trabajo del Dr. Petrecolla, explicó que el Dr. Guerra había utilizado y aplicado indebidamente ese trabajo y los principios aplicables de la ley sobre competencia; y explicó que el análisis y las conclusiones del Dr. Guerra eran totalmente infundados¹⁷⁵.

97. Al contrario, el Dr. Petrecolla concluyó después de un análisis minucioso que el informe y los hallazgos del Dr. De León habían reflejado un análisis sólido en materia de antimonopolio y eran totalmente correctos; es decir, no había ninguna base posible para considerar que MSDIA fuera responsable con respecto a NIFA en los hechos en el expediente y, en todo caso, que NIFA no habría sufrido ningún daño¹⁷⁶.

98. La corte ignoró en gran medida los dictámenes de su propio perito nombrado, el Dr. De León, y el otro perito recomendado de manera independiente a ésta por el Ministerio de Competencia, el Dr. Petrecolla¹⁷⁷. En cambio, sin ninguna explicación, la corte adoptó las determinaciones del Dr. Guerra, quien carecía de toda preparación o experiencia en la ley sobre competencia, quien había sido acreditado en circunstancias sumamente cuestionables poco después de que el Dr. De León presentara su informe, y cuyo análisis fue plagiado en gran parte y carecía de toda fundamentación en los principios de la ley de competencia¹⁷⁸.

¹⁷³ Anexo C-22, Carta enviada por Fausto E. Alvarado C., Autoridad Ecuatoriana en Competencia, a Lupe Veintimilla Zea, Relatora de la Corte para la Corte de Apelaciones, de fecha 29 de junio del 2009. El Dr. Petrecolla ha prestado servicios en calidad de Economista Principal para la Comisión Nacional Argentina de Competencia y como Director del Centro para Estudios Regulatorios del Instituto del Banco Mundial. Además, ha asesorado a los gobiernos de El Salvador, Costa Rica, Uruguay y Ecuador en cuestiones relativas a competencia, y ha servido como consultor sobre competencia y regulación en materia de servicios públicos para el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, y la UNCTAD. Anexo C-35, Informe de Diego Petrecolla, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 10 de marzo del 2011, en 3.

¹⁷⁴ Véase Anexo C-35, Informe de Diego Petrecolla, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 10 de marzo del 2011, en 5.

¹⁷⁵ Anexo C-35, Informe de Diego Petrecolla, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 10 de marzo del 2011, en 5.

¹⁷⁶ Anexo C-35, Informe de Diego Petrecolla, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 10 de marzo del 2011, en 5.

¹⁷⁷ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 38, 42.

¹⁷⁸ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 51.

Los peritos en bienes raíces nombrados por la corte

99. Debido a que la teoría de NIFA sobre daños dependía por completo de su alegación de que no había ninguna otra propiedad inmobiliaria en la región de Quito adecuada para una nueva planta (de no ser así, es obvio que NIFA pudo haber cumplido cualquiera de las aspiraciones que tuviera para la expansión con una nueva planta en un sitio diferente), a solicitud de MSDIA¹⁷⁹, la corte de apelaciones nombró a un perito en el mercado de bienes raíces comerciales en Quito, y fue seleccionado el Sr. Manuel J. Silva Vásconez¹⁸⁰.

100. Como se analizó anteriormente, basado en pruebas documentarias incontrovertibles, el informe independiente del Sr. Silva concluyó que NIFA tenía a su disposición *muchas* alternativas para la pequeña y vieja fábrica de MSDIA. Dada la disponibilidad de propiedades sustitutas, el informe del Sr. Silva del 23 de diciembre del 2009 demostró de manera concluyente que NIFA no pudo haber sufrido daño significativo como resultado del fracaso de su intento de adquisición.

101. Entre las determinaciones del Sr. Silva estuvieron sus conclusiones de que:

a. Había varias plantas industriales existentes, disponibles y con zonificación apropiada, otras estructuras, y lotes vacantes en los cuales NIFA podía haber construido una nueva instalación después de haber terminado las negociaciones con MSDIA en enero del 2003¹⁸¹.

b. Por lo menos otra planta farmacéutica estaba en el mercado en el 2003 (que pertenecía a la compañía farmacéutica ecuatoriana Albanova), y otra instalación disponible al momento que Pfizer la compró y convirtió en una instalación para manufactura farmacéutica¹⁸².

c. NIFA poseía un lote vacante cerca de la planta de MSDIA, el cual NIFA vendió a otra compañía ecuatoriana en mayo del 2003, en la cual ésta había permitido de acuerdo a las leyes de zonificación aplicables que se construyera y operara una instalación de manufactura farmacéutica cuyo tamaño era tres veces mayor que el de la planta de MSDIA¹⁸³.

d. NIFA había estado en libertad de expandir su instalación existente después de las negociaciones, y en realidad lo había hecho. Obtuvo un permiso de regularización en el 2005 para una construcción de 1.057 metros cuadrados y obtuvo otro permiso para una expansión adicional de 300 metros cuadrados en el

¹⁷⁹ Véase Anexo C-176, Segunda Petición de MSDIA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 1-4.

¹⁸⁰ Anexo C-174, Orden de la Corte de Apelaciones del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, en 1.

¹⁸¹ Anexo C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásconez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 23 de diciembre del 2009, en 1-6.

¹⁸² Anexo C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásconez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 23 de diciembre del 2009, en 1-2.

¹⁸³ Anexo C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásconez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 23 de diciembre del 2009, en 7-9.

2008¹⁸⁴. De acuerdo a las leyes de zonificación aplicables vigentes en el 2003, NIFA estaba en libertad de construir hasta 29.000 metros cuadrados en su lote, lo cual habría dado como resultado una instalación mucho más grande que la planta del Valle de Los Chillos¹⁸⁵.

102. Sin explicar la base para cualquier objeción al Sr. Silva o sus conclusiones, NIFA solicitó el nombramiento de un nuevo perito y, una vez más sin explicación, la corte de apelaciones cumplió lo solicitado con el nombramiento del Sr. Marco V. Yerovi Jaramillo¹⁸⁶. El Sr. Yerovi emitió luego un informe que (si bien no abordaba y resolvía la cuestión de si el Sr. Silva cometió un error esencial – la *única pregunta* planteada al Sr. Yerovi) fue más favorable para NIFA que el informe del Sr. Silva¹⁸⁷. La corte de apelaciones sencillamente ignoró luego la existencia del informe del Sr. Silva y se refirió a ciertas observaciones en el informe del Sr. Yerovi – pero, en particular, no reconoció varios hallazgos muy importantes en el propio informe del Sr. Yerovi que coinciden con el informe del Sr. Silva y socavaron una determinación de responsabilidad civil¹⁸⁸.

Los peritos en daños nombrados por la corte

103. En una fase previa en el caso, en respuesta a la solicitud de NIFA de un perito en daños nombrado por la corte¹⁸⁹, la corte de apelaciones nombró al Dr. De León, quien es economista y también abogado y erudito de reconocido prestigio internacional en competencia, para que prestara servicios conjuntamente como su perito en daños, así como también en responsabilidad civil antimonopolio¹⁹⁰. El Dr. De León concluyó que NIFA no había sufrido *ningún* daño como resultado del fracaso de la adquisición, no había logrado identificar ningún acto ilegal que pudiera haber causado algún daño, y no había logrado

¹⁸⁴ Anexo C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásconez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 23 de diciembre del 2009, en 7-8.

¹⁸⁵ Anexo C-23, Informe de Manuel J. Silva Vásconez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 23 de diciembre del 2009, en 6-7, 9-10

¹⁸⁶ Anexo C-28, Orden de la Corte de Apelaciones del 26 de octubre del 2010, *NIFA c. MSDIA*.

¹⁸⁷ Anexo C-30, Informe de Marco V. Yerovi Jaramillo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 20 de diciembre del 2010.

¹⁸⁸ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre del 2011, en 11. En particular, el informe del Sr. Yerovi no concluyó que el Sr. Silva haya cometido error esencial. La corte de apelaciones también pasó por alto la prueba de que NIFA había estado en negociaciones paralelas para otro posible espacio para manufactura al mismo tiempo que negociaba con MSDIA – más en particular, consideró la planta Albanova – y que NIFA había considerado la expansión de su instalación existente o la construcción de una nueva instalación en un lote libre urbanizable en lugar de comprar una existente.

¹⁸⁹ Anexo C-175, Primera Petición de NIFA del 5 de junio del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 4-5.

¹⁹⁰ Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero del 2010, en 98; véase también Anexo C-40, Petición de MSDIA del 13 de mayo del 2011, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 1-3.

sustentar sus alegaciones con respecto a lucro cesante, las cuales eran, en el mejor de los casos, totalmente especulativas¹⁹¹.

104. Al igual que con los peritos en materia antimonopolio y bienes raíces nombrados por la corte cuyas conclusiones corroboraron una sentencia a favor de MSDIA, la corte, en cuanto a la solicitud infundada de NIFA, no tomó en consideración las conclusiones del Dr. De León con respecto a daños y nombró a una persona no calificada en calidad de “perito” suplementario nombrado por la corte para que opinase sobre la misma cuestión¹⁹². Como su segundo perito en daños, la corte de apelaciones nombró y finalmente se basó en el dictamen del Sr. Cristian Augusto Cabrera Fonseca, contador ecuatoriano¹⁹³.

105. Al igual que con la acreditación del Dr. Guerra como pretendido perito en antimonopolio, la solicitud de acreditación del Sr. Cabrera no demostró ninguna experiencia previa en el área pertinente de daños y el análisis de lucro cesante. Y, una vez más, al igual que el Dr. Guerra, como se analiza más adelante, el Consejo de la Judicatura de Ecuador ha determinado a partir de estos sucesos que el Dr. Cabrera no estaba calificado para servir como perito en daños¹⁹⁴.

106. El 21 de junio del 2011, el Sr. Cabrera presentó un informe en el cual determinaba que NIFA tenía derecho a **\$204 millones** en indemnización por daños por lucro cesante y que, debería emitirse un laudo que condene a MSDIA al pago de indemnización adicional por daños a favor “del pueblo ecuatoriano” en la cantidad de más de **\$642 millones**¹⁹⁵.

107. Como es obvio, el informe del Sr. Cabrera estaba totalmente apartado tanto de la metodología de cálculo de lucro cesante aceptada, así como también de la realidad. El Sr. Cabrera no logró identificar ningún acto ilegal cometido por MSDIA que hubiera dañado a NIFA, con lo cual volvió imposible que se discerniera la base sobre la cual él concluyó que NIFA sufriera algún daño¹⁹⁶. En forma absurda, Cabrera incluyó en su cálculo de las “pérdidas de ventas” de NIFA las ventas que, de acuerdo a la fuente en la cual el Sr. Cabrera pretendió basarse, NIFA **había hecho en realidad** entre el 2003 y 2008¹⁹⁷. En otras palabras, el Sr. Cabrera sostuvo que MSDIA debería pagar a NIFA el valor de las ventas

¹⁹¹ Anexo C-24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero del 2010, en 47-49, 98.

¹⁹² Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 38-39.

¹⁹³ Como el Dr. Ponce Martínez explica, la corte de apelaciones planteó explicaciones contradictorias e infundadas en cuanto a su nombramiento del Sr. Cabrera. Véase Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 39.

¹⁹⁴ Véase *infra* en párrs. 111-117.

¹⁹⁵ Anexo C-42, Informe de Cristian Augusto Cabrera Fonseca, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 21 de junio del 2011, en 22, 29.

¹⁹⁶ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 43.

¹⁹⁷ Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio del 2011, en 15-16 (en el cual se analiza el informe presentado por el Sr. Cabrera); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 43.

que NIFA realizó de hecho, así como también un inmenso volumen de ventas que él sostuvo (con falsedad) se le había privado a NIFA que hiciera.

108. Además, el Sr. Cabrera pretendió calcular los supuestos daños a NIFA durante un período de 15 años definido de manera arbitraria, el cual finalizaría en el 2018, sin proveer ninguna explicación o base de hecho en cuanto a cómo era posible que la falta de disponibilidad de una sola propiedad podía imponer un perjuicio durante un período de tiempo tan prolongado¹⁹⁸.

109. Para llegar a sus cifras astronómicas, el Sr. Cabrera estimó el margen de utilidad de NIFA durante ese período de 15 años en cerca del 50% – un margen de utilidad más de **15 veces** más alto que el margen histórico de NIFA, y que ***excedía con mucho el margen de utilidad máximo en productos farmacéuticos genéricos que estaba permitido de acuerdo a la ley ecuatoriana***¹⁹⁹. Y el Sr. Cabrera hizo otras numerosas determinaciones asimismo indefendibles y erróneas, que sencillamente serían necesarias para traducir la imposibilidad de una compañía muy pequeña de comprar una instalación genérica pequeña avaluada por las partes en apenas \$1,5 millones y vendida por solo \$830.000 a cerca de mil millones de dólares en pretendido perjuicio.

110. El 15 de julio del 2011, interpuso una petición oportuna en la que acusaba al Sr. Cabrera de haber cometido error esencial y proveyó una base detallada para la acusación, incluido el informe de otro perito bien acreditado en daños (Sr. Carlos Montañez Vásquez) quien concluyó que no había ninguna base concebible para el cálculo del Sr. Cabrera del supuesto lucro cesante de NIFA o para algún daño al pueblo ecuatoriano²⁰⁰. La corte de apelaciones rechazó la petición de MSDIA y se rehusó a considerar el informe del Sr. Montañez²⁰¹.

¹⁹⁸ Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio del 2011, en 11 (en el cual advierte que “[el Sr. Cabrera] no enumera las razones técnicas por las cuales él cree que la práctica usual sea realizar una proyección a cinco años”); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 43.

¹⁹⁹ Véase, v.g., Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio del 2011, en 24; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 43.

²⁰⁰ Anexo C-44, Informe de Carlos Montañez Vásquez, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 15 de julio del 2011, en 2, 26. El Sr. Montañez concluyó que la única base concebible para los daños identificados por el Sr. Cabrera era de \$50.000 en daños consecuentes relacionados con los costes que NIFA afirmó había incurrido en conexión con asegurar el financiamiento para la compra de la planta de MSDIA, pero advirtió que, al parecer, NIFA ha incorporado pruebas al expediente que establecen esos daños. *Ibidem.* en 25-26.

²⁰¹ Anexo C-45, Orden de la Corte de Apelaciones del 19 de julio del 2011, *NIFA c. MSDIA* (donde se rechaza la petición de error esencial presentada por MSDIA con respecto al informe del Sr. Cabrera); Anexo C-46, Orden de la Corte de Apelaciones del 1 de agosto del 2011, *NIFA c. MSDIA* (en el cual se rechaza la solicitud de reconsideración presentada por MSDIA de su Orden del 19 de julio del, en razón de que el Sr. Cabrera era un perito en error esencial, debido a que “no existe ninguna fórmula procesal para probar error esencial con respecto a otro error esencial”). Como el Dr. Ponce Martínez explica, el razonamiento expresado por la corte de apelaciones para rechazar la petición de error esencial planteada por MSDIA no pudo conciliarse, como una cuestión de procedimiento ecuatoriano, con la orden de la corte en la cual nombró al Sr. Cabrera o que la corte se basara en el informe de Cabrera en su sentencia. Véase Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 44 (en el cual concluye que “Las actuaciones de la Corte ... fueron contrarias a la ley

El Informe de enero 2012 en el cual se repudian las acreditaciones para Perito del Dr. Guerra y el Sr. Cabrera

111. Posterior a la decisión de la corte de apelaciones (la cual se analiza en la siguiente sección), la oficina encargada de la acreditación de peritos para nombramiento en materia judicial en la Provincia de Pichincha emitió un informe en el cual concluyó que el Sr. Cabrera y el Dr. Guerra nunca debieron haber sido acreditados como peritos porque sus solicitudes respectivas no lograron demostrar las calificaciones indispensables²⁰².

112. El Director Provincial del Consejo de la Judicatura para Pichincha, Dr. Iván Escandón, emitió un informe, de fecha 26 de enero del 2012, basado en una revisión de los materiales y calificaciones en la solicitud del Dr. Guerra, que el Dr. Guerra “tenía *escaso* conocimiento y experiencia en propiedad intelectual, competencia desleal, ley sobre competencia y ley sobre daños, [porque] ninguno de los certificados que él presentó cubren las áreas antes mencionadas: *es obvio que son incompatibles con los requisitos para que se le considere perito*”²⁰³. En cuanto al Sr. Cabrera, el Dr. Escandón concluyó que él “no ha sustentado con ninguna documentación, conocimientos o experiencia su experticia en el cálculo de daños, daños consecuentes, lucro cesante o tributación. *No está claro por qué él afirma ser un perito*”²⁰⁴.

113. El informe del Dr. Escandón confirmó lo que MSDIA ya había establecido ante la corte de apelaciones: que nunca se debió haber nombrado al Sr. Cabrera ni al Dr. Guerra en calidad de peritos en el caso y que, una vez nombrados, la corte de apelaciones nunca debió haber tomado en consideración ni haberse basado en sus opiniones. La decisión de la corte de apelaciones de nombrar a dos peritos manifiestamente no calificados, en lugar de otros peritos seleccionados de manera independiente y muy prestigiosos era sumamente irregular. En realidad, la insistencia de la corte de apelaciones en aceptar y basarse en las opiniones de esos peritos, sin ninguna justificación legal, y sin corregir las numerosas deficiencias en sus opiniones, demostró la predisposición de la corte a decidir contra MSDIA y a favor de la demandante ecuatoriana independientemente de los hechos y el derecho.

114. El 30 de abril del 2012, María Augusta Peña, abogada del Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, dirigió un memorando al Dr. Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura²⁰⁵. El memorando del 30 de abril

y, en mi opinión, tuvieron claramente la intención de beneficiar a NIFA”.)

²⁰² Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura por Pichincha, de fecha 26 de enero del 2012. MSDIA puso sobre aviso a la Corte Nacional de Justicia en cuanto al informe del Dr. Escandón el 23 de febrero del 2012; Anexo C-59, Petición de MSDIA del 23 de febrero del 2012, *NIFA c. MSDIA*, CNJ; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 45.

²⁰³ Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura por Pichincha, de fecha 26 de enero del 2012, en 2.

²⁰⁴ Anexo C-58, Informe de Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura por Pichincha, de fecha 26 de enero del 2012, en 2.

²⁰⁵ Anexo C-60, Memorando enviado por María Augusta Peña, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, a Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, de fecha 30 de abril del 2012.

del 2012 adoptó y ratificó la determinación previa del Dr. Escandón de que el Consejo de la Judicatura de Pichincha no debió haber acreditado al Sr. Cabrera ni al Dr. Guerra como peritos porque sus respectivas solicitudes no lograron demostrar las calificaciones indispensables²⁰⁶.

115. El memorando de María Augusta Peña recomendó por lo tanto que se solicitase al Director Provincial que “actualizase la [lista de] peritos que estuvieren autorizados al momento y eliminar de la lista a los peritos que no estuvieren actualizados en la actualidad, de manera que únicamente los expertos que fueren idóneos para cumplir esta función constasen en la lista”²⁰⁷. Recomendó de manera específica se ordenase al Director Provincial que corrigiese la acreditación del Sr. Cabrera “de manera que se acredite a dicho perito [solo] en las áreas en las cuales él tuviere experiencia” – *i.e.*, solo en contabilidad²⁰⁸. Sin embargo, no hizo la misma recomendación con respecto a la acreditación del Dr. Guerra, porque el Dr. Guerra ya no estaba acreditado como perito al momento del memorando²⁰⁹.

116. Por último, el memorando de la Srta. Augusta Peña recomendó que se enviasen los materiales pertinentes a la Unidad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, “de modo que pudiera determinarse toda posible responsabilidad de los servidores públicos y servidores judiciales, con respecto a cómo ocurrió la acreditación del [Sr. Cabrera]”²¹⁰.

117. El 4 de mayo del 2012, el Secretario de la Dirección General del Consejo de la Judicatura dirigió un memorando al Dr. Escandón, con el memorando del 30 de abril del 2012 adjunto, y ordenó al Dr. Escandón que implementase las recomendaciones allí

²⁰⁶ Anexo C-60, Memorando enviado por María Augusta Peña, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, a Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, de fecha 30 de abril del 2012, en 3. El memorando del 30 de abril del 2012 determinó que el Dr. Guerra “no reporta experiencia suficiente para considerarlo especialista en ... competencia desleal [o] en derecho de competencia ...” *Ibidem.* en 2. Concluyó que el Sr. Cabrera “no justifica ninguna experiencia ... en el cálculo de daños, lucro cesante ni tributación”. *Ibidem.*

²⁰⁷ Anexo C-60, Memorando enviado por María Augusta Peña, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, a Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, de fecha 30 de abril del 2012, en 3.

²⁰⁸ Anexo C-60, Memorando enviado por María Augusta Peña, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, a Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, de fecha 30 de abril del 2012, en 3.

²⁰⁹ Anexo C-60, Memorando enviado por María Augusta Peña, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, a Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, de fecha 30 de abril del 2012, en 3.

²¹⁰ Anexo C-60, Memorando enviado por María Augusta Peña, Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, a Mauricio Jaramillo, Director General del Consejo de la Judicatura, de fecha 30 de abril del 2012, en 3.

incluidas”²¹¹. Un memorando dirigido al Dr. Escandón el 31 de mayo del 2012 ratificó que la acreditación del Sr. Cabrera como perito en daños y lucro cesante se había revocado²¹².

d) La sentencia de la corte de apelaciones

118. A finales de agosto del 2011, mientras el caso aún estaba pendiente ante la corte de apelaciones, el Consejo de la Judicatura para el Período de Transición de Ecuador, que ha supervisado el sistema judicial, anunció que todos los jueces en servicio en la Corte Nacional de Justicia de Ecuador serían reemplazados a finales de enero del 2012²¹³. Dentro de semanas de ese anuncio, el 23 de septiembre del 2011, la corte de apelaciones emitió una sentencia final en la que ratificaba la sentencia de la corte de primera instancia y falló a favor del pago a NIFA de **150 millones** de indemnización por daños por lucro cesante por supuestas violaciones en materia de antimonopolio²¹⁴. La corte de apelaciones sostuvo que:

“El análisis de la Corte revela que la Constitución de 1998 prohibía las prácticas monopolísticas y otras prácticas que impidan o distorsionen la competencia. ... Todo intento contra la libre competencia que afectare un derecho y llegare a ser un delito en materia civil que imponga la obligación al transgresor de reparar el daño causado, en cumplimiento del Artículo 2214 del Código Civil. La parte demandada que actuare ilegalmente y causare daños a la parte demandante, daños que sean cuantificables, de modo que ésta reciba reparación a través del pago de compensación, según lo dispone el Artículo 1572 del Código Civil. La intención de la demandada de causar daño se desprende del análisis de las circunstancias que rodearon los hechos. Puede verse claramente en sus actuaciones. Esta reclamo contiene todos los elementos necesarios para crear una obligación de pagar compensación de daños a la demandante, puesto que ésta ha sufrido grave daño financiero como resultado inmediato y directo de la acción de la demandada, y el daño ha sido cuantificado apropiadamente. Para que conste en el expediente, la demandada en este caso renunció expresamente a la prueba destinada a desvanecer las razones del veredicto en la primera instancia, como consta en la página 9940 de las órdenes de la corte. Por las consideraciones antes expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO ECUATORIANO Y EN VIRTUD DEL PODER CONFERIDO POR LA CONSTITUCIÓN Y LA

²¹¹ Anexo C-60, Memorando enviado por Daniela Caicedo, Secretaria a la Dirección General del Consejo de la Judicatura, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura por Pichincha, de fecha 4 de mayo del 2012.

²¹² Anexo C-63, Memorando enviado por Wilson Rosero Gómez, Jefe de Personal, a Iván Escandón, Director Provincial del Consejo de la Judicatura por Pichincha, de fecha 31 de mayo del 2012.

²¹³ Anexo C-47, Proceso para Selección de 21 Jueces Nacionales la próxima semana, EL UNIVERSO, 20 de agosto del 2011 (“Conforme se esperaba, el Consejo de la Judicatura Transitorio (CJT) celebrará la audiencia pública para reestructurar la Corte Nacional de Justicia (CNJ) durante la semana próxima. ... De acuerdo a la organización, la nueva Corte comenzará a funcionar en enero del 2012.”); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 46.

²¹⁴ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre del 2011, en 16.

LEY”, se ratifica el veredicto con respecto a las razones de la materia litigiosa, sobre la base del análisis precedente. Se lo modifica con respecto a la cuantía de la compensación que se fina en ciento cincuenta millones de dólares, tomando en cuenta la demora en el tiempo en el cual esta obligación se haga efectiva y las implicaciones internacionales de este caso²¹⁵.

119. La coordinación de la decisión fue, por lo menos, sorprendente. El litigio *NIFA contra MSDIA* ha estado pendiente en la corte de apelaciones durante cerca de cuatro años²¹⁶. Además, cuando la corte de apelaciones emitió su sentencia, había una petición pendiente ante la corte para obtener la aclaración de un dictamen previo, la cual debió haberse decidido antes de (y separada de) la decisión final sobre el fondo²¹⁷. En circunstancias normales, la corte habría decidido sobre la petición y luego esperado por lo menos tres días antes de adoptar cualquier actuación adicional en el caso, tiempo durante el cual se habría permitido que MSDIA presentare los argumentos finales ante la corte de apelaciones²¹⁸.

120. Al emitir su sentencia conjuntamente con la decisión de sobre la petición pendiente, la corte privó a MSDIA de una oportunidad de solicitar una audiencia oral final o presentar un escrito final²¹⁹. Esta acción fue, al parecer, calculada para agilizar el dictamen de la corte de apelaciones de la sentencia y denegar a MSDIA la oportunidad de presentar sus argumentos finales en el caso²²⁰.

121. El razonamiento de la corte de apelaciones fue incluso más anómalo. En su decisión, la corte indicó expresamente que ignoraba todas las pruebas que MSDIA había presentado a lo largo de los procesos. La corte aseveró que no estaba sujeta a ninguna obligación de considerar o resolver algunas de las pruebas presentadas por MSDIA porque MSDIA supuestamente había “renunciado expresamente al derecho a presentar pruebas destinadas a despejar las razones del veredicto en la primera instancia”²²¹.

122. En apoyo de su reclamo de que MSDIA había “desistido expresamente” de todas las pruebas que ésta había presentado durante los procesos tanto en la corte de primera instancia, así como en la corte de apelaciones – incluido el testimonio de 10 testigos de los hechos, unos seis informes periciales y cientos de páginas de documentos – la corte de

²¹⁵ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre del 2011, en 15-16.

²¹⁶ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 46.

²¹⁷ Véase Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre del 2011, en 1; Declaración Testimonial de Ponce Martínez, en párrs. 47-48.

²¹⁸ Declaración Testimonial de Ponce Martínez, en párr. 47.

²¹⁹ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 48.

²²⁰ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 48 (“Ceo que las actuaciones de la corte tenían la intención de privarnos del derecho a solicitar una audiencia y presentar nuestros argumentos finales”).

²²¹ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre del 2011, en 15.

apelaciones citó una petición que MSDIA había presentado el 16 de abril del 2010, en la cual MSDIA retiró una solicitud que había hecho en una fase temprana del proceso para el nombramiento de un perito en daños²²². Lejos de “desistir de pruebas destinadas a despejar las razones” para el veredicto de la corte de primera instancia, la petición de MSDIA dejaba en claro que *ésta se* basaba en las pruebas en el expediente²²³.

123. En el momento que MSDIA retiró su solicitud de nombramiento de un perito en daños, el Dr. De León ya había sido nombrado para cumplir la misma función en cumplimiento de la solicitud de NIFA de nombramiento de un perito en daños. El retiro de MSDIA de una solicitud para un perito redundante sencillamente no fue un desistimiento de basarse en todas las demás pruebas que ya constaban en el expediente, y hasta la opinión final de la corte de apelaciones sobre el fondo, ninguno – ni NIFA ni la corte – habían sugerido alguna vez que se la consideraría de esa manera.

124. La decisión de la corte de apelaciones también ignoró la carga de la prueba de NIFA tanto sobre responsabilidad civil, así como sobre daños. Por ejemplo, NIFA había alegado que MSDIA tenía una posición dominante en el mercado – un elemento fáctico clave para su reclamo en materia de antimonopolio²²⁴ – pero no había presentado ninguna prueba que comprobase dicha alegación²²⁵. A fin de evitar el completo fracaso de la prueba de NIFA sobre un elemento esencial de su reclamo, la corte de apelaciones sencillamente aseveró que este elemento del reclamo de NIFA “no requería ninguna prueba”:

“Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation es una compañía multinacional de gran poder económico, que opera en todo el mundo con un enorme volumen de negocios. La posibilidad y la fuerza de la demandada es un hecho que *no requiere ninguna prueba, puesto que es de dominio público*”²²⁶.

²²² Anexo C-26, Petición de MSDIA del 16 de abril del 2010, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones.

²²³ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 52 (“[L]a Corte no tomó en consideración ninguna de las pruebas de MSDIA basada en que MSDIA había supuestamente desistido de basarse en las pruebas. Me sorprendió enormemente ver esto en la sentencia de la Corte. Es obvio que MSDIA no había desistido de basarse en las pruebas. Al contrario, habíamos presentado documentos y pruebas aportadas por numerosos testigos y peritos, y nos habíamos basado expresamente en esas pruebas en defensa de los reclamos de NIFA. No podía entender cómo la corte pudo incluso sugerir que nosotros habíamos renunciado a basarnos en las pruebas que habíamos presentado”). Como el Profesor Páez, ex juez y perito en procedimiento ecuatoriano explica, es evidente que MSDIA no renunció a su derecho a basarse en sus pruebas. Véase Informe Pericial del Profesor Páez, en párr. 34 (“He revisado la página 9940 del expediente del proceso en la segunda instancia y no encontré *ningún indicio de que MSDIA haya desistido de basarse en todas sus pruebas. ... No veo ninguna justificación para la determinación de la Corte de Segunda Instancia de que MSDIA haya abandonado o desistido de todas las pruebas que ésta había presentado*”). (énfasis agregado).

²²⁴ Véase Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en párrs. 38-39.

²²⁵ Véase Anexo C-164, Escrito de NIFA del 23 de enero del 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 2.

²²⁶ Anexo C-4, Sentencia de la Corte de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre del 2011, en 13-14 (énfasis agregado); Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 50.

125. La corte de apelaciones no identificó ninguna regla procesal que permitiera que la corte consultase materiales “de dominio público” a fin de relevar a NIFA de su carga probatoria para establecer un elemento de su reclamo. La corte de apelaciones tampoco identificó algún material de “dominio público” que ésta sostenía demostraba el pretendido “gran poder económico” de MSDIA en el mercado farmacéutico ecuatoriano (o en cualquier otro mercado). De hecho, al contrario, la prueba en el expediente (y el dominio público) establecían de manera concluyente que el mercado farmacéutico ecuatoriano era **altamente competitivo** y que, lejos de poseer algún poder de mercado desproporcionado, MSDIA tenía solo una participación del 3% en el mercado farmacéutico ecuatoriano en el 2002 (el momento de la transacción en cuestión)²²⁷.

126. La corte de apelaciones tampoco propuso alguna base lógica o cálculos en apoyo de su laudo de indemnización por daños de \$150 millones. La corte ni siquiera intentó explicar cómo NIFA pudo haber sufrido daños que eran **70.000 veces** mayores que las utilidades anuales de NIFA en el 2002 (\$2.165)²²⁸, **diez veces mayores** que el total de ventas brutas anuales (ni qué decir de las utilidades) de todo el mercado farmacéutico de genéricos en Ecuador en el 2002 (\$20,4 millones)²²⁹, **\$187 millones más** que la prueba más optimista inverosímil de NIFA (el plan de negocios de octubre 2002, el cual afirmaba que la planta de MSDIA valía \$12,9 millones en utilidades para NIFA durante diez años)²³⁰, y **100 veces mayor** que el precio acordado por las partes para la planta (\$1,5 millones).

3. Los procesos en la CNJ

a) *Prontitud inusual de los procesos*

127. Poco después que la corte de apelaciones emitió su decisión el 23 de septiembre del 2011, tanto MSDIA como NIFA presentaron peticiones de casación en la corte de apelaciones, los medios normales de solicitar revisión por parte de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador (CNJ)²³¹. MSDIA presentó su petición de casación el 13 de octubre del 2011, en la cual solicitaba la reversión de la determinación de la corte de apelaciones sobre responsabilidad civil y daños²³², y NIFA presentó su petición de casación el mismo día, en

²²⁷ Anexo C-35, Informe de Diego Petrecollo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 10 de marzo del 2011, en 7-8.

²²⁸ Anexo C-20, Informe de Rolf Stern, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 28.

²²⁹ Anexo C-20, Informe de Rolf Stern, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 16.

²³⁰ Anexo C-21, Informe de Walter Spurrier Baquerizo, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 4 de junio del 2009, en 3-4 (donde se resumen los supuestos irreales en el plan de negocios de NIFA).

²³¹ Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011; Anexo C-199, Petición de Casación de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 13 de octubre del 2011.

²³² Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011. El documento presentado por MSDIA se tituló “Recurso de Casación,” que se traduce como “*Recourse of Cassation*”. Se entiende que el término “Recurso de Casación” se refiere a una “petición” en la que se solicita que la CNJ revise el caso y se especifican todas las razones legales para la

la cual solicitaba que la corte de apelaciones redujese la indemnización por daños de \$200 millones a \$150 millones y que la corte de apelaciones no fallase a favor del pago a IFA de intereses y honorarios²³³. El 5 de octubre del 2011, la corte de apelaciones admitió las peticiones de casación de ambas partes y remitió el caso a la CNJ²³⁴. Diecisiete días después, el 11 de noviembre del 2011, la CNJ dictó un decreto en el cual admitía formalmente el caso²³⁵.

128. La velocidad con la cual la corte de apelaciones remitió el caso a la CNJ— cuyos jueces, según lo programado, debían ser reemplazados en enero del 2012²³⁶ — y luego éste fue admitido a su vez por la CNJ al parecer no ha tenido precedentes, y podría haber sido el resultado de actos de corrupción como aquellos que probablemente ocasionaron las sentencias irracionales y actuaciones injustas de la corte de primera instancia y la corte de apelaciones²³⁷. Hasta donde MSDIA conoce, ningún otro caso en la Sala de lo Civil de la CNJ nunca antes se había remitido a la corte o aceptado dentro de un período de tiempo tan corto²³⁸. En realidad, la CNJ aceptó la petición de casación de MSDIA mientras decenas de

apelación. En consecuencia, MSDIA usa en lo sucesivo el término “Petición de Casación” para referirse al “Recurso de Casación”.

²³³ Anexo C-199, Petición de Casación de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011. Como se analiza más adelante, en su petición de casación, NIFA solicitó primordialmente el restablecimiento del laudo a favor del pago de indemnización por daños de \$200 millones. Véase *infra* en párr. 137.

²³⁴ Anexo C-53, Orden de la Corte de Apelaciones del 25 de octubre del 2011, *NIFA c. MSDIA*.

²³⁵ Anexo C-54, Orden de la CNJ del 11 de noviembre del 2011, *NIFA c. MSDIA*; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 54-55.

²³⁶ Anexo C-47, Proceso de Selección de los 21 Jueces Nacionales la próxima semana, *EL UNIVERSO*, 20 de agosto del 2011.

²³⁷ La corte de apelaciones tramitó asimismo con celeridad su consideración de peticiones de rutina de aclaración de la sentencia presentadas tanto por NIFA, así como por MSDIA el 27 de septiembre del 2011 (cuatro días después del dictamen de la sentencia de la corte). El período de tiempo que la corte de apelaciones proveyó a las partes para que se respondieran entre sí las peticiones de aclaración fue de **tres días laborables**. Véase Anexo C-196, Orden de la Corte de Apelaciones del 30 de septiembre del 2011, *NIFA c. MSDIA*, en 1 (ordenaba que las respuestas a las peticiones de aclaración se presentasen dentro de “tres días”). La corte de apelaciones también dictó una orden **un día después que MSDIA presentó su respuesta** (NIFA no presentó una respuesta a la petición de MSDIA), en la cual aprobaba la solicitud de NIFA de aclaración en parte, y rechazaba la petición de MSDIA en su totalidad. Véase Anexo C-197, Orden de la Corte de Apelaciones del 6 de octubre del 2011, *NIFA c. MSDIA*.

²³⁸ Una búsqueda de los registros de la CNJ encontró que 84 casos se enviaron a la Sala de lo Civil de la CNJ entre el 20 de octubre y el 1 de noviembre del 2011. De esos 84 casos, al 3 de agosto del 2012, la Sala de lo Civil había decidido sobre la admisibilidad de solo **cinco**. Declaración Testimonial de María Belén Merchán Mera en apoyo de la Solicitud de Medidas Provisionales de MSDIA, de fecha 3 de agosto del 2012 (Declaración Testimonial de Merchán), y que acompaña a la Tabla 1. La columna de la Tabla 1 titulada “Fecha de Admisión a la Sala de lo Civil” representa la fecha en la cual la corte recibió el archivo del caso. La columna titulada “Calificación” incluye información sobre si la Sala ha “admitido” el caso.

otras peticiones presentadas previamente aún esperaban la decisión de la corte en cuanto a la aceptación²³⁹.

129. Después que la CNJ admitió la petición de casación de MSDIA, los jueces a los cuales se asignó el caso – todos los cuales estaban perdiendo sus nombramientos en la CNJ a fines de enero – continuaron agilizando el caso de maneras sin precedente, al parecer a fin de permitirles que emitiesen una decisión antes de su partida²⁴⁰.

130. El 29 de noviembre del 2011, dieciocho días después de su decreto en el cual admitía el caso, la CNJ fijó una audiencia oral para el lunes 12 de diciembre del 2011²⁴¹. Hasta donde MSDIA conoce, la CNJ nunca antes había dictado una orden que fijase un alegato apenas dieciocho días después de haber admitido un caso en materia civil²⁴². MSDIA tampoco tiene información sobre algún otro caso civil en el cual la CNJ haya programado que un alegato tuviera lugar dentro de un mes de la admisión del caso.

131. Además, en esa época, la CNJ no conocía de los alegatos los días lunes²⁴³. Hasta donde MSDIA conoce, ésta era la primera vista oral que la corte había fijado alguna vez para un lunes. Una inspección de los registros de la CNJ durante el período de cinco meses entre diciembre del 2011 y mayo del 2012 reveló que no se había fijado ningún otro de los casos para audiencia en un día lunes durante ese período²⁴⁴.

132. MSDIA solicitó se continuase [sic] la audiencia para una fecha posterior, invocando una disposición estatutaria de uso más común que permitía que un litigante solicitara la postergación de una fecha para la vista oral. En respuesta, la CNJ continuó [sic] la audiencia en apenas dos semanas, para el lunes 26 de diciembre del 2011, una vez más, en un día de la semana que nunca se había usado para alegatos y, lo que es aún más sorprendente, el día posterior a la Navidad. La coordinación de la audiencia volvió imposible que los representantes corporativos de MSDIA asistieran a la audiencia. De

²³⁹ Véase Declaración Testimonial de Merchán, Tabla 1. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 54-55.

²⁴⁰ Declaración Testimonial de Ponce Martínez, en párr. 58.

²⁴¹ Anexo C-55, Orden de la CNJ del 29 de noviembre del 2011, NIFA c. MSDIA, en 1 (“[F]ijó la Audiencia de la Corte ... para el lunes 12 de diciembre del 2011, a las 15:00 horas”)

²⁴² Véase Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 56.

²⁴³ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 56-57.

²⁴⁴ Declaración Testimonial de Merchán, Tabla 2 (donde se presenta el calendario de audiencias de la Sala de lo Civil de la CNJ entre diciembre del 2011 y mayo del 2012, y se incluye la hora y fecha de cada audiencia). Si la corte hubiera fijado la audiencia para un martes o jueves – sus días de audiencia normales – la fecha de audiencia más temprana disponible para audiencia habría sido en abril del 2012. Desde luego, los casos que se programaron para abril del 2012 habían llegado a la corte mucho antes de la apelación de MSDIA. *Ibidem.*, Tabla 2. El caso de *NIFA c. MSDIA* es la casación número 1140!2011, lo cual indica que estaba en el lugar 1.140 para llegar a la Corte en el 2011. Ningún caso programado para audiencia entre diciembre del 2011 y mayo del 2012 llegó a la Corte después del caso *NIFA c. MSDIA*, y la mayoría de esas apelaciones llegaron varios cientos de casos antes de *NIFA c. MSDIA*.

hecho, solo dos de los tres jueces de la CNJ que presidían el caso asistieron a la audiencia²⁴⁵.

133. El 29 de diciembre del 2011, apenas tres días después de la vista oral en la CNJ, el Procurador General de Ecuador envió una carta a la CNJ en la cual le notificaba sobre este arbitraje, el cual MSDIA había iniciado el 29 de noviembre del 2011²⁴⁶. En ese punto del proceso, la prontitud inusual de la apelación de *NIFA contra MSDIA* cesó de inmediato. Los jueces que actuaban en la Corte Nacional de Justicia no adoptaron ninguna otra acción antes de que expiraran sus períodos de vigencia de sus funciones varias semanas después²⁴⁷.

134. Como se había anunciado previamente, el 25 de enero del 2012, todos los jueces de la Corte Nacional de Justicia, incluidos los tres jueces que presidían el caso *NIFA contra MSDIA* fueron destituidos de sus cargos y reemplazados. El 30 de enero del 2012, se realizó la selección de los seis jueces de la nueva Sala de lo Civil²⁴⁸, y el 26 de marzo del 2012, tres de los seis jueces fueron asignados a la Sala de lo Civil para que presidiesen el caso *NIFA contra MSDIA*.

b) Las peticiones de casación de las Partes

135. La ley de casación de Ecuador establece las razones exclusivas por las cuales una parte podría apelar de una sentencia de una corte de apelaciones ante la CNJ²⁴⁹. De

²⁴⁵ El abogado de la defensa de MSDIA sí asistió y argumentó el caso. Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 60.

²⁴⁶ Anexo C-202, Carta enviada por Dr. Diego García Carrión (Procurador General de Ecuador) a Galo Martínez, Esq. (Juez Presidente de la Sala de lo Civil, Mercantil y de la Familia de la CNJ), de fecha 29 de diciembre del 2011, en 1 (en la cual informa a la CNJ que, “[e]l 2 de diciembre del 2011, el Procurador General del Estado ... recibió notificación sobre la existencia de una diferencia bajo el Tratado Bilateral de Inversiones entre los Estados Unidos de América y Ecuador, por parte de la compañía Merck Sharp & Dohme (Inter American), por la supuesta denegación de justicia, con respecto al 2003-1022, por daños, iniciado por la compañía [NIFA.]”).

²⁴⁷ Declaración Testimonial de Ponce Martínez, en párr. 59.

²⁴⁸ Anexo C-62, Orden de la CNJ del 30 de mayo del 2012, *NIFA c. MSDIA* (“en la cual asume” el caso entre NIFA y MSDIA de acuerdo al “nombramiento por parte del Consejo de la Judicatura Transitorio, a través de la Resolución 4-2012 del 25 de enero del 2012; y el quórum de la Corte Nacional de Justicia, a través de la Resolución 1-2012 del 30 de enero del 2012”).

²⁴⁹ Como se explica en el Informe Pericial del Profesor Páez, la ley de casación de Ecuador identifica cinco razones en las cuales podría basarse una petición de casación: (1) “[la] aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las reglas procesales, incluidos los precedentes obligatorios en la jurisprudencia en el dictamen o la orden que podrían haber servido como determinantes en la parte relativa a disposiciones”; (2) “[la] aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las reglas procesales cuando éstas podrían haber viciado el proceso irremediable de nulidad o podrían haber dado como resultado la indefensión, a condición de que lo anterior haya influido en la decisión de la causa, y que la nulidad correspondiente no haya sido validada legalmente; (3) “[la] aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de los preceptos jurídicos aplicables a la evaluación de las pruebas, a condición de que éstas hayan inducido a una aplicación incorrecta o a la falta de aplicación las reglas del derecho en la decisión u orden; (4) “[la] resolución, en el dictamen o la orden, de cuestiones no sujetas al litigio o la falta de solución en ellas de todas las cuestiones de la diferencia”; y, (5) “[c]uando el dictamen o la orden no incluye los requisitos establecidos por la ley o se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles en sus secciones resolutorias”. Véase Informe Pericial del Profesor Páez en párrs. 12-13. Véase también Anexo CLM-185, Ley de Casación de Ecuador, de fecha 24 de marzo del 2004, artículo 3 (“Una apelación de casación podrá

acuerdo a esa ley, el mandato de la CNJ se limitaba a evaluar las razones para la apelación planteada en las peticiones de casación de las partes²⁵⁰.

136. La petición de casación de MSDIA invocó todas las cinco razones para apelación establecidas en la ley de casación de Ecuador.

a) **Primero**, MDIA impugnó la omisión de las cortes inferiores en aplicar de manera apropiada los estándares legales aplicables, incluso al no haber calculado los daños de acuerdo con los estándares legales apropiados y por aplicar mal los principios de libre competencia y el Artículo 244, Numeral 3 de la Constitución de 1998 para evaluar la responsabilidad civil contra MSDIA²⁵¹.

b. **Segundo**, MSDIA argumentó que las cortes inferiores cometieron numerosos errores procesales, entre ellos, no haber expresado la base para sus sentencias y laudos sobre daños, no haber permitido que MSDIA examinara al perito y los testigos no letrados, no haber resuelto todas las solicitudes pendientes y no haber notificado a las partes que el caso estaba listo para decisión antes de dictar sentencia, ejerciendo jurisdicción sobre un reclamo basado en competencia desleal, que no decidió solo sobre la prueba presentada por las partes²⁵². MSDIA también argumentó que las cortes inferiores aplicaron de manera impropia los estándares procesales al designar un **segundo** perito en daños, Cristian Cabrera Fonseca, *sua sponte*²⁵³.

basarse solo en las siguientes causas de acción”). MSDIA planteó argumentos bajo cada una de las cinco razones para casación que se especifican en la Ley de Casación de Ecuador.

²⁵⁰ Véase Informe Pericial del Profesor Páez en párrs. 12-14, 22.

²⁵¹ Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011, en párrs. 29-37. Al respecto, MSDIA invocó la primera razón del Artículo 3 de la Ley de Casación, la cual permite impugnaciones basadas en la “[i]mpropia aplicación, la falta de aplicación o la interpretación errónea de los preceptos jurídicos, incluidos los precedentes obligatorios en la jurisprudencia, en la sentencia u orden, que han sido determinantes en las ratio decidendi de dichas decisiones”. Anexo CLM-185, Ley de Casación de Ecuador, de fecha 24 de marzo del 2004, artículo 3(1).

²⁵² Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011, en párrs. 7, 12-21, 41-79. Al respecto, los argumentos de MSDIA invocaron la segunda razón del Artículo 3 de la Ley de Casación, el cual permite una impugnación basada en “[l]a aplicación inapropiada, falta de aplicación o la interpretación errónea de las reglas procesales, cuando éstas han causado que el proceso sufra de un defecto irresoluble o han inducido a la privación del debido proceso, a condición de que hayan influido en la decisión en el caso y que la respectiva anulación no haya sido confirmada legalmente”. Anexo CLM-185, Ley de Casación de Ecuador, de fecha 24 de marzo del 2004, artículo 3(2). Donde se cita la segunda razón del Artículo 3, MSDIA También argumentó que las cortes inferiores cometieron otros graves errores procesales, entre ellos, el no haber obtenido una interpretación constitucional interlocutoria emanada de la Corte Constitucional de Ecuador, no haber buscado una interpretación previa a la sentencia sobre los estándares antimonopolio de la Comunidad Andina emanada de la Corte de Justicia Andina, y no haber aprobado una solicitud de MSDIA de que la corte de apelaciones considere argumentos planteados por MSDIA (no solamente los argumentos presentados por NIFA). Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011, en párrs. 12-13, 16, 19

²⁵³ Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011, en párrs. 59-61. MSDIA también invocó la segunda razón del Artículo 3 de la

c. **Tercero**, MSDIA impugnó la evaluación de las cortes inferiores de las pruebas, incluida la consideración de las cortes inferiores del pretendido informe pericial del Sr. Cabrera (pese al hecho de que el nombramiento del Sr. Cabrera era contrario a la ley), el hecho de que las cortes inferiores se basaran en el testimonio de la única testigo de NIFA (pese a que MSDIA fue privada de la oportunidad de contrainterrogar a esa testigo), y la decisión de la corte de apelaciones de no considerar **todas** las pruebas de MSDIA (sobre la base falsa de que MSDIA habría desistido de basarse en estas pruebas)²⁵⁴.

d. **Cuarto**. MSDIA objetó que la corte de apelaciones no haya resuelto cuestiones que se plantearon en la demanda de NIFA, incluida la cuestión de cuál de las partes terminó las negociaciones para la planta²⁵⁵. MSDIA también objetó que la corte de apelaciones se basaba en cuestiones que no se invocaron expresamente en la denuncia, incluida la proposición de que MSDIA abusara de una posición dominante en el mercado para plantas industriales²⁵⁶.

e. **Quinto**, MSDIA argumentó que las cortes inferiores no resolvieron solo las cuestiones planteadas en el litigio, y no resolvieron las cuestiones en forma total, clara y razonada²⁵⁷. En particular, MSDIA argumentó que la corte de apelaciones pretendió determinar los elementos fácticos de un reclamo relativo a la ley antimonopolio, pese a la ausencia de toda prueba para establecer estos elementos²⁵⁸.

137. La petición de casación de NIFA argumentó solo que la corte de apelaciones erró al fallar a favor del pago de \$150 millones (en lugar de los \$200 millones otorgados por la

Ley de Casación en apoyo de este argumento.

²⁵⁴ Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011, en párrs. 22-28. Al respecto, MSDIA invocó la tercera razón del Artículo 3 de la Ley de Casación, la cual permite una impugnación basada en “[l]a aplicación inapropiada, la falta de aplicación o la interpretación errónea de los preceptos jurídicos aplicables a la evaluación de las pruebas, siempre y cuando lo anterior haya conducido a una errónea aplicación o a la falta de aplicación de las reglas del derecho en la sentencia u orden”. Anexo CLM-185, Ley de Casación de Ecuador, de fecha 24 de marzo del 2004, artículo 3(3).

²⁵⁵ Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011, en párr.

39. Al respecto, MSDIA invocó la cuarta razón del Artículo 3 de la Ley de Casación, la cual permite impugnaciones basadas en “[una] decisión, en la sentencia u orden, en algo que el litigio no ha cubierto o una omisión en decidir la totalidad o parte de la litis”. Anexo CLM-185, Ley de Casación de Ecuador, de fecha 24 de marzo del 2004, artículo 3(4).

²⁵⁶ Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011, en párrs. 189-195.

²⁵⁷ Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011, en párrs. 38, 184-188. Al respecto, MSDIA invocó la quinta razón del Artículo 3 de la Ley de Casación, el cual permite impugnaciones “[c]uando la sentencia u orden no contiene los requisitos establecidos por la ley o se adoptan decisiones paradójicas o incompatibles en sus *ratio decidendi*”. Anexo CLM-185, Ley de Casación de Ecuador, de fecha 24 de marzo del 2004, artículo 3(5)

²⁵⁸ Anexo C-198, Petición de Casación presentada por MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011, en párrs. 38, 184-188.

corte de primera instancia), y al excluir los intereses y honorarios de su laudo sobre indemnización por daños²⁵⁹. No sugirió que debía haberse determinado la responsabilidad civil sobre ninguna base que no fuera aquella identificada por la corte de apelaciones, es decir, [la ley] antimonopolio²⁶⁰. La petición de casación de NIFA no hizo mención alguna a la “competencia desleal”²⁶¹.

138. En respuesta a la petición de casación presentada por MSDIA, NIFA negó haberse basado en una teoría de responsabilidad civil basada en la competencia desleal. NIFA también admitió expresamente que las cortes civiles de Ecuador no habrían tenido jurisdicción sobre un reclamo de competencia desleal:

“El reclamo presentado por mi cliente contra [MSDIA] ***no se basó en actos de competencia desleal realizados por la demandada***, se basó en los actos contra la libre competencia que ésta llevó a cabo. En consecuencia, son falsas las alegaciones de que no se aplicaron las disposiciones del Artículo 346, párrafo 2 del Código de Procedimiento Civil y la Quinta Disposición Transitoria de la Ley de Propiedad Intelectual [que asigna la jurisdicción de reclamos de competencia desleal a las cortes administrativas] [E]n ese caso, la Quinta Disposición Transitoria de la Ley de Propiedad Intelectual no se aplicó porque dicho estándar se refiere a casos de competencia desleal y no se refiere a actos contra la libre competencia”²⁶².

139. Debido a que la corte de apelaciones había considerado que MSDIA era responsable exclusivamente por razones antimonopolio, ***la petición de casación de ninguna de las partes incluía un análisis del fondo de un reclamo por competencia desleal***²⁶³.

140. De acuerdo al derecho procesal ecuatoriano, la CNJ tenía autorización para considerar solo las razones invocadas expresamente en las peticiones de casación de las partes²⁶⁴. Por lo tanto, MSDIA tenía una expectativa razonable de que la CNJ resolviera solo la legalidad de la decisión de la corte de apelaciones que imponía responsabilidad relacionada con el antimonopolio a MSDIA y su laudo de indemnización por daños a NIFA²⁶⁵.

²⁵⁹ Anexo C-199, Petición de Casación de NIFA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 13 de octubre del 2011, en 6.

²⁶⁰ Informe Pericial del Profesor Páez en párr. 32.

²⁶¹ Véase Informe Pericial del Profesor Páez en párr. 29; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 60.

²⁶² Anexo C-200, Escrito de NIFA del 17 de noviembre del 2011, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 11-12 (énfasis agregado).

²⁶³ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 60.

²⁶⁴ Informe Pericial del Profesor Páez en párrs. 12-14, 22; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 62.

²⁶⁵ Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párr. 62.

c) La sentencia de la CNJ

141. El 21 de septiembre del 2012 (dos semanas después de la audiencia oral sobre la solicitud de MSDIA de medidas provisionales en este arbitraje²⁶⁶), la Corte Nacional de Justicia dictó su sentencia final.

142. La CNJ rechazó de plano la determinación de la corte de apelaciones de que MSDIA haya cometido una violación antimonopolio. Primero, concluyó que la determinación de la corte de apelaciones sobre responsabilidad civil se fundamentó en conclusiones erróneas de que MSDIA “tuviera una posición dominante en el mercado para plantas industriales y que abusara de ésta, porque la planta industrial que provocó este litigio fuera la única alternativa viable para [NIFA]”²⁶⁷. La CNJ concluyó luego que la sentencia de la corte de apelaciones “no fue debidamente razonada” porque no substanció ninguna de las determinaciones fácticas en las cuales ésta había fundamentado su determinación de responsabilidad civil de acuerdo a la ley antimonopolio²⁶⁸. Específicamente, la CNJ sostuvo que:

a. La corte de apelaciones no “explicó la base legal para sostener que la planta industrial que pertenecía a MERCK era la única alternativa posible para [NIFA]”²⁶⁹ y, por lo tanto, no logró justificar su conclusión de que la planta farmacéutica constituía una “facilidad esencial” como una cuestión de la ley antimonopolio;

b. La corte de apelaciones “no .. identificó ... la prueba que establece que MRECK tenía una posición dominante, que es más del 25% del mercado pertinente”²⁷⁰, un prerequisite para una determinación de responsabilidad como una cuestión de la ley antimonopolio; y,

²⁶⁶ En esa audiencia, Ecuador repitió su posición, expresada en detalle en sus planteamientos previos y basada en la opinión de su perito en el derecho procesal ecuatoriano, Dr. Juan Francisco Guerrero Del Pozo Guerrero, en el sentido de que la CNJ no emitiría una decisión en el caso antes de diciembre del 2012, o enero 2013 como la fecha más temprana. Audiencia sobre Medidas Provisionales, de fecha 4 de septiembre del 2012, en 177:1-21; véase también *ibidem.* en 104:8-15 (“debido a las condiciones de trabajo y el atraso en los casos, es improbable que la Corte Nacional de Justicia decida la apelación de la Demandante antes del plazo de 270 días para hacerlo”); *ibidem.* en 199:15-17 (“También sabemos que la Corte Nacional está confrontando un atraso muy importante en los casos. Se parece a un reloj de arena, con muchos granos de arena que pugnan por atravesar un orificio estrecho”).

²⁶⁷ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 6.2 (énfasis omitido).

²⁶⁸ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 6.1.1 (“La impugnación basada en esta quinta causa de acción se apoya en realidad en el hecho de que la sentencia no está debidamente razonada y que incluye conflictos”).

²⁶⁹ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 6.1.1.

²⁷⁰ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 6.1.1 (énfasis omitido).

c. la sentencia de la corte de apelaciones “no contiene la identificación apropiada de lo que era el mercado pertinente”²⁷¹.

143. La CNJ concluyó por lo tanto que no hubo ninguna base legal para una determinación de que MSDIA fuera responsable por violación de la ley antimonopolio²⁷². Específicamente, la CNJ sostuvo que, al contrario de la pretendida definición de la corte de apelaciones del mercado pertinente, “no existe ningún ‘merado pertinente para plantas industriales apropiado para la industria farmacéutica’ en el país ... pero, incluso si dicho mercado pertinente para plantas industriales pudiera existir teóricamente, ésta no tendría en ningún caso algo que ver con el objetivo corporativo de las compañías farmacéuticas”²⁷³. La CNJ también sostuvo que “*obviamente, no es el caso*” que MSDIA tuviera “una supuesta posición dominante y, por lo tanto, poder sobre el mercado pertinente para plantas industriales”²⁷⁴.

144. La CNJ sostuvo además que los laudos masivos de indemnización por daños emitidos por la corte de apelaciones carecía de toda base fiable, aplicando dos signos de

²⁷¹ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 6.1.1 (énfasis omitido).

²⁷² Específicamente, la CNJ explicó que “el suceso que dio lugar a este conflicto es una materia evidentemente civil, que tuvo como origen la compraventa fallida de una planta industrial entre dos compañías farmacéuticas, materia que de manera alguna puede afectar a todos los consumidores y usuarios en general en el país o de un sector *como sería el caso de un problema real antimonopolio*”. Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 8.2 (se ha omitido el énfasis original y se ha agregado énfasis). La CNJ explicó además que la sentencia de la “sí adolece en realidad de serios defectos de razonamiento, *entre los estándares y principios legales en los cuales ésta se basa y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los hechos específicos que se debaten entre las partes*”. *Ibidem.* en sección 6.4 (énfasis omitido). En consecuencia, la CNJ sostuvo:

“Por todas las razones antes expuestas, y sin que sea necesario considerar las demás causas de acción para causación que las partes alegan, esta Corte de Casación cree que la sentencia impugnada está cubierta por la quinta causa de acción del Artículo 3 de la Ley de Casación, porque cuando ésta se razonó ésta recurre a una explicación incorrecta y una aplicación incorrecta de un ‘mercado pertinente’ que pertenezca a la ‘Ley Antimonopolio’, a un litigio circunscrito al alcance del ‘Civil Law’ y la ‘Ley de Libre Competencia’.

Además, la sentencia impugnada también incurrió en la cuarta causa de acción del Artículo 3 de la Ley de Casación, al decidir una materia fuera de los reclamos de la demandante; es decir, *extra petita*, al declarar que [MSDIA] tenía una posición dominante en el mercado para plantas industriales y que ésta abusó de dicha posición, mientras en realidad la demanda [de NIFA] no planteó dichos argumentos, sino más bien sobre los daños y pérdidas resultantes de un ilícito civil, que se originaron de actos de competencia desleal; y también, *ultra petita*, al decidir sobre una compensación calculada para 15 años, mientras la demanda solo alegó una demora en la producción de 2 años”.

Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 10 (énfasis omitido).

²⁷³ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 9.1 (énfasis omitido).

²⁷⁴ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 9.2.1 (énfasis agregado). Como la CNJ explicó, la demandantes ecuatoriana no había logrado “demostrar[] que MERCK haya solicitado adquirir la mayor parte de almacenes, plantas industriales, bodegas o propiedades en general en el país o en una provincia entera” *Ibidem.*

exclamación (“!!) para comunicar su punto de vista de que el laudo era totalmente indefendible:

“[L]a Sala antes mencionada de la Corte Provincial con sus conceptualizaciones erróneas, ha fijado una compensación de US\$ 150.000’000,00 por una negociación fallida para vender una planta industrial, cuya oferta final fue por US\$ 1’500.00,00. Es decir, con una suma que es equivalente a una cantidad cien (100) veces mayor al valor de la planta industrial que fue el objeto de la negociación fallida!”²⁷⁵.

145. Habiendo concluido que no hubo ninguna base legal para la decisión de la corte de apelaciones sobre responsabilidad y daños, la CNJ debería haber anulado la sentencia de la corte de apelaciones y ordenado que la sentencia se dictase a favor de MSDIA²⁷⁶.

146. Pero la CNJ sencillamente no anuló la sentencia de la corte de apelaciones y desestimó el reclamo de NIFA. En cambio, la CNJ construyó una base legal nueva y completamente diferente para la responsabilidad civil, la cual no estuvo presente en las peticiones de casación de las partes y no fue considerada por la corte de apelaciones. Específicamente, actuando *sua sponte* – pese a las renunciaciones expresas repetidas de la teoría por parte de NIFA – la CNJ sostuvo que MSDIA era responsable en materia civil basada en una teoría de competencia desleal:

“Esta Corte de Casación considera por lo tanto, en conformidad con la doctrina citada, que está frente a una acción, no de la Ley Antimonopolio como ya se ha explicado, sino mas bien un caso de ilícito civil, por daños y pérdidas derivados de otras prácticas que impiden o distorsionan la competencia, dentro del concepto comercial de que la doctrina de la Ley de Competencia Desleal (no de la ley ‘antimonopolio’), ésta la clasifica como competencia desleal, por actos de desorganización de un competidor, debido a una negativa a vender”²⁷⁷.

147. Ésta es, desde luego, precisamente la razón a la cual NIFA había renunciado en repetidas ocasiones, que NIFA había admitido sus alegaciones fácticas no respaldarían, y que NIFA había admitido poner fuera de la jurisdicción de las cortes en las cuales había perseguido su reclamo²⁷⁸.

²⁷⁵ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 16.2 (énfasis omitido).

²⁷⁶ Informe Pericial del Profesor Páez en párrs. 22-32.

²⁷⁷ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 14.1 (énfasis omitido). Véase también *ibidem*. en sección 16.14 (en la cual sostiene que MSDIA “participó en prácticas que impidieron o distorsionaron la competencia en detrimento de [NIFA] como se indica especialmente en el punto 8.1 y las cláusulas catorce y quince de esta sentencia: **las cuales dan lugar a un ilícito civil, dentro de lo que la doctrina legal reconoce en la Ley de Competencia Desleal, como actos de desorganización de un competidor, debido a una negativa a vender**”). (énfasis en el original)

²⁷⁸ Véase *supra* en párrs.71-73,138. Véase también Informe Pericial del Profesor Páez, en párrs. 24-28.

148. A fin de establecer una base para la responsabilidad civil de MSDIA por un acto de competencia desleal sin al mismo tiempo desestimar la materia por falta de jurisdicción, la CNJ sostuvo que el Artículo 244, Numeral 3, de la Constitución de Ecuador de 1998, que tiene que ver con principios antimonopolio, también abarcó reclamos por competencia desleal:

“Es incuestionable que MSDIA cometió ‘otras prácticas que impiden y distorsionan’ la competencia, como se explica en el párrafo 8.1 y otros, lo cual afectó una negociación de naturaleza civil, dando lugar a la ocurrencia de un ilícito civil, según el Artículo 2214, numeral 3, de la Constitución Política de Ecuador de 1998 entonces vigente, y los Artículos 2214 y 2229, párrafo primero, del Código Civil, con los daños y perjuicios correspondientes que se han de compensar a [NIFA] dentro de lo que la doctrina jurídica conoce como actos de interrupción del competidor, debido a la negativa a vender, en la Ley de Competencia Desleal”²⁷⁹.

149. Antes de la decisión de la CNJ en este caso, ninguna corte u otra autoridad ha sugerido alguna vez que el Artículo 244, Numeral 3, tratara sobre algo que no sea la ley antimonopolio y, específicamente, nunca había sugerido que podía interpretársela como si incluyera actos de competencia desleal²⁸⁰. Al contrario, puesto que ambas partes habían acordado durante todo el proceso, la “competencia desleal” era exclusivamente una rúbrica dentro de la Ley sobre Propiedad Intelectual de Ecuador, sujeta a la jurisdicción de las cortes administrativas ecuatorianas²⁸¹. Como el Profesor Oyarte explica en su Informe Pericial, el lenguaje llano y la historia de la redacción del Artículo 244, Numeral 3 de la Constitución de Ecuador de 1998 dejan en claro que la disposición *no* trata sobre los principios de la competencia desleal²⁸².

150. Además, a fin de considerar a MSDIA responsable por competencia desleal, la CNJ se basó en determinaciones de hecho y alegaciones expresadas en la sentencia de la corte de apelaciones²⁸³, aunque (como se explicó previamente) el expediente fáctico ante la corte de apelaciones había estado manchado por el sesgo manifiesto, dictámenes procesales unilaterales y repetidas privaciones de los derechos de MSDIA al debido proceso – entre ellas, más en particular, la decisión de la corte de apelaciones de ignorar por completo la

²⁷⁹ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 15 (énfasis omitido). Véase también *ibidem*. en sección 8.1 (en la cual se interpreta la frase “otras prácticas” en el Artículo 244, Numeral 3 de la Constitución de Ecuador de 1998 para referirse a prácticas “que no necesariamente entran en el campo de lo que afecta en general a todo el mercado de consumidores y usuarios, sino mas bien que darían lugar a constituir ilícitos civiles específicos, a través de otras prácticas dentro de la Ley de Competencia Desleal”) (énfasis omitido); *ibidem*. en 46 (con la orden de que MSDIA “indemnizase [a NIFA] por daños y pérdidas, en cumplimiento del Artículo 244, Numeral 3 de la Constitución Política de 1998 y los Artículos 2214 y 2229 del Código Civil, por el ilícito civil de negarse a vender mediante actos de desorganización del competidor dentro de la Ley de Competencia Desleal”).

²⁸⁰ Véase Informe Pericial del Profesor Oyarte en párr. 25

²⁸¹ Véase *supra* en párrs. 68-71.

²⁸² Informe Pericial del Profesor Oyarte en párrs. 7, 14-20. Véase *infra* en párrs. 352-355.

²⁸³ Informe Pericial del Profesor Páez en párrs. 33-37.

totalidad de las pruebas incorporadas por MSDIA y en las cuales ésta se basó²⁸⁴. A la luz de las irregularidades procesales que mancharon el expediente fáctico en la corte de apelaciones, y que dieron como resultado las determinaciones fácticas de esa corte, los propios procedimientos de la CNJ requirieron que ésta llegase a sus propias determinaciones fácticas después de llevar a cabo una revisión independiente del expediente fáctico que consta más adelante²⁸⁵. Sin embargo, la CNJ no lo hizo.

151. Específicamente, la CNJ expresó que en apoyo de su sentencia sobre competencia desleal, “en lugar de una sentencia que se revoque [*i.e., por antimonopolio*], esta Corte de Casación **se refiere a los siguientes hechos que pueden determinarse en la sentencia impugnada**”²⁸⁶. La CNJ procedió entonces a basarse en la renuncia de las posiciones de las partes de la corte de apelaciones y en las determinaciones fácticas de la corte de apelaciones, sin **ningún reconocimiento o consideración** de las pruebas compensatorias substanciales que MSDIA había presentado en las cortes inferiores, o ningún intento de realizar la revisión independiente del expediente fáctico²⁸⁷. Aunque MSDIA había incluido como una razón en su petición de casación el hecho de que la corte de apelaciones se había **rehusado a considerar toda prueba de MSDIA**, la CNJ ni siquiera reconoció que las determinaciones fácticas de la corte de apelaciones se basaron solo en las pruebas de la demandante ecuatoriana²⁸⁸.

152. Debido a que ésta se basó en las determinaciones de la corte de apelaciones de los hechos y los desistimientos de las posiciones de las partes, la determinación de la CNJ sobre responsabilidad civil está contaminada con las violaciones al debido proceso, la corrupción y otras irregularidades que caracterizan los procesos y la decisión de la corte de apelaciones²⁸⁹.

153. Habiendo determinado que MSDIA es responsable por competencia desleal, la CNJ evaluó luego los daños. La CNJ sostuvo que el laudo de indemnización por daños de \$150 millones dictado por la corte de apelaciones “carecía de toda proporción”²⁹⁰ y que es “manifiestamente ilógico”²⁹¹. Por lo tanto, la corte desestimó por completo la decisión de

²⁸⁴ Véase *supra* en párrs. 121-123. Véase también Informe Pericial del Profesor Páez en párrs. 19-20, 37.

²⁸⁵ Véase Informe Pericial del Profesor Páez en párrs. 35.

²⁸⁶ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 11 (énfasis agregado).

²⁸⁷ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 11.1-11.6.

²⁸⁸ Véase *supra* en párrs. 150-152. Véase también Informe Pericial del Profesor Páez en párrs. 33, 35.

²⁸⁹ Véase Informe Pericial del Profesor Páez en párr. 37. Véase también Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 15.

²⁹⁰ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha

²⁹¹ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en sección 16.2 (énfasis omitido).

la corte de apelaciones y en cambio realizó un cálculo de daños *de novo*, y llegó a una cifra de %1,57 millones en lo que ésta consideró la “pérdida de oportunidad”²⁹².

d) Ejecución de la sentencia de la CNJ

154. La sentencia de la CNJ contra MSDIA fue definitiva y de ejecución inmediata de acuerdo a la ley ecuatoriana. No quedaba ningún proceso civil adicional mediante el cual MSDIA (o NIFA) pudieran apelar o defender contra la ejecución de la sentencia²⁹³.

155. La sentencia de la CNJ fue notificada a las partes el 24 de septiembre del 2012²⁹⁴. El 22 de octubre del 2012, la CNJ emitió un decreto adicional en respuesta a la solicitud de aclaración de la sentencia, el cual había las partes habían presentado tres días después del dictamen de la sentencia²⁹⁵. A la emisión del decreto del 22 de octubre del 2012, la jurisdicción de la CNJ sobre la materia llegó a su fin, y la sentencia fue devuelta a la corte de primera instancia para su ejecución.

156. El 28 de noviembre del 2012, precisamente un mes después del decreto de aclaración, la corte de primera instancia emitió un decreto que ordenaba que MSDIA cumpliera la sentencia de la CNJ dentro de 24 horas²⁹⁶. En cumplimiento de la orden de la corte de primera instancia, MSDIA pagó la sentencia de la CNJ de \$1,56 millones contra ésta al día siguiente; fue necesario hacerlo para evitar la ejecución de la sentencia, la cual podía haber afectado gravemente el negocio en marcha de MSDIA²⁹⁷.

4. La acción de NIFA ante la Corte Constitucional de Ecuador

157. Aunque el litigio *NIFA c. MSDIA* ha terminado, y MSDIA ha pagado la sentencia contra ésta que fue el producto final de ese litigio, NIFA ha iniciado otro proceso legal en Ecuador que amenaza con daños adicionales a MSDIA en violación de las obligaciones de Ecuador bajo el tratado. Específicamente, el 19 de noviembre del 2012, después que se había enviado la sentencia de la CNJ a la corte de primera instancia para su ejecución, NIFA interpuso en la Corte Constitucional de Ecuador una “Acción Extraordinaria de

²⁹² Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en secciones 16.11, 16.13, 16.15.

²⁹³ Véase Segundo Informe Pericial del Dr. Jaime Ortega Trujillo, de fecha 3 de agosto del 2012, en párrs. 8, 11.

²⁹⁴ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre del 2012, en 1 (donde se indica que, en la primera página del Decreto de fecha 24 de septiembre del 2012, que la sentencia de la CNJ del 21 de septiembre del 2012 ha sido revisada en relación con el caso actual por los Honorables Jueces Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, María Rosa Merchán Larrea y Paulina Aguirre Suarez. Quito, 21 de septiembre del 2012”).

²⁹⁵ Anexo C-204, Orden de la CNJ del 22 de octubre del 2012, *NIFA c. MSDIA*.

²⁹⁶ Anexo C-207, Orden de la Corte de Primera Instancia del 28 de noviembre del 2012, *NIFA c. MSDIA*, en 1.

²⁹⁷ Anexo C-208, Presentación de Pago de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Primera Instancia, de fecha 29 de noviembre del 2012, en 1; Anexo C-209, Orden de la Corte de Primera Instancia del 29 de noviembre del 2012, *NIFA c. MSDIA*.

Protección” contra los jueces de la CNJ, alegando que la decisión de la CNJ violaba la Constitución de Ecuador²⁹⁸.

158. Una Acción Extraordinaria de Protección es un procedimiento singular, creado por el Artículo 437 de la Constitución de Ecuador de 1998²⁹⁹. De acuerdo a esa disposición, las partes pueden presentar una solicitud a la Corte Constitucional de Ecuador para buscar reparaciones por supuestas violaciones de los derechos constitucionales efectuadas por decisiones finales, ejecutables de otra corte³⁰⁰. De acuerdo al Artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales (la “Ley Orgánica”):

“El propósito de una acción extraordinaria de protección es proteger los derechos constitucionales y el debido proceso en las sentencias, órdenes finales, resoluciones con fuerza de sentencia, en las cuales los derechos reconocidos en la Constitución se han violado mediante acción u omisión”³⁰¹.

159. La Acción Extraordinaria de Protección de NIFA no es una apelación de la sentencia de la CNJ³⁰². Según la ley ecuatoriana, es una acción distinta, legalmente separada del litigio de NIFA contra MSDIA, sobre la cual la Corte Constitucional de Ecuador tiene jurisdicción exclusiva³⁰³. MSDIA no es una parte en el proceso³⁰⁴. La acción fue iniciada por NIFA contra los jueces de la Sala de lo Civil de la CNJ que emitieron la decisión³⁰⁵. El inicio de la Acción Extraordinaria de Protección de NIFA no tiene ningún efecto en la aplicabilidad de la sentencia de la CNJ, la cual, como se analizó anteriormente, fue devuelta a la corte de primera instancia, y la cual MSDIA ya ha pagado según la orden de dicha corte³⁰⁶.

²⁹⁸ Anexo C-205, Acción Extraordinaria de Protección presentada por NIFA, Corte Constitucional, de fecha 19 de noviembre del 2012.

²⁹⁹ Informe Pericial del Profesor Oyarte en párrs. 34-38.

³⁰⁰ Informe Pericial del Profesor Oyarte en párrs. 34-38.

³⁰¹ Anexo CLM-193, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Constitucionales de Ecuador, artículo 58. Véase también Informe Pericial del Profesor Oyarte en párr. 36 & n. 11.

³⁰² Informe Pericial del Profesor Oyarte en párr. 37 (“Por lo tanto, la acción extraordinaria de protección conduce a un nuevo proceso independiente, y no es una fase de los procesos previos”).

³⁰³ Informe Pericial del Profesor Oyarte en párr. 37.

³⁰⁴ Informe Pericial del Profesor Oyarte en párr. 35 (en el cual se explica que “[l]a otra parte litigante en el proceso subyacente no es una parte en la acción extraordinaria de protección”).

³⁰⁵ Informe Pericial del Profesor Oyarte en párr. 35 (“[L]a demandante cuyos derechos han sido afectados adversamente por una decisión judicial final inicia la acción contra el juez, tribunal, o corte que emitió la decisión impugnada”).

³⁰⁶ Informe Pericial del Profesor Oyarte en párr. 38. Véase también Dúplica de Ecuador en oposición a la Solicitud de la Demandante de Medidas Provisionales, en p. 39, n. 138 (“[E]s verdad que la interposición de una apelación ante la Corte Constitucional no suspendería la ejecución de una sentencia adversa dictada por la Corte Nacional de Justicia.”) (énfasis agregado); Segundo Informe de Moscoso Serrano en párr. 19 (donde se expresa que “el inicio de una acción de amparo [en la Corte Constitucional] **no impide la ejecución del dictamen**”) (énfasis agregado).

160. En su Acción Extraordinaria de Protección, NIFA solicita “la reparación total de los derechos constitucionales de [NIFA] que han sido violados” y “compensación punitiva – fijada de acuerdo a los daños causados a [NIFA]³⁰⁷ – en otras palabras, un laudo de indemnización por daños contra MSDIA equivalente al laudo de indemnización por daños de \$150 millones dictado por la corte de apelaciones y, al parecer, una suma adicional en la forma de “compensación punitiva”³⁰⁸. Por consiguiente, aunque MSDIA no es una parte en la Acción Extraordinaria de Protección de NIFA, los derechos de MSDIA podrían ser afectados de manera substancial y esencia por ese proceso.

D. El Sistema de Justicia de Ecuador es notoriamente corrupto, inefectivo y carente del debido proceso

161. Las circunstancias que rodean al litigio entre MSDIA y NIFA, lamentablemente, no son sucesos aislados en Ecuador. Mas bien, un sinnúmero de fuentes, incluido Ecuador mismo, han concluido de manera decisiva y repetida que el sistema de justicia de Ecuador es corrupto, inefectivo y carente de independencia y del debido proceso.

162. Organizaciones no gubernamentales han concluido sistemáticamente que el sistema judicial de Ecuador es corrupto y carece de independencia. El World Justice Project Rule of Law Index 2012-2013 ubicó a Ecuador en la posición 85 de 97 países que revisó en “justicia civil” y su informe del 2012 concluyó que Ecuador “tiene estándares de desempeño inferiores a la mayoría de países de América Latina en la mayor parte de dimensiones del imperio de la ley”, y que las cortes civiles en Ecuador son “ineficientes y vulnerables a la corrupción y la interferencia política”³⁰⁹.

163. El World Economic Forum Global Competitiveness Report para 2012 – 2013 clasificó a Ecuador en el lugar 128 de 144 países en independencia judicial³¹⁰, y en la posición 130 de 144 países en “eficiencia del marco jurídico en la solución de diferencias”³¹¹. Al igual que en años previos, el informe identificó la “corrupción” como el “factor más problemático para hacer negocios” en Ecuador³¹².

164. Transparencia Internacional califica a Ecuador sistemáticamente cerca del límite inferior en cuanto a corrupción entre los países que estudia en la región. Ecuador ocupó el

³⁰⁷ Anexo C-205, Acción Extraordinaria de Protección presentada por NIFA, Corte Constitucional, de fecha 19 de noviembre del 2012, en sección VI.

³⁰⁸ Anexo C-205, Acción Extraordinaria de Protección presentada por NIFA, Corte Constitucional, de fecha 19 de noviembre del 2012, en sección VI.

³⁰⁹ Anexo C-219, World Justice Project, Rule of Law Index 2012-2013, en 45, 84. El informe incluye 97 países y jurisdicciones, mide nueve dimensiones del imperio de la ley (subcategorizadas en 48 indicadores): limitación de poderes gubernamentales; ausencia de corrupción; orden y seguridad; derechos fundamentales; gobierno abierto; aplicación regulatoria; justicia penal; y justicia informal. Los puntajes para el Índice se basan en evaluaciones del público general y peritos en derecho local.

³¹⁰ Anexo C-218, World Economic Forum, The Global Competitiveness Report 2012-2013, en 157.

³¹¹ Anexo C-218, World Economic Forum, The Global Competitiveness Report 2012-2013, en 157.

³¹² Anexo C-218, World Economic Forum, The Global Competitiveness Report 2012-2013, en 156. Véase también Anexo C-99, World Economic Forum, The Global Competitiveness Report 2011-2012, en 166.

lugar 118 de 176 países encuestados para el Índice de Percepción de la Corrupción 2012 para Transparencia Internacional y recibió una calificación de 32 de 1000, cuando un puntaje de 100 indica falta de corrupción³¹³.

165. Human Rights Watch reportó en el 2013 que la “corrupción, ineficiencia e influencia política han plagado al sistema judicial de Ecuador durante años. Pese al programa de reforma judicial que la administración Correa inició en el 2011, la influencia política en el nombramiento y conducta de los jueces sigue siendo un serio problema”³¹⁴.

166. El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha advertido en forma sistemática que la “[c]orrupción es un serio problema en Ecuador”³¹⁵, y que “en la práctica, el sistema judicial [ecuatoriano] era susceptible a la presión externa y la corrupción”³¹⁶. En fecha más reciente, ha concluido que la “[c]orrupción estaba generalizada, y cuestiona [sic] continua con respecto a la transparencia dentro del sector judicial, pese a los intentos de reforma procesal”³¹⁷.

167. Un informe reciente del Departamento de Estado concluyó que:

“Si bien la constitución prevé un sistema judicial independiente, en la práctica, el sistema judicial es susceptible a la presión externa y la corrupción. Los medios de comunicación reportaron sobre la susceptibilidad del sistema judicial a los sobornos para obtener decisiones favorables y la solución más rápida de los casos legales. Los jueces, en ocasiones, llegaron a decisiones basadas en la influencia de los medios o las presiones políticas y económicas”³¹⁸.

168. El informe más reciente del Departamento de Estado en hablar sobre la cuestión del sistema judicial de Ecuador concluyó que “[l]a debilidad sistémica en el sistema judicial es su susceptibilidad a las presiones políticas o económicas constituye problemas importantes que confrontan las compañías de los EE.UU. que invierten en Ecuador o comercian con este país”³¹⁹. El informe explicó además que:

³¹³ Anexo C-210, Transparency International, Corruption Perceptions Index 2012, en 3.

³¹⁴ Anexo C-216, Human Rights Watch, World Report 2013, en 229.

³¹⁵ Anexo C-217, U.S. Department of State, 2013 Investment Climate Statement: Ecuador, en 8; Anexo C-33, U.S. Department of State, 2011 Investment Climate Statement: Ecuador, en 5.

³¹⁶ Anexo C-214, U.S. Department of State, 2012 Country Report on Human Rights Practices: Ecuador, en 9. El Departamento de Estado de los Estados Unidos hizo declaraciones similares en cada Declaración sobre el Clima para Inversiones desde el 2009 y en cada Informe por País sobre Prácticas en Derechos Humanos desde el 2005. Estos informes anuales pueden encontrarse en el sitio de Internet del Departamento de Estado. Véase <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/index.htm> y <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/ics/index.htm>.

³¹⁷ Anexo C-214, U.S. Department of State, 2012 Country Report on Human Rights Practices: Ecuador, en 1.

³¹⁸ Anexo C-214, U.S. Department of State, 2012 Country Report on Human Rights Practices: Ecuador, en 9.

³¹⁹ Anexo C-217, U.S. Department of State, 2013 Investment Climate Statement: Ecuador, en 4.

“El sistema judicial ecuatoriano funciona con dificultad debido demoras por la acumulación de casos por resolver, sentencias impredecibles en casos civiles y comerciales, dictámenes incoherentes y acceso limitado a las cortes. ...

“Se han planteado preocupaciones en los medios de comunicación y en el sector privado, de que las cortes ecuatorianas podrían ser susceptibles a presiones externas, y existe la percepción de que son corruptas, inefectivas y que protegen a quienes están en el poder. ... El sistema judicial con escasos recursos continúa funcionando con lentitud e ineficiencia. Después del referéndum público en mayo del 2011, el sistema judicial opera bajo un decreto de emergencia que confiere al la función ejecutiva la potestad de reestructurar el sistema judicial. ... Ni la supervisión legislativa ni los mecanismos internos de la función judicial han demostrado una capacidad coherente para investigar de manera efectiva y sancionar a los jueces supuestamente corruptos. ...

“Ecuador tiene leyes y regulaciones para combatir la corrupción oficial, pero éstas se aplican de manera inapropiada e insuficiente. Según reportes, los pagos ilícitos por favores oficiales y el robo de fondos públicos tienen lugar con frecuencia. Los procedimientos de solución de diferencias son complicados debido a la falta de transparencia y a la ineficiencia en el sistema judicial”³²⁰.

169. Las conclusiones en estos informes se confirman mediante ejemplos específicos citados en la prensa y otros reportes públicos. Por ejemplo, en el 2006, tres jueces fueron destituidos de la Corte Suprema de Ecuador (predecesora de la CNJ) debido a alegaciones hechas por un ex congresista de que ellos solicitaron una coima de \$ 500.000 para emitir un dictamen favorable³²¹. Un periodista ecuatoriano muy importante reportó que del 2006 al 2009, más de *un tercio* de jueces ecuatorianos fueron sancionados por corrupción u otras actuaciones impropias³²². En el 2007, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción en Ecuador entregó 197 cintas de vídeo que mostraban al personal administrativo dentro del sistema judicial mientras recibían dinero a cambio de servicios³²³.

170. Human Rights Watch reportó en el 2013 que:

“En noviembre del 2011, seis observadores expertos provenientes de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, México y España, presididos por el Juez Baltazar Garzón convinieron en monitorear y realizar recomendaciones sobre el proceso de reforma judicial [en Ecuador]. Los observadores

³²⁰ Anexo C-217, U.S. Department of State, 2013 Investment Climate Statement: Ecuador, en 4, 8.

³²¹ Anexo C-76, U.S. Department of State, 2006 Country Report on Human Rights Practices: Ecuador, en 4.

³²² Anexo C-93, CJ Reconoce la deficiencia de la supervisión de los jueces, EL UNIVERSO, 22 de junio del 2009.

³²³ Anexo C-74, Freedom House, Countries at the Crossroads 2007, Country Report: Ecuador, en 19.

reportaron en mayor del 2012 que se tendría que encontrar reemplazos para 2.903 jueces y funcionarios de las cortes, de los cuales más de 1.500 fueron destituidos después de procesos disciplinarios, evaluaciones deficientes o jubilaciones forzosas. Muchos de ellos fueron reemplazados por nominados provisionales sin capacitación apropiada³²⁴.

171. El propio gobierno de Ecuador reconoce las fallas catastróficas de la función judicial ecuatoriana. En el año 2009, el Presidente de la Comisión Civil y Penal de la Asamblea Nacional declaró, sencillamente que “[n]uestro sistema de justicia ha colapsado por completo”³²⁵.

172. El Presidente Correa ha comentado públicamente que Ecuador necesita purgar el sistema judicial de “jueces negligentes y corruptos”³²⁶. Solo semanas después del dictamen de la corte de apelaciones en *NIFA contra MSDIA*, declaró: “**Sin duda, tenemos un problema concreto, un sistema judicial totalmente corrupto e ineficiente que se cae a pedazos**”³²⁷. Al comentar sobre los esfuerzos desplegados en la reforma judicial instituida en el 2011, dijo él que “reestructurar **la barbaridad que es nuestro sistema judicial** constituye un reto enorme”³²⁸. **El 6 de septiembre del 2011 – apenas semanas antes de la decisión de la corte de apelaciones en el caso NIFA – el Presidente Correa declaró un estado de emergencia judicial en Ecuador**³²⁹.

173. En los años durante los cuales el litigio *NIFA contra MSDIA* ha estado pendiente, las cortes ecuatorianas han estado sujetas a amplia interferencia y e inestabilidad extrema. Poco después del nombramiento de un nuevo Tribunal Constitucional en noviembre del 2007, el Presidente de la Corte Suprema proclamó, “**la realidad judicial y constitucional en la cual vive el país es una realidad parcial; no vivimos en un estado de derecho pleno**”³³⁰. El 22 de junio del 2010, el Consejo de la Judicatura de Ecuador declaró que “**la Función Judicial no es independiente**”³³¹.

174. En síntesis, la función judicial ecuatoriana está plagada de corrupción sistemática e inestabilidad institucional.

³²⁴ Anexo C-216, Human Rights Watch, World Report 2013, en 229.

³²⁵ Anexo C-91, Justicia colapsada (Justice at a Standstill), LA HORA, 16 de abril del 2009, en 1.

³²⁶ Anexo C-105, No se instaló el Consejo Interino, EL UNIVERSO, 22 de julio del 2011, en 1.

³²⁷ Anexo C-110, Presidente Correa: Quisieron desacreditar al Gobierno pero no lo pudieron hacerlo, OPINIÓN, 13 de noviembre del 2011, en 2 (énfasis agregado); Anexo C-100, Correa Reitera que él intervendrá en la Corte y su Campaña para obtener el Sí, EL UNIVERSO, 26 de enero del 2011.

³²⁸ Anexo C-101, Correa Anticipa que no podrá cambiar por completo la justicia, EL UNIVERSO, 23 de febrero del 2011 (énfasis agregado) (“Tener 18 meses un consejo tripartito para reestructurar esa barbaridad que es el sistema de justicia es un desafío enorme.”).

³²⁹ Anexo C-48, Decreto Ejecutivo No. 872, de fecha 5 de septiembre del 2011, en 4.

³³⁰ Anexo C-154, Roberto Gómez Mera: “No vivimos en toda su plenitud un estado de derecho”, EL PAÍS, 10 de febrero del 2008 (énfasis agregado)

³³¹ Anexo C-98, Resolución No. 043-2010, Emitida por el Consejo de la Función Judicial a la Nación, de fecha 22 de junio del 2010, en 1 (énfasis agregado)

E. Existe clara evidencia de que el Litigio NIFA contra MSDIA estuvo bajo influencia de la corrupción judicial

175. Existen indicios abrumadores de corrupción entre los jueces asignados al litigio *NIFA contra MSDIA* en la corte de primera instancia y la corte de apelaciones, y que la demandante consiguió por medios corruptos a los jueces en esas cortes. En realidad, años después de que la corte de primera instancia emitiera la sentencia, la jueza responsable de dictar la sentencia admitió que el primer juez que presidió el proceso en la corte de primera instancia la “indujo mediante engaño” a dictar sentencia en contra de MSDIA, y admitió que su sentencia fue una “terrible sentencia” que no se había emitido en conformidad con los principios jurídicos³³².

176. Como se explica a continuación, los reportes oficiales el gobierno ecuatoriano determinaron que el mandante en NIFA – Miguel García Costa – había sobornado a funcionarios del gobierno en conexión con otra inversión. Además, los jueces responsables de dictar las sentencias contra MSDIA tanto en la corte de primera instancia, así como en la corte de apelaciones habían sido objeto de investigación y sanciones disciplinarias por parte el gobierno ecuatoriano por actos de corrupción en otros casos y por permitir influencia impropia en sus decisiones judiciales. Por consiguiente, se determinó que la demandante y los jueces fueron actores corruptos, y los resultados extraordinarios en este caso no pueden explicarse sobre la base de los hechos y el derecho. La conclusión de que la corrupción produjo estos resultados es ineludible.

1. El Gerente General de NIFA, Miguel García Costa, tiene una historia documentada de sobornos a funcionarios del gobierno

177. El Gerente General de NIFA, Miguel García Costa, ha sido descrito públicamente en Ecuador como una figura corrupta con antecedentes de sobornos a funcionarios del gobierno.

178. En 1987 o alrededor de este año, el Sr. García fue objeto de una investigación penal en conexión con un plan de soborno que involucró un contrato entre otra compañía que era de su propiedad, Ecuahospital, y el Ministerio de Salud y el Ministerio de Industrias de Ecuador. Un contrato de dos mil millones de sucres (aproximadamente US\$ 13,7 millones) se había adjudicado a Ecuahospital. El contrato incluía un anticipo de 140 millones de sucres (aproximadamente US \$1 millón) – para construir la infraestructura para almacenar y distribuir medicamentos³³³. Los términos y condiciones del contrato eran irrazonablemente favorables para Ecuahospital. Además, el contrato se había adjudicado a Ecuahospital pese a no tener una sola licencia para distribuir medicamentos en Ecuador.

179. El escándalo resultante indujo a la revocación del contrato, la renuncia del Ministro de Salud, una investigación en el Congreso y la emisión de órdenes de detención para varios individuos, incluido el Sr. García. Entre las alegaciones bajo investigación estuvo que Ecuahospital, bajo la dirección del Sr. Miguel García, había usado el pago anticipado

³³² Declaración Testimonial de Marcelo Alberto Santamaría Martínez, de fecha 30 de septiembre del 2013 [en lo sucesivo, Declaración Testimonial de Santamaría], e informe adjunto.

³³³ Anexo C-64, Market Indicators, WASHINGTON POST, 6 de enero de 1987 (en el supuesto de un tipo de cambio el 5 de enero de 1987).

de 140 millones de sucres – US \$1 millón en dólares de 1987 – para realizar pagos ilegales a funcionarios del gobierno como coimas por habersele adjudicado el contrato. El Sr. García fue condenado por soborno y sentenciado a tres años de prisión³³⁴. Sin embargo, al igual que ha ocurrido en el caso de otras condenas en Ecuador, la condena al Sr. García se anuló posteriormente³³⁵.

180. En el año 2007, una “Comisión de la Verdad” del gobierno ecuatoriano se creó mediante decreto ejecutivo para que investigase delitos contra la humanidad en Ecuador de 1984 a 1988³³⁶. En el año 2010, la Comisión emitió un informe, en el cual identificó el caso Ecuahospital, involucró al Sr. García entre las cuestiones penales más significativas de la segunda mitad de la década de 1980.

181. El Informe de la Comisión analizó las circunstancias del caso en gran detalle, incluidas las alegaciones de coimas contra el Sr. García, de la manera siguiente:

“En la firma de un contrato para almacenar y distribuir medicinas genéricas suscrito entre la Unidad de Implementación de Medicamentos, una entidad del Ministerio de Industrias y el Ministerio de Salud, y la compañía Ecuahospital, se cometieron varias irregularidades. Ecuahospital, con un capital de apenas 10.000 sucres y sin tener la autorización para distribuir medicamentos, recibió la adjudicación de un contrato de 2.000 millones de sucres. En dos años, las utilidades serían del 17,5%, lo cual equivale a 350 millones de sucres. La Unidad de Implementación de Medicamentos sí convocó a licitación y entregó un pago anticipado de 140 millones de sucres con los cuales la compañía construiría la infraestructura necesaria para almacenar y comercializar los medicamentos. Debido a este escándalo, el Ministro de Salud, Jorge Bracho, después de denunciar / reclamar que la Unidad de Implementación de Medicamentos dependía exclusivamente del Ministerio de Industrias, renunció a su cargo. El Congreso inició una investigación y la Función Judicial asumió el caso y ordenó el arresto / la captura del ex Ministro de Industrias, Xavier Neira, el Subsecretario del Ministerio de Industrias, Günther Liskan Buenaventura, del primo de este último, Carlos Gómez Buenaventura, y del gerente de Ecuahospital, Miguel García Costa. ***Del pago anticipado de 140 millones, 81 [millones] se distribuyeron en ayudas financieras y préstamos a favor de los socios de la compañía Ecuahospital, a familiares de los administradores, y una parte se asignó a coimas de funcionarios públicos ejecutivos.*** ... El contrato fue rescindido por el Ministro de Industrias, Ricardo Noboa, porque

³³⁴ Véase Anexo C-118, Orden del 11 de marzo de 1991, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en 10.

³³⁵ Véase Anexo C-117, Orden de junio de 1994, Corte Suprema de Justicia (en la cual se dicta una orden de absolución a favor de Miguel García Costa).

³³⁶ La “Comisión de la Verdad” se estableció mediante Decreto Ejecutivo No. 305 con el propósito de investigar violaciones a los derechos humanos en Ecuador que ocurrieron entre 1984 y 1988. Anexo C-79, Decreto Ejecutivo No. 305, de fecha 3 de mayo del 2007, en 2.

Ecuahospital se negó a explicar las distribuciones que éste hizo del pago anticipado³³⁷.

182. En el 2013, Human Rights Watch criticó al gobierno ecuatoriano por no haber responsabilizado al Sr. García y a otros identificados en el Informe de la Comisión de la Verdad, y advirtió que a noviembre del 2012, solo se había acusado a un perpetrador de los 118 casos identificados en el informe³³⁸.

2. La Jueza Chang-Huang, quien dictó la sentencia de primera instancia, fue posteriormente destituida de su nombramiento judicial por irregularidades

183. Durante el ejercicio relativamente corto en calidad de jueza³³⁹, la Jueza Temporal Chang-Huang, a quien se nombró para el caso *NIFA contra MSDIA* para que reemplazase al juez previo de la corte de primera instancia, Juan Toscano Garzón, fue objeto de varias denuncias judiciales, incluidas las denuncias sugestivas de pedidos de pagos e influencia impropia. Desde su destitución del Consejo de la Judicatura en julio del 2012, se determinó que ella había cometido graves violaciones durante el ejercicio de su cargo como jueza interina.

184. El 1 de julio del 2010, el Presidente del Consejo de la Judicatura destituyó de su cargo a la Jueza Temporal Chang-Huang por graves violaciones de sus deberes judiciales. En un memorando corto de dos párrafos, el Presidente expresó:

Le informo a usted que esta Presidencia ha revisado el archivo de Victoria Chang Huang de Rodríguez, Jueza Interina a cargo de la Segunda Sala de lo Civil de Pichincha, del cual se desprende ***un número importante de denuncias*** que varían desde lanzar insultos a los usuarios del sistema de Justicia, demora en tratar los casos bajo su control, ... tener a personas en la Corte ... que no están autorizadas por el Consejo de la Judicatura, errores en la sustanciación de procesos, y ***hasta la supuesta solicitud de que un usuario compre un boleto para una rifa***³⁴⁰.

185. Luego de su destitución, el Consejo continuó el trámite de denuncias planteadas en contra de la Jueza Temporal Chang-Huang en conexión con su servicio como jueza, y concluyó que ella participó en situaciones adicionales de serios actos ilícitos. En una denuncia, evaluada por el Consejo de la Judicatura en abril del 2012, el Consejo *en pleno* revisó alegaciones contra la Jueza Temporal Chang-Huang después que el Director

³³⁷ Anexo C-94, Informe de la Comisión de la Verdad, Volumen 2: Delitos de Lesa Humanidad, Ecuador 2010, en 36 (énfasis agregado y citas omitidas).

³³⁸ Anexo C-216, Human Rights Watch, World Report 2013, en 228-229.

³³⁹ La Jueza Interina Chang-Huang fue nombrada el 17 de septiembre del 2007. Véase Anexo C-3, Sentencia de la Corte de Primera Instancia, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 17 de diciembre del 2007, en 1. Como se analiza más adelante, fue destituida del cargo por actuaciones ilícitas el 1 de julio del 2010.

³⁴⁰ Anexo C-104, Memorando enviado por Benjamín Cevallos Solórzano, Presidente del Consejo de la Judicatura, a Marco Rodas Bucheli, Director Provincial del Consejo de la Judicatura por Pichincha, Documento Oficial No. 984 – P – CJ GP, de fecha 1 de julio del 2010.

Provincial de Pichincha emitió un informe en el cual concluía que ella había cometido “violaciones disciplinarias menores y mayores” en contravención de varias disposiciones de la Ley de la Función Judicial³⁴¹. En esa denuncia, un secretario de la corte describió la práctica de la Jueza Interina Chang Huang de venta de “boletos de rifas” de su oficina. El secretario describió que ciertos abogados visitaban la oficina de la Jueza Interina Chang Huang en conexión con su “rifa”:

“[D]iferentes abogados ... solicitaban que yo presentase los casos a [la Jueza Interina Chang-Huang] para que dictara sentencia, me decían que *ella les vendía boletos para una rifa o les solicitaba dinero a cambio de procesar un caso*; debería advertirse que la *Dra. Chang Huang no procesa los casos sino solo cuando las partes interesadas acuden y se comunican con ella*. Ella incluso puso un rótulo en la puerta en el que se leía que las partes interesadas dejen el número al secretario judicial, cuando todo el mundo sabe que ... es obligación del Juez pronunciar sentencia sea que la parte interesada acuda o no a hablar con ella”³⁴².

186. El secretario también describió la práctica irregular de la Jueza Temporal Chang Huang de solicitar el sello de secretario, “aun cuando ella sabe que la Secretaría es la única que debe manejar el sello ... para estampar [el sello] en varios documentos que ella enviaría, aun cuando el secretario le decía que ella no podía realizar la certificación”:

“No obstante, ella lo hacía, porque ella tiene una manera muy particular de presionar a la gente. Con frecuencia presencié que ella *solicitaba dinero para ‘mis niños’, como ella se refería a las personas jóvenes que son secretarios judiciales*, porque ella decía que el dinero que les pagaba a ellos no podía salir de su [de ella] salario”³⁴³

187. El Consejo concluyó que las actuaciones de la Jueza Temporal Chang Huang constituían una violación mayor del Artículo 109(11), de acuerdo con el cual los funcionarios judiciales podrían ser despedidos por “*[s]olicit[ar] o ped[ir] prestado dinero u otros bienes, favores o servicios, lo cual por sus características pone en duda la imparcialidad del servidor de la Función Judicial* en el servicio que debe proveer”³⁴⁴.

³⁴¹ Anexo C-190, Expediente de Personal de la Jueza Interina Chang-Huang, Archivo Disciplinario No. Mot-099-UCD-010-MAC, archivo abierto el 9 de abril del 2010, en párr. 1.2.

³⁴² Anexo C-190, Expediente de Personal de la Jueza Interina Chang-Huang, Archivo Disciplinario No. Mot-099-UCD-010-MAC, archivo abierto el 9 de abril del 2010, en párr. 6.1.9 (énfasis agregado y comillas omitidas).

³⁴³ Anexo C-190, Expediente de Personal de la Jueza Interina Chang-Huang, Archivo Disciplinario No. Mot-099-UCD-010-MAC, archivo abierto el 9 de abril del 2010, en párr. 6.1.9 (énfasis agregado y comillas omitidas).

³⁴⁴ Anexo C-190, Expediente de Personal de la Jueza Interina Chang-Huang, Archivo Disciplinario No. Mot-099-UCD-010-MAC, archivo abierto el 9 de abril del 2010, en párr. 9; Anexo CLM-91, Ley de la Función Judicial, artículo. 109(11) (énfasis agregado). En otra denuncia, considerada por el Consejo de la Judicatura en enero del 2011, el Consejo determinó que la Jueza Interina Chang-Huang había violado el código de conducta judicial por no haber ejecutado en forma oportuna una sentencia dictada por una corte superior durante varios años después de haber ejercido la jurisdicción sobre el caso, y advirtió que ella tuvo

188. Una cuestión sorprendente es que la Jueza Interina Chang Huang ha reconocido por sí misma que su decisión en el litigio *NIFA contra MSDIA* no se dictó basada en el fondo del caso.

189. En los años que siguieron a su decisión, la Jueza Interina Chang-Huang hizo múltiples declaraciones contradictorias a los representantes de MSDIA en un esfuerzo de racionalizar su conducta en conexión con el caso *NIFA contra MSDIA*, o atribuir la culpa a otros. En fecha más reciente, durante una reunión con el abogado de MSDIA, Marcelo Santamaría, en marzo del 2012, la ahora ex Jueza Interina Chang-Huang hizo una afirmación asombrosa, que ella ***nunca tuvo la intención de pronunciar la decisión sobre los \$200 millones a favor de NIFA***³⁴⁵. Ella acusó al juez original de la corte de primera instancia, Juez Toscano Garzón (quien presidió el caso antes que ella a nivel de primera instancia y luego fue ascendido a la corte de apelaciones, donde él presidió la apelación de *NIFA* durante el período probatorio), y acusó a su [de ella] ex secretario, Ricardo López, de “jugar sucio” con ella³⁴⁶. De acuerdo a la Jueza Interina Chang-Huang, el Sr. López y el Juez Toscano Garzón habían preparado la decisión, después de lo cual el Sr. López obtuvo su [de ella] firma sin que ella se diera cuenta de lo que firmaba³⁴⁷.

190. En la misma conversación con el Dr. Santamaría, la Jueza Interina Chang-Huang expresó que no podía creer que la corte de apelaciones no haya revocado la sentencia que ella dictó, explicando que ella había esperado que una de las juezas, la Dra. Beatriz Suárez, “arreglase” el error que la Jueza Chang-Huang admitió haber cometido³⁴⁸.

191. La Jueza Temporal Chang-Huang contó una historia diferente – aunque también incriminatoria – en septiembre del 2008. De acuerdo al testimonio de dos testigos en un litigio relacionado con el asunto de *NIFA*, en septiembre del 2008, la Jueza Temporal Chang-Huang reconoció abiertamente (y sin provocación) la mala conducta en conexión con el caso *NIFA* durante una reunión en sus [de ella] juzgados sobre un tema no

“una historia de violación similar” en el año 2000. Anexo C-194, Expediente de Personal de la Jueza Interina Chang-Huang, Archivo Disciplinario No. Mt 235-UCD-010-CJ, Decisión del 12 de enero del 2011, en 8. El Consejo concluyó que las acciones de la Jueza Interina Chang-Huang violaron el “***principio de la integridad***,” que se especifica en el Artículo 21 de la Ley de la Función Judicial. Véase Anexo C-190, Expediente de Personal de la Jueza Interina Chang-Huang, Archivo Disciplinario No. Mot-099-UCD-010-MAC, archivo abierto el 9 de abril del 2010, en párr. 8. Véase también Anexo CLM-90, Ley de la Función Judicial, artículo 21.

³⁴⁵ Véase Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, e informe adjunto; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 24-25.

³⁴⁶ Véase Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, e informe adjunto; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 24-25.

³⁴⁷ Véase Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, e informe adjunto; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 24-

25. Jueza Interina Chang-Huang afirmó durante la reunión que sostuvo con el Dr. Santamaría que ella estaba dispuesta a cooperar con MSDIA para corregir la injusticia, pero posteriormente no compareció a una reunión programada con los abogados ecuatorianos de MSDIA. *Ibidem*.

³⁴⁸ Véase Declaración Testimonial de Santamaría Martínez, e informe adjunto; Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 24-25.

relacionado³⁴⁹. De acuerdo a los testigos, ambos presentes en la reunión, la Jueza Interina Chang-Huang “comenzó a hablar acerca del caso [NIFA] de manera muy abierta y comentó sobre cómo todos querían inmiscuirse en la decisión de ella y cómo ella estaba siendo presionada³⁵⁰”. La Jueza Temporal Chang-Huang afirmó que ella decidió el caso NIFA de la manera que lo hizo debido a esa presión³⁵¹, racionalizando que cuando era nueva en el sistema judicial y sentía presión de personas ajenas que trataban de interferir en sus decisiones – o incluso escribirlas [] [sic]³⁵². En esa conversación, la Jueza Interina Chang-Huang admitió – una vez más sin que se le indujera a hacerlo – que ella decidió casos basada solo en una revisión superficial del archivo³⁵³, y que se sintió aliviada de que MSDIA haya apelado de su decisión porque estaba “liberada”³⁵⁴.

192. Aunque la totalidad de las circunstancias que rodearon el dictamen de la decisión de la Jueza Temporal Chang-Huang no son aún del todo claras, los hechos que han surgido son incriminatorios. Lo que *está* claro es que el caso NIFA fue decidido por una jueza que ha reconocido abiertamente que el caso se decidió, *en el mejor de los casos*, bajo influencia impropia; que el caso se decidió sin *ninguna consideración del fondo del reclamo de la demandante*; y que el caso se decidió por parte de una jueza que luego fue destituida por mala conducta judicial, la cual incluye el pedido de coimas.

3. El Juez de la corte de apelaciones, Juez Hernán Alberto Palacios Durante – quien escribió esa sentencia de la corte de \$150 millones – ha sido investigado y sometido a sanción disciplinaria por corrupción

193. El Juez Hernán Alberto Palacios Durango, quien fue el presidente del juzgado de tres jueces de la corte de apelaciones que presidió el caso NIFA, y quien escribió la decisión en el caso, también ha sido investigado por autoridades ecuatorianas en múltiples ocasiones por corrupción en conexión con sus deberes judiciales.

³⁴⁹ Anexo C-89, Testimonio de María Cristina Ponce Villacís, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 2 (en respuesta a la Pregunta 9).

³⁵⁰ Anexo C-88, Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA v. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 2 (en respuesta a la Pregunta 9). Véase también Anexo C-89, Testimonio de María Cristina Ponce Villacís, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 2 (en respuesta a la Pregunta 9).

³⁵¹ Anexo C-88, Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 3 (en respuesta a la Pregunta 17).

³⁵² Anexo C-89, Testimonio de María Cristina Ponce Villacís, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 2-3 (en respuesta a las Preguntas 11 y 15); Anexo C-88, Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 2-3 (en respuesta a las Preguntas 11, 13, y 15).

³⁵³ Anexo C-88, Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA v. Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 2 (en respuesta a la Pregunta 6).

³⁵⁴ Anexo C-89, Testimonio de María Cristina Ponce Villacís, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 2 (en respuesta a las Preguntas 9 y 10). Véase también Anexo C-88, Testimonio de Jorge Antonio Pinos Pérez, *MSDIA contra Chang-Huang*, de fecha 4 de diciembre del 2008, en 2 (en respuesta a la Pregunta 10)

194. En marzo del 2003, los medios de comunicación ecuatorianos reportaron que la Comisión de Control Cívico de la Corrupción de Ecuador (CCCC)³⁵⁵ había investigado al Juez Palacios por haber embargado ilegalmente una propiedad en conexión con un litigio pendiente que él presidía, y concluyó que existía prueba suficiente para remitir el caso a la autoridad responsable del juzgamiento “para que ésta emita la orden de investigación correspondiente contra” el Juez Palacios³⁵⁶. La CCCC encontró prueba de “responsabilidad penal y civil contra el juez del Noveno Juzgado de lo Civil de Pichincha, Alberto Palacios Durango, por el delito de actuaciones ilícitas y por daños a una compañía privada”³⁵⁷.

195. No obstante que la CCCC determinó que el Juez Palacios ha violado sus obligaciones oficiales en calidad de juez, el Juez Palacios pudo sin embargo mantener su cargo prominente dentro del sistema judicial de Ecuador. Como el Departamento de Estado concluyó en el 2006, pese a la susceptibilidad de las cortes a “las presiones y coimas externas ... el Congreso [de Ecuador] ya no tiene la potestad de recusar a los jueces, y el sistema judicial hace un trabajo deficiente de investigar e imponer sanciones disciplinarias a los jueces que se apartan de las normas”³⁵⁸.

196. En abril de 2012, el Consejo de la Judicatura para el Período de Transición destituyó de su cargo al **Juez Palacios y al Juez Toscano Garzón** por “graves ofensas en el desempeño de sus funciones” cuya intención fue “beneficiar ilícitamente al banquero Fidel Egas Grijalva” en un caso que estaban conociendo.³⁵⁹ Como ya se indicó, el Juez Toscano Garzón fue el juez de primera instancia original en el caso *NIFA c. MSDIA*, quien fue posteriormente reemplazado por el Juez Provisional Chang-Huang, y quien luego la acusó de que la “engañó” para que emitiera la resolución sobre NIFA³⁶⁰.

197. Según un artículo periodístico, la resolución de remoción del Consejo de la Judicatura Transitorio determinó que los Jueces Palacios y Toscano Garzón

“fueron responsables de cometer las infracciones disciplinarias definidas en el artículo[] 108, párrafo 8, y [artículo] 109, párrafo 7, del Código de la Función Judicial, que establece en orden:

'No haber manejado sus actos administrativos, resoluciones o sentencias debidamente, como corresponde; e intervenir en casos en los que deben actuar, como juez, parte acusadora o defensor público, con mala fe,

³⁵⁵ Ecuador ha tenido varias entidades y comisiones gubernamentales oficiales contra la corrupción, y los nombres y composición de las mismas ha cambiado en el transcurso del tiempo.

³⁵⁶ Anexo C-65, CCCC solicita que se destituya al Juez, LA HORA, 23 de marzo del 2002.

³⁵⁷ Anexo C-65, CCCC solicita que se destituya al Juez, LA HORA, 23 de marzo del 2002.

³⁵⁸ Anexo C-75, U.S. Department of State, 2006 Investment Climate Statement: Ecuador, en 2.

³⁵⁹ UPI ESPAÑOL *Véase supra*, párr. 44-50. Incluso después de las repetidas objeciones de MSDIA, el Juez Toscano Garzón se negó a exigir que el testigo respondiera a muchas de las preguntas presentadas por MSDIA para que se plantearan al testigo. *Véase supra en párrs.* 49-50

³⁶⁰

negligencia grave o error inexcusable”³⁶¹.

198. Así pues, incluso aparte de los procedimientos irregulares y las sentencias manifiestamente infundadas del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones, los hechos dejan claro que los procedimientos del caso *NIFA c. MSDIA* no se llevaron adelante conforme al Estado de Derecho. **Tres de los cinco jueces** que presidieron los procedimientos del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones fueron sancionados por mala conducta judicial, el juez provisional que dictó la sentencia de primera instancia por US\$200 millones **admitió públicamente que fue objeto de presiones para que emitiera una opinión en contra de MSDIA** y fue removida de su puesto.

III. ESTE TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DE MSDIA CONFORME AL TBI ENTRE EE.UU. Y ECUADOR

199. La jurisdicción del presente Tribunal se sustenta en el Artículo VI del Tratado. En esa disposición, Ecuador "dio su consentimiento a que sometiera cualquier controversia de inversión para su resolución mediante arbitraje vinculante"³⁶². Una “controversia de inversión” se define como “una controversia entre una Parte y un nacional o una compañía de la otra parte que surge o tiene relación con... una presunta violación de un derecho otorgado o creado por este Tratado con respecto a una inversión”³⁶³. Una inversión está definida ampliamente para incluir, entre otras cosas, propiedad tangible e intangible, una compañía o acciones en una compañía, y cualquier derecho otorgado por ley o por contrato³⁶⁴.

200. Los requisitos jurisdiccionales del Artículo VI se cumplen claramente en el caso presente. Como empresa constituida conforme a las leyes del estado de Delaware, es incuestionable que MSDIA califica como “compañía de la otra Parte” para los fines del Tratado³⁶⁵. Como se expone más abajo, existe una controversia entre MSDIA y la República del Ecuador respecto a la violación por parte del Ecuador de los derechos de MSDIA en virtud del Tratado con respecto a la inversión de MSDIA en el Ecuador. Por ende, es claro que existe una “controversia de inversión” para los fines del Tratado.

201. Además de esos requisitos en cuanto a materia, el Artículo VI también contiene ciertos requisitos procesales. Específicamente, el Artículo VI establece que “el nacional o la compañía afectados pueden escoger dar su consentimiento por escrito para someter la

³⁶¹ Anexo C-113, *CJT corrige el error que perjudicó a dos jueces*, LA HORA, 1 de agosto de 2012.

³⁶² Anexo C-1, TBI entre los EE.UU. y Ecuador, art. VI(4).

³⁶³ Anexo C-1, TBI entre los EE.UU. y Ecuador, art. VI(1).

³⁶⁴ Véase Anexo C-1, TBI entre los EE.UU. y Ecuador, art. I(1)(a).

³⁶⁵ El Tratado define “compañía” de una Parte como “cualquier clase de sociedad mercantil, compañía, asociación, sociedad en comandita, u otra organización, constituida legalmente conforme a las leyes y normativas de una Parte o una subdivisión política de la misma, ya sea constituida con fines lucrativos o no, de propiedad privada o gubernamental o controlada privada o gubernamentalmente”. Anexo C-1, TBI entre los EE.UU. y Ecuador, art. I(1)(b).

controversia y resolverla mediante arbitraje vinculante”, “siempre que el nacional o la compañía afectados no hayan presentado la controversia para su solución [por parte de los tribunales del Estado receptor o de acuerdo con algún otro procedimiento acordado para la solución de controversias] y que hayan pasado seis meses desde la fecha en que surgió la controversia”³⁶⁶.

202. Como ya se analizó, MSDIA ha cumplido a cabalidad cada uno de esos requisitos de procedimiento. MSDIA notificó al Ecuador sobre la controversia de inversión, transcurrió el plazo de espera de seis meses antes de iniciar estos procedimientos, y MSDIA aceptó el ofrecimiento del Ecuador de someter a arbitraje conforme al Tratado.

A. Las reclamaciones de MSDIA guardan relación con una inversión protegida en virtud del Tratado

203. MSDIA cumple fácilmente el requisito de que la controversia guarde relación con una “inversión” como esta está definida por el Tratado. El Tratado define “inversión” de manera amplia, dando una lista abierta de ejemplos:

“(a) ‘inversión’ significa toda clase de inversión en el territorio de una Parte que sea de propiedad o esté controlada directa o indirectamente por nacionales o compañías de la otra Parte, como patrimonio, deuda y contratos de prestación de servicios y de inversión; e incluye lo siguiente:

(i) bienes tangibles e intangibles, lo que incluye derechos, como hipotecas, derechos de retención y prendas;

(ii) una compañía o acciones u otros intereses en una compañía o intereses en los activos de estas;

(iii) una reclamación de dinero o reclamación de ejecución que tenga un valor económico, y asociada con una inversión;

(iv) propiedad intelectual, que incluye, entre otras cosas, derechos relativos a lo siguiente: Obras literarias y artísticas, entre ellas, grabaciones de sonido; inventos en todos los campos del emprendimiento humano; diseños industriales; trabajo de máscara de semiconductores; secretos comerciales, conocimientos técnicos; e información comercial confidencial; y marcas comerciales, marcas de servicio y nombres comerciales; y

(v) cualquier derecho otorgado por ley o por contrato, y licencias y permisos de conformidad con la ley”³⁶⁷.

204. Como se analiza a continuación, tanto la actividad comercial de MSDIA en el Ecuador como la planta del Valle de los Chillos, que era de propiedad de MSDIA y fue

³⁶⁶ Anexo C-1, TBI entre los EE.UU. y Ecuador, art. VI(3)(a). Ese periodo de espera de seis meses tiene la finalidad de dar a las partes la oportunidad de “buscar una solución mediante la consulta y la negociación”. *Ibidem.*, art. VI(2).

³⁶⁷ Anexo C-1, TBI entre los EE.UU. y Ecuador, art. I(1)(a).

objeto del pleito subyacente en el Ecuador, son inversiones cubiertas.

1. La actividad comercial de MSDIA en el Ecuador es una inversión

205. Durante los últimos 40 años, MSDIA ha distribuido y vendido productos farmacéuticos esenciales en el Ecuador, por medio de una sucursal ubicada en Ecuador, con empleados, instalaciones y extensas operaciones en el Ecuador.³⁶⁸ Esas operaciones en curso son una inversión cubierta en virtud del Tratado.

206. El Tratado define “inversión” de forma amplia como “toda clase de inversiones en el territorio de una Parte que son propiedad o controladas directa o indirectamente por nacionales o compañías de la otra Parte”, y da una lista no exclusiva de ejemplos que ejemplifican la amplitud de esa definición. Es ampliamente aceptado que ese tipo de definición amplia en un tratado de inversión permite que los tribunales arbitrales evalúen las circunstancias de casos individuales a la hora de determinar si existe una “inversión”³⁶⁹.

207. Como parte de este análisis contextual, específicamente relacionado con los hechos, los tribunales han examinado una variedad de factores, entre ellos, el aporte de capital, la duración de la inversión, y el riesgo del inversionista.³⁷⁰ Esas características están

³⁶⁸ Véase Tercera Declaración Testimonial de Canan en párrs. 6 y 9.

³⁶⁹ Una diversidad de tribunales de inversión ha adoptado ese enfoque, y el Profesor Christoph Schreuer, comentarista principal sobre el Convenio del CIADI, también ha abogado por un “considerable margen de aprecio que se pueda aplicar a la discreción del tribunal” en vez de una estricta lista de comprobación de requisitos. Véase, por ejemplo, Anexo CLM-50, *Fedax N.V. c. La República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Resolución sobre las Objeciones a la Jurisdicción, de fecha 11 de julio de 1997, en el párr. 43; Anexo CLM-43, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. la República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Resolución sobre las Objeciones a la Jurisdicción, de fecha 24 de mayo de 1999, en el párr. 90; Anexo CLM-66, *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine, Inc. c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, de fecha 31 de julio de 2007, en el párr. 165; Anexo CLM-54, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/8, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 8 de marzo de 2010, en el párr. 129; Anexo CLM-40, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. la República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, de fecha 24 de julio 2008, en párrs. 310-318; Anexo CLM-177, C. Schreuer, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* [El Convenio CIADI: comentario] (2ª ed. 2009), en 133-134, párrafos 171-172.

³⁷⁰ Véase, por ejemplo, Anexo RLM-54, *Romak S.A. c. la República de Uzbekistán*, Caso CPA No. AA280 (CNUDMI), Laudo, de fecha 26 de noviembre 2009, en el párr. 207 (“El Tribunal Arbitral, por lo tanto, considera que el término ‘inversiones’ en virtud del TBI tiene un significado inherente (independientemente de si el inversionista recurre a los procedimientos arbitrales del CIADI o de la CNUDMI) que implica un aporte que se extiende durante un cierto periodo de tiempo y que implica cierto riesgo. El Tribunal Arbitral halla confirmación adicional en su análisis gracias al razonamiento adoptado por otros tribunales arbitrales que de manera sistemática incorporan el aporte, la duración y el riesgo como características distintivas de una ‘inversión’.) (Se omitió la cita); *ibidem*. en el párr. 202 (“Parece que, de conformidad con los objetivos del Convenio, para que un contrato se considere una inversión, debe cumplir con las siguientes tres condiciones[:] a) la parte contratante debe haber hecho un aporte al país en cuestión, b) ese aporte debe extenderse durante un cierto periodo de tiempo, y c) debe implicar cierto riesgo para la parte contratante.”) (traducción y citas del caso *Consortium Groupement LESI-Dipenta c. la República Popular Democrática de Argelia*, Caso CIADI No. ARB/03/8, Laudo, de fecha 10 de enero de 2005, en el párr. 13(iv)); Anexo CLM-177, C. Schreuer, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* (2ª ed. 2009), en 130-131, párrafos 161-163 (en donde se analizan las características del aporte de capital, la duración y el riesgo). Esas características están también incluidas en el TBI Modelo de EE.UU. de 2004, el cual define “inversión” como “todo activo... que

típicamente asociadas con una inversión, aunque pueden estar presentes en combinaciones diferentes en cualquier caso dado; por ello, los tribunales evalúan cada inversión globalmente³⁷¹. La inversión de MSDIA en el Ecuador sin duda tiene las características de una inversión³⁷².

a) *Aporte de capital*

208. Una inversión por lo general requiere el aporte de capital del inversionista en el territorio del Estado receptor. Ese aporte refleja la intención del inversionista de participar productivamente con el Estado receptor a cambio de las protecciones sustantivas del TBI. Los aportes de capital pueden adoptar la forma de aportes financieros o aportes de

tiene las características de una inversión, lo cual incluye características como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancias, o la asunción de riesgo”. Anexo CLM-105, K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS [Los acuerdos internacionales de inversión de EE.UU.] (2009), en 121-122 (énfasis añadido).

³⁷¹ Véase, por ejemplo, Anexo CLM-43, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Resolución sobre las Objeciones a la Jurisdicción, de fecha 24 de mayo de 1999, en el párr. 90 (“El Tribunal señala... que esos elementos de la definición sugerida [de “inversión”], si bien como regla tienden a estar presentes en la mayoría de las inversiones, no son un prerrequisito formal para que se determine que una transacción constituye una inversión, pues ese concepto se entiende en virtud del Convenio.”); Anexo CLM-66, *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine, Inc. c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, de fecha 31 de julio 2007, en el párr. 165 (“El Tribunal declara que los requisitos que se tomaron en cuenta en algunos precedentes arbitrales para los fines de señalar la existencia de una inversión protegida por un tratado (como la duración y el riesgo de la presunta inversión) deben considerarse simples ejemplos y no necesariamente elementos que sean obligatorios para la existencia de tal inversión.”); Anexo CLM-136, *Mytilineos Holdings SA c. la Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia*, CNUDMI, Laudo Parcial sobre la Jurisdicción, de fecha 8 de septiembre de 2006, en párrs. 124-125 (que sostiene que el “efecto combinado” de una serie de contratos relacionados que suministran ventas, servicios y transacciones de préstamo fue “el establecimiento de una relación comercial a largo plazo” y una inversión para los fines del respectivo TBI); Anexo RLM-123, *Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A c. el Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 16 de julio de 2001, en el párr. 52 (“La doctrina en general considera que la inversión implica: aportes, una cierta duración de la ejecución del contrato y una participación en los riesgos de la transacción... En realidad, esos diversos elementos pueden ser interdependientes. Por lo tanto, los riesgos de la transacción pueden depender de los aportes y de la duración de la ejecución del contrato. Por consiguiente, esos diversos criterios deben evaluarse en conjunto incluso si, en aras de razonar, el Tribunal en este caso los considera individualmente.”) (Se omitió la cita)

³⁷² Algunos tribunales de inversión también han considerado si una inversión contribuye al desarrollo económico del Estado receptor, pero esta característica es polémica a la luz de su subjetividad. Véase, por ejemplo, el Anexo CLM-122, *Deutsche Bank AG c. la República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/02, Laudo, de fecha 31 de octubre de 2012, en el párr. 306 (“Finalmente, el criterio de aporte al desarrollo económico fue desacreditado y ningún tribunal lo ha adoptado recientemente. En general, se considera que ese criterio no funciona debido a su naturaleza subjetiva... Además, algunas transacciones sin duda pueden calificarse de inversiones, aunque no resulten en un aporte importante al desarrollo en una evaluación retrospectiva de las actividades del demandante.”). En todo caso, las actividades de MSDIA en el Ecuador sí contribuyeron al desarrollo económico del Ecuador, por ejemplo, mediante la participación de MSDIA en el mercado farmacéutico local y el desarrollo de este último, la oferta de productos farmacéuticos importantes para salvar vidas, su donación de capacitación profesional a médicos locales, y sus iniciativas de voluntariado para erradicar la oncocercosis (ceguera del río) en el Ecuador. Véase la Tercera Declaración Testimonial de Canan en el párr. 12.

conocimientos técnicos, equipos, personal o servicios³⁷³.

209. Como explica en su declaración testimonial el Presidente de MSDIA, Jean Marie Canan, construir la actividad comercial de MSDIA en el Ecuador requirió una inversión sustancial de parte de MSDIA, lo que incluyó capital, personal, capacitación y recursos de gestión³⁷⁴. Entre otras cosas, la sucursal del Ecuador contrató a más de 100 empleados, “la gran mayoría de ellos son ciudadanos ecuatorianos”³⁷⁵. También brindó miles de horas de capacitación como parte del desarrollo profesional de esos empleados, lo cual llegó a un total aproximado de 7.000 horas tanto en el año 2012 como en el año 2013³⁷⁶.

210. Además, la sucursal de Ecuador de MSDIA tiene amplias relaciones con los clientes que son los compradores ecuatorianos, relaciones con los distribuidores y compañías logísticas locales de Ecuador³⁷⁷, e inversiones en equipos y bienes raíces³⁷⁸. Además, como explica el Sr. Canan, “la venta de productos farmacéuticos en el Ecuador exige una inversión importante y continuada para obtener y mantener los diversos registros y autorizaciones de comercialización, mantener el cumplimiento con reglamentos y llevar a cabo muchas otras actividades relacionadas con la comercialización y distribución de medicinas y vacunas”³⁷⁹.

211. MSDIA comprometió esos recursos con la intención de “realizar una inversión a largo plazo para construir una actividad comercial exitosa en el Ecuador”³⁸⁰. El hecho de que MSDIA haya llevado adelante su actividad comercial en el Ecuador de forma continuada durante 40 años es evidencia de ese compromiso.

212. Ecuador ha sostenido que la actividad comercial de MSDIA en el Ecuador no constituye una inversión porque está organizada como sucursal y no como una compañía ecuatoriana constituida de forma separada³⁸¹. La definición de inversión que aparece en el Tratado no contiene nada que limite las inversiones a una forma corporativa específica o que excluya que una sucursal pueda considerarse inversión en virtud del Tratado.

213. Como explicó un comentarista destacado sobre el programa de TBI de EE.UU., “el término ‘inversión’ significa todas las inversiones y desde luego una sucursal operativa

³⁷³ Véase Anexo CLM-177, C. Schreuer, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY (2ª ed. 2009), en 130, párr. 161.

³⁷⁴ Tercera Declaración Testimonial de Canan en párrs. 12 y 20.

³⁷⁵ Tercera Declaración Testimonial de Canan en el párr. 9.

³⁷⁶ Tercera Declaración Testimonial de Canan en el párr. 20. MSDIA Ecuador también “aporta miles de horas de educación y formación de doctores y profesionales de la medicina en el Ecuador de forma anual.” *Ibidem*.

³⁷⁷ Tercera Declaración Testimonial de Canan en el párr. 8.

³⁷⁸ Tercera Declaración Testimonial de Canan en el párr. 10.

³⁷⁹ Tercera Declaración Testimonial de Canan en el párr. 11.

³⁸⁰ Tercera Declaración Testimonial de Canan en el párr. 11.

³⁸¹ Véase, por ejemplo, Oposición del Ecuador a la petición de Medidas Provisionales por parte de MSDIA, de fecha 24 de julio de 2012, en el párr. 90.

puede entrar dentro de esa definición ya sea que fue constituida por separado o no”³⁸². Los tribunales de inversión han determinado que una sucursal constituye una inversión en el Estado receptor en las circunstancias apropiadas, lo que incluye el TBI de los EE.UU. – Ecuador³⁸³.

b) Duración

214. Otro rasgo característico de una inversión es la duración de las actividades del inversionista en el Estado receptor. Ello indica que “allí existe claramente la expectativa de una relación a largo plazo”³⁸⁴. De esa forma, el Estado receptor debe extender las protecciones sustantivas del TBI solamente a inversiones que comprometen recursos en el Estado receptor durante un plazo importante y no a reclamaciones basadas en una mera transacción única con efecto mínimo en el Estado receptor³⁸⁵.

215. No hay un periodo específico de tiempo para que se pueda considerar que las actividades en el Estado receptor son una inversión. Los Tribunales que consideran si una inversión es de suficiente duración han aceptado un plazo tan breve como dos años³⁸⁶. No puede quedar duda de que MSDIA cumple con ese requisito, pues realizó su “primera inversión en Ecuador en 1973” y continuó invirtiendo en el país durante los cuarenta años posteriores³⁸⁷.

c) Riesgo

216. Un tercer factor que los tribunales consideraron al evaluar la existencia de una

³⁸² Anexo CLM-105, K. Vandeveldt, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (2009), en 122.

³⁸³ Véase Anexo CLM-66, *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine, Inc. c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, de fecha 31 de julio de 2007, en el párr. 164 (que determina que existe una inversión conforme al Artículo I del TBI entre los EE.UU. y Ecuador, donde las demandantes habían establecido una oficina sucursal en Ecuador, a pesar del hecho de que dicha sucursal había dejado de funcionar para la época en que surgió la controversia, en donde la sucursal tenía cuentas por cobrar, un permiso de operaciones y ciertas reclamaciones contractuales).

³⁸⁴ Anexo CLM-177, C. Schreuer, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY (2ª ed. 2009), en 128, párr. 153.

³⁸⁵ Véase, por ejemplo, Anexo CLM-176, N. Rubins, *The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration*, [Concepto de ‘inversión’ en el arbitraje de inversiones internacionales] en N. Horn & S. Kröll (eds.), ARBITRATING FOREIGN INVESTMENT DISPUTES (2004), en 283, 297 (“Presumiblemente, este criterio [de duración] se refiere al deseo del Estado receptor de fomentar los compromisos de capital del extranjero en los que se puede basar para su desarrollo económico. En opinión del Estado receptor, las operaciones de duración limitada son impredecibles y tienden a retirarse o a no renovarse cuando se deterioran las condiciones, cuando la volatilidad financiera empeora en el país en vez de mitigarla.”).

³⁸⁶ Véase Anexo CLM-177, C. Schreuer, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY (2ª ed. 2009), en 130, párr. 162.

³⁸⁷ Tercera Declaración Testimonial de Canan en el párr. 12 (Segunda Declaración Testimonial de Jean Marie Canan en el párr. 5).

“inversión” es si el inversionista asumió el riesgo en conexión con su inversión en el Estado receptor. Al igual que la duración, se debe hacer una distinción entre los riesgos asumidos en una transacción única y los de un compromiso sustancial a lo largo del tiempo que necesariamente implica incertidumbre y la posibilidad de pérdidas³⁸⁸.

217. Los tribunales han definido “el riesgo de la inversión” de la siguiente manera:

“una situación en la que el inversionista no puede estar seguro del retorno sobre su inversión, y quizás no sepa la cantidad que terminará gastando, incluso si todas las contrapartes respectivas cumplen con sus obligaciones contractuales. Cuando existe un ‘riesgo’ de ese tipo, el inversionista simplemente no puede predecir el resultado de la transacción”³⁸⁹.

Este concepto se ha aplicado de manera general; algunos tribunales han aceptado la existencia de la controversia de inversión en sí como indicativo del “riesgo”, y otros han sostenido que ese riesgo es inherente a cualquier contrato comercial a largo plazo³⁹⁰.

218. La inversión de MSDIA en el Ecuador está sujeta a riesgos. Según el sr. Canan, “MSDIA optó por invertir en el Ecuador sabiendo que el mercado farmacéutico ecuatoriano era competitivo y que existía un riesgo de que su negocio no triunfara”³⁹¹. Es decir, MSDIA “no tenía ninguna garantía de que sus importantes inversiones en el Ecuador resultaran un negocio exitoso”³⁹².

219. Así pues, MSDIA vendió sus productos en el Ecuador durante las últimas cuatro décadas mediante una empresa local, con empleados locales, equipos y bienes raíces locales, y una red de distribución local. Los tribunales Inversionista-Estado han determinado sistemáticamente que un negocio continuado de ese tipo en el Estado receptor es una inversión para los fines de un tratado de inversión bilateral³⁹³. La inversión de MSDIA en

³⁸⁸ Véase, por ejemplo, Anexo CLM-176, N. Rubins, *The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration*, en N. Horn & S. Kröll (eds.), *ARBITRATING FOREIGN INVESTMENT DISPUTES* (2004), en 283, 298 (“Así pues, las transacciones en las que el riesgo recae principal o totalmente en el Estado receptor por contrato – específicamente la venta de bienes prepagados o los acuerdos de prestación de servicios en los que el pago se efectúa sustancialmente antes de que se cumplan las obligaciones del extranjero—tenderían a quedar fuera del ámbito de las inversiones protegidas. El motivo de esta distinción es relativamente claro: es justamente la posibilidad de un fracaso contractual lo que hace necesaria la protección legal internacional a fin de atraer esas transacciones y que se cristalicen. Si la entidad extranjera asume poco o ningún riesgo al firmar un acuerdo, es razonable suponer que escogerá realizar esa actividad incluso sin las garantías de la resolución arbitral de futuras controversias.”).

³⁸⁹ Anexo RLM-54, *Romak S.A. c. la República de Uzbekistán*, Caso CPA No. AA280 (CNUDMI), Laudo, de fecha 26 de noviembre de 2009, en párrs. 229-230.

³⁹⁰ Véase Anexo CLM-177, C. Schreuer, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* (2ª ed. 2009), at 131, párr. 163.

³⁹¹ Tercera Declaración Testimonial de Canan en el párr. 12.

³⁹² Tercera Declaración Testimonial de Canan en el párr. 12.

³⁹³ Véase, por ejemplo, Anexo CLM-143, *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, de fecha 13 de noviembre de 2000, en el párr. 229 (que sostuvo que la empresa local de la demandante en Canadá constituía una inversión a pesar de ser de propiedad privada de inversionistas particulares a diferencia de la sociedad mercantil demandante y que expuso lo siguiente: “el Tribunal no acepta que una reclamación que

su empresa en el Ecuador es, por lo tanto, reúne los requisitos para gozar de la protección del Tratado.

2. La planta de MSDIA del Valle de los Chillos constituye una inversión, cuya enajenación está cubierta por el Tratado

220. Además, Ecuador ha admitido que la planta de MSDIA en el Valle de los Chillos califica como inversión cubierta por el Tratado³⁹⁴. En efecto, la propiedad de bienes raíces es la forma de inversión extranjera por excelencia que encaja perfectamente en la definición amplia del Artículo I del TBI³⁹⁵. La inversión de MSDIA en la planta del Valle de los Chillos es, por ende, suficiente para demostrar la jurisdicción del Tribunal sobre las reclamaciones de MSDIA pues esas reclamaciones guardan relación con la "enajenación" de la inversión de MSDIA en el año 2003.

221. El Tratado tiene la finalidad de proteger la inversión durante toda su duración, desde que se establece hasta su enajenación. En efecto, las protecciones del Tratado serían en gran parte ilusorias si no protegieran al inversionista cuando enajena su inversión. Como reconoció el tribunal del caso *Chevron I* cuando analizó el TBI entre EE.UU.-Ecuador:

“[U]na vez que se establece la inversión, el TBI trata de cerrar cualquier brecha posible de la protección de esa inversión a medida que avanza en el tiempo y posiblemente cambia de forma. Una vez que se estableció la inversión, continúa existiendo y estando protegida hasta que se haya completado su 'disposición' final, es decir, hasta que haya sido disuelta”³⁹⁶.

por lo demás es meritoria deba fracasar solamente por la estructura corporativa adoptada por una demandante a fin de organizar la forma en que llevará adelante sus actividades comerciales”); Anexo CLM-81, *Tokios Tokeles c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 29 de abril de 2004, en el párr. 78 (que sostuvo que la subsidiaria local de la demandante, mediante la cual llevó a cabo su negocio de publicidad e impresión, constituía una inversión).

³⁹⁴ Véase Dúplica del Ecuador a la Petición de Medidas Provisionales por parte de MSDIA, de fecha 17 de agosto de 2012, en el párr. 93 (“Ecuador acepta que la planta de manufactura y la instalación de embalaje en el Valle de los Chillos que la Demandante vendió en 2003 era una inversión de conformidad con el Tratado.”) (Se omitió la nota al pie).

³⁹⁵ Véase Anexo C-1, TBI entre los EE.UU. y Ecuador, art. I(1)(a) (“‘inversión’ significa toda clase de inversión en el territorio de una Parte de propiedad o controlada directa o indirectamente por nacionales o compañías de la otra Parte... e incluye: (a) bienes tangibles ...”); Anexo CLM-176, N. Rubins, *The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration*, en N. Horn & S. Kröll (eds.), *ARBITRATING FOREIGN INVESTMENT DISPUTES* (2004), en 283, 304 (que identifica “el terreno, las fábricas y demás instalaciones de producción” como “activos fundamentales del concepto clásico de inversión”) (Se omitió la nota al pie).

³⁹⁶ Anexo CLM-44, *Chevron Corp. (U.S.A.) & Texaco Petroleum Co. (EE.UU.) c. la República del Ecuador (Chevron I)*, Caso CPA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Provisorio, de fecha 1 de diciembre de 2008, en el párr. 183; Véase también Anexo RLM-102, *Jan de Nul N.V. & Dredging Int’l N.V. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 16 de junio de 2006, en el párr. 135 (que adoptó el argumento de las demandantes de que exigir que esté presente una inversión en el territorio del Estado receptor en el momento en que surgió la controversia “minaría” “toda la lógica de los tratados de protección de las inversiones” y que cita la opinión experta del Prof. Schreuer en el sentido de que “[e]l deber de ofrecer el desagravio por una vulneración de derechos persiste aunque los derechos como tales hayan concluido”) (se omitieron las comillas); Anexo CLM-171, C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger,

222. El ciclo de vida de una inversión no está completo hasta que se haya concluido cualquier litigio relativo a la inversión, lo cual incluye su enajenación. Esto está confirmado por casos anteriores. El Tribunal de *Chevron I*, por ejemplo, sostuvo que Chevron tenía una inversión protegida conforme al TBI de los EE.UU.-Ecuador con respecto al litigio derivado de una concesión que Chevron había vendido años antes. Como expresó el tribunal:

“Las inversiones de las Demandantes fueron liquidadas en gran parte cuando transfirieron su propiedad en la concesión a PetroEcuador y al celebrarse varios Acuerdos de Conciliación con Ecuador. Sin embargo, esas inversiones no fueron ni están totalmente liquidadas debido a las solicitudes continuadas de dinero resultantes directamente de sus actividades de extracción y producción petrolera en virtud de sus contratos con el Ecuador y su compañía estatal de petróleos... Las Demandantes siguen teniendo intereses que subsisten en su inversión original, pero de una forma diferente. Así pues, las inversiones de las Demandantes no han dejado de existir: Sus pleitos continuaron su inversión original por medio de la entrada en vigencia del TBI y hasta la fecha de inicio del presente arbitraje”³⁹⁷.

223. El tribunal de *Chevron II* de manera similar sostuvo en virtud del mismo tratado que “no existe motivo en la redacción de este TBI para limitar el ciclo de vida de una inversión cubierta antes de su desaparición total y final, lo que incluye la finalización de todos los medios para reivindicar reclamaciones y hacer valer derechos por parte del inversionista u otras personas con relación a esa inversión”³⁹⁸.

INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION (2007), en 176, párr. 6.47 (“Una inversión no deja de estar cubierta por un tratado simplemente porque dejó de existir.”).

³⁹⁷ Anexo CLM-44, *Chevron Corp. (U.S.A.) & Texaco Petroleum Co. (U.S.A.) c. la República del Ecuador (Chevron I)*, Caso CPA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Provisorio, de fecha 1 de diciembre de 2008, en el párr. 185. Otros tribunales arbitrales han sostenido de forma similar que la protección de la inversión conforme al TBI sigue aplicándose a un laudo arbitral que representa la “cristalización” o la transformación de la inversión original de la demandante. Véase, por ejemplo, Anexo CLM-15, *Saipem S.p.A. c. la República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/7, Resolución sobre la Jurisdicción y Recomendación de Medidas Provisionales, de fecha 21 de marzo de 2007, en el párr. 127 (“Habiendo dicho esto, los derechos plasmados en el laudo de la Cámara de Comercio Internacional no fueron creados por el Laudo, sino que emanan del Contrato. El Laudo de la CIC cristalizó los derechos y obligaciones de las partes en virtud del contrato original. Así pues, puede quedar abierto si el Laudo en sí califica como inversión, ya que los derechos contractuales que están cristalizados por el Laudo constituyen una inversión conforme al Artículo 1(1)(c) del TBI.”); Anexo CLM-125, *Frontier Petroleum Services Ltd. c. la República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, de fecha 12 de noviembre de 2010, en el párr. 231 (“Este Tribunal acepta que la inversión original de la Demandante consistió en los pagos efectuados..., los cuales se transformaron en el derecho a un primer cobro garantizado en el Laudo Definitivo. ... Por consiguiente, al negarse a reconocer y hacer cumplir el Laudo Definitivo en su totalidad, el Tribunal acepta que la Demandada podría decirse que afectó la gestión, el uso, goce o disposición por parte de la Demandante de lo que quedaba de su inversión original.”); Anexo CLM-114, *White Industries Australia Ltd. c. la República de India*, CNUDMI, Laudo Definitivo, de fecha 30 de noviembre de 2011, en el párr. 7.6.8 (que señala “la jurisprudencia en evolución sobre el tratamiento de los laudos arbitrales en el sentido de que los laudos pronunciados por tribunales a raíz de controversias relativas a ‘inversiones’ hechas por ‘inversionistas’ conforme a tratados bilaterales de inversión representan la continuación o la transformación de la inversión original”).

³⁹⁸ Véase Anexo CLM-108, *Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. c. la República del Ecuador (Chevron II)*, Caso CPA No. 2009-23 (CNUDMI), Tercer Laudo Provisorio sobre la Jurisdicción y la Procedencia, de

224. Un tribunal anterior del TLCAN llegó a una conclusión similar en el caso *Mondev c. Estados Unidos*, a pesar del hecho de que, para la época en que entró en vigencia el TLCAN, “todo lo que Mondev tenía eran reclamaciones de dinero asociadas con una inversión que ya había fracasado”³⁹⁹. El tribunal consideró que, al aceptar la jurisdicción, estaría dando protección a los intereses subsistentes que Mondev seguía teniendo en la inversión original. El tribunal del caso *Mondev* explicó lo siguiente:

“Todavía pueden surgir cuestiones relativas a la liquidación ordenada y la conciliación de reclamaciones y requerir 'trato justo y equitativo', 'protección y seguridad plenas' y que se evite la discriminación injusta.... Los accionistas, aunque se trate de una empresa sin éxito, conservan intereses en la empresa derivados de su compromiso de capital y otros recursos, y **la intención del TLCAN es evidentemente brindar protección de las inversiones durante todo su ciclo de vida**, es decir, 'con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, gestión, conducción, operación, y venta u otra disposición de las inversiones’⁴⁰⁰.

225. La controversia presente guarda relación con los actos del Ecuador en el litigio que surgió de los intentos de MSDIA de vender la planta del Valle de los Chillos. Como reconoció la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en su resolución en ese pleito, el pleito “tuvo su origen en la fallida compra venta de una planta industrial”⁴⁰¹. Las obligaciones del Ecuador en virtud del Tratado se extienden al litigio relativo a la enajenación de esa planta por parte de MSDIA, y las reclamaciones de MSDIA en este arbitraje, por lo tanto, tienen relación con la violación por parte del Ecuador de un derecho conferido por el Tratado respecto a una inversión cubierta.

B. Existe una controversia de inversión relativa a la inversión de MSDIA's en el Ecuador

226. El Artículo VI del Tratado permite el arbitraje de una “controversia de inversión”, que se define como una controversia “que surge o se deriva de... una presunta violación de

fecha 27 de febrero de 2012, en el párr. 4.13. Véase también Anexo CLM-126, *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/16, Laudo, de fecha 31 de marzo de 2011, en el párr. 124 (“El Tribunal está de acuerdo con la Demandante. La Demandada, en efecto, ha intentado crear un requisito de legitimación (es decir, un requisito de propiedad o de control de la inversión en el momento de la inscripción de la Petición) que por lo demás no existe conforme al TBI, ni conforme al Convenio del CIADI ni a las Reglas del CIADI. En efecto, ese requisito, si existiese, excluiría una variedad importante de casos en los que se hacen reclamaciones por concepto de enajenación o expropiación de una inversión.”); Anexo CLM-139, *Pey Casado c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo, de fecha 8 de mayo de 2008, en el párr. 446 (que sostiene que el inversionista estaba legitimado cuando las medidas impugnadas tenían relación con una inversión expropiada veinte años antes).

³⁹⁹ Anexo RLM-41, *Mondev Int'l Ltd. c. los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, de fecha 11 de octubre de 2002, en el párr. 77.

⁴⁰⁰ Anexo RLM-41, *Mondev Int'l Ltd. c. los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, de fecha 11 de octubre de 2002, en el párr. 81 (énfasis añadido).

⁴⁰¹ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en 21.

un derecho conferido o creado por el presente Tratado”⁴⁰². Es indudable que las reclamaciones de MSDIA de que la conducta de la función judicial del Ecuador en el pleito *NIFA c. MSDIA* incumplió el TBI EE.UU.-Ecuador cumplen con ese requisito.

227. Los tribunales de inversión han adoptado de forma uniforme una interpretación amplia de lo que constituye una controversia de inversión⁴⁰³. En el caso *Burlington Resources c. Ecuador*, por ejemplo, el tribunal sostuvo que una “controversia” conforme a la disposición respectiva del correspondiente TBI implicaba “(i) un desacuerdo entre las partes respecto de sus derechos y obligaciones, una oposición de intereses y opiniones, y (ii) una expresión de ese desacuerdo, de tal forma que ambas partes están conscientes del desacuerdo”⁴⁰⁴. En concordancia con la amplitud de dicha norma, MSDIA no tiene conocimiento de ningún arbitraje entre inversionista y Estado en el cual el tribunal declinara su jurisdicción porque el demandante no pudiera demostrar la existencia de una controversia de inversión⁴⁰⁵.

228. En el caso presente, MSDIA alegó que el Ecuador vulneró numerosas disposiciones del Tratado,⁴⁰⁶ y el Ecuador negó esas afirmaciones⁴⁰⁷. Por ende, existe un desacuerdo entre las partes en cuanto a la existencia o el alcance de un derecho u obligación jurídicos, lo cual demuestra que existe una controversia de inversión entre las partes.

⁴⁰² Anexo C-1, TBI entre los EE.UU. y Ecuador, art. VI(1), (4).

⁴⁰³ Anexo CLM-62, *Maffezini c. el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 25 de enero de 2000, en párrs. 93-94; Anexo CLM-81, *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 29 de abril de 2004, en párrs. 106-107; Anexo CLM-60, *Empresas Lucchetti, S.A. & Lucchetti Perú, S.A. c. la República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo, de fecha 7 de febrero de 2005, en el párr. 48; Anexo CLM-53, *Impregilo S.p.A. c. la República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 22 de abril de 2005, en párrs. 302-303; Anexo CLM-107, *AES Corp. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/17, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 26 de abril de 2005, en el párr. 43; Anexo CLM-9, *El Paso Energy Int'l Co. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 27 de abril de 2006, en el párr. 61; Anexo CLM-78, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. & InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 16 de mayo de 2006, en el párr. 29; CLM-66, *M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine, Inc. c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, de fecha 31 de julio de 2007, en el párr. 63.

⁴⁰⁴ Anexo RLM-12, *Burlington Resources Inc. c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 2 de junio de 2010, en párrs. 289, 320, 325.

⁴⁰⁵ En efecto, según el Profesor Schreuer, el principal comentarista sobre el Convenio del CIADI: “Los argumentos que tratan de negar la existencia de una controversia casi nunca han triunfado. Por lo tanto, una objeción a la jurisdicción que se base en la denegación de una controversia entre las partes no es una estrategia prometedora. No se necesitan muchas expresiones de posiciones opuestas de las partes para demostrar que existe una controversia. Específicamente, resulta inútil que una de las partes niegue la existencia de una controversia”. Anexo CLM-103, C. Schreuer, *What Is a Legal Dispute?* [¿Qué es una controversia jurídica?] en INTERNATIONAL LAW BETWEEN UNIVERSALISM AND FRAGMENTATION: FESTSCHRIFT IN HONOUR OF GERHARD HAFNER [Derecho internacional entre el universalismo y el particularismo: Festschrift en honor de Gerhard Hafner] (2008), en 959, 978.

⁴⁰⁶ Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre de 2011, en párrs. 12, 159.

⁴⁰⁷ Oposición del Ecuador a la petición de Medidas Provisionales por parte de MSDIA, de fecha 24 de julio de 2012, en párrs. 6-36.

C. *MSDIA inició un arbitraje de conformidad con el Artículo VI del Tratado*

1. MSDIA notificó de su controversia de inversión y esperó seis meses antes de iniciar el arbitraje

229. El Artículo VI(3)(a) del Tratado establece lo siguiente:

“Siempre que el nacional o la compañía afectados no hayan sometido la controversia para su resolución en virtud del párrafo 2 (a) o (b) y que hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la controversia, el nacional o la compañía podrán optar por dar su consentimiento por escrito a que se presente la controversia para su resolución mediante arbitraje vinculante...”

230. La sentencia de primera instancia de los tribunales ecuatorianos en contra de MSDIA fue dictada el 17 de diciembre de 2007⁴⁰⁸. El 8 de junio de 2009, MSDIA envió a Ecuador la notificación de la controversia de acuerdo con las disposiciones del Artículo VI⁴⁰⁹. MSDIA afirmó que Ecuador vulneró los derechos de MSDIA en virtud del Tratado mediante las acciones de los tribunales ecuatorianos, entre ellas no brindar un trato justo y equitativo y someter a MSDIA a una denegación de justicia⁴¹⁰. En esa carta de notificación y en una reunión posterior con el Procurador General en septiembre de 2009, MSDIA intentó buscar una solución de buena fe a la controversia, como lo exige el Artículo VI⁴¹¹.

231. La notificación y los esfuerzos de MSDIA por negociar con Ecuador cumplieron con los requisitos del Tratado en virtud del Artículo VI(2) y (3). Cuando MSDIA notificó a Ecuador de la existencia de la presente controversia, se refirió con claridad a los presuntos incumplimientos del Tratado y a un posible arbitraje. Ecuador claramente tuvo oportunidad de tomar las medidas que estaban a su alcance para resolver el asunto antes de que se iniciara este arbitraje, pero optó por no hacerlo.

232. Por el contrario, después de que MSDIA presentó su Notificación de Controversia en junio de 2009, los tribunales y los fiscales del Ecuador de la oficina del Fiscal Distrital de Pichincha permitieron que la demandante ecuatoriana en el litigio subyacente iniciara y llevara adelante procedimientos penales en contra de los abogados de MSDIA localizados en EE.UU., los cuales no fueron desestimados por los tribunales de Ecuador sino en septiembre de 2011⁴¹². Esos procedimientos penales efectivamente frustraron cualquier

⁴⁰⁸ Véase Anexo C-3, Opinión del Tribunal de Primera Instancia, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 17 de diciembre de 2007.

⁴⁰⁹ Véase Anexo C-2, Notificación de Controversia de MSDIA, de fecha 8 de junio de 2009.

⁴¹⁰ Véase Anexo C-2, Notificación de Controversia de MSDIA, de fecha 8 de junio de 2009, en 3-4.

⁴¹¹ Véase Anexo C-2, Notificación de Controversia de MSDIA, de fecha 8 de junio de 2009; Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre de 2011, en el párr. 131; Petición de MSDIA de Medidas Provisionales, de fecha 12 de junio de 2012, en el párr. 40 n.24.

⁴¹² Como se explicó en la Petición de Medidas Provisionales de MSDIA, después de que MSDIA envió su Notificación de Controversia al Procurador General del Ecuador, el Gerente General de NIFA entabló una demanda penal en la Fiscalía Provincial de Pichincha en contra de los abogados de MSDIA residentes en

intento posterior de MSDIA por negociar con Ecuador, y Ecuador no hizo ningún otro intento por negociar con MSDIA. MSDIA presentó el presente arbitraje el 29 de noviembre de 2011, mucho después de que venció el periodo de espera de seis meses conforme al Artículo VI⁴¹³.

2. MSDIA ejerció su derecho en virtud del Tratado de escoger el arbitraje de la CNUDMI

233. Al celebrar el Tratado, Ecuador dio su consentimiento conforme al Artículo VI(4) “a que se sometiera cualquier controversia de inversión para su resolución mediante arbitraje vinculante de acuerdo con la opción especificada en el consentimiento escrito del nacional o la compañía en virtud del párrafo 3”. El párrafo 3 permite que un inversionista presente una controversia para su resolución, entre otras cosas, “de acuerdo con las Reglas de la CNUDMI”.

234. MSDIA presentó un consentimiento válido para el arbitraje conforme a las Reglas de la CNUDMI en su Notificación de Arbitraje⁴¹⁴. El Tratado no especifica la forma que debe adoptar el consentimiento al arbitraje, e indica simplemente que “el nacional o la compañía afectados deben optar por dar el consentimiento por escrito”⁴¹⁵. El tribunal en el caso *EnCana c. Ecuador*, al analizar esta disposición del TBI entre EE.UU. y Ecuador, concluyó que el consentimiento al arbitraje incluido en la notificación de arbitraje del demandante era válido y tenía como resultado un acuerdo al arbitraje vinculante. Como explicó el tribunal, “a menos que en el TBI se establezca específicamente de otro modo, uno normalmente buscaría la declaración de consentimiento al arbitraje en la propia Notificación de Arbitraje, que es el documento por el cual se inicia el arbitraje”⁴¹⁶.

EE.UU.. Véase Anexo C-27, Demanda Penal iniciada por Miguel García Costa y los documentos afines, según se transmitió por medio del Departamento de Justicia de los EE.UU., el 6 de julio de 2010. La Fiscalía posteriormente abrió dos investigaciones penales sobre las acusaciones, las dos fundamentadas en el acto de notificación de los abogados de MSDIA conforme al TBI entre los EE.UU. y Ecuador. Aunque los fiscales recomendaron que se desestimaran las dos investigaciones, el Juez que presidía una de las investigaciones rechazó la recomendación y permitió que continuara la investigación. Esa investigación siguió pendiente hasta ocho días antes de que el tribunal de apelación pronunciara su sentencia. Véase Anexo C-43, Orden de la Jueza Elsa Sánchez de Melo, Juzgado 18 de lo Penal de Pichincha, Caso No. 284-2011, de fecha 24 de junio de 2011; Anexo C-49, Desestimación recomendada de la investigación penal, Caso No. 284-2011, presentado por Marco Freire López, Fiscal Distrital de Pichincha, de fecha 14 de septiembre de 2011; Anexo C-50, Orden de la Jueza Elsa Sánchez de Melo, Juzgado 18 de lo Penal de Pichincha que desestima la investigación penal, Caso No. 284-2011, de fecha 15 de septiembre de 2011.

⁴¹³ Véase Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre de 2011.

⁴¹⁴ Véase Notificación de Arbitraje de MSDIA, de fecha 29 de noviembre de 2011, en el párr. 23 (“MSDIA, por lo tanto, opta, por dar su consentimiento para someter la controversia y resolverla mediante arbitraje vinculante de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).”).

⁴¹⁵ Anexo C-1, TBI entre los EE.UU. y Ecuador, art. VI(3)(a), (b).

⁴¹⁶ Anexo CLM-124, *EnCana Corp. c. la República del Ecuador*, Caso del Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) No. UN3481 (CNUDMI), Laudo Parcial sobre la Jurisdicción, de fecha 27 de febrero de 2004, en el párr. 13. En efecto, los tribunales inversionista-Estado han sostenido de manera uniforme que las

235. Ecuador ha sostenido que el consentimiento de MSDIA al arbitraje de la CNUDMI no es válido y no demuestra que exista un acuerdo al arbitraje vinculante pues MSDIA anteriormente dio su consentimiento al arbitraje del CIADI en su notificación de controversia⁴¹⁷. El argumento de Ecuador no tiene fundamento.

236. En primer lugar, en su notificación de controversia, MSDIA se reservó el derecho de dar su consentimiento a alguna otra forma de arbitraje conforme al Tratado. Específicamente:

“Mediante esta carta, MSDIA por la presente acepta el ofrecimiento de la República del Ecuador de someter las controversias de inversión para su resolución mediante arbitraje vinculante ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”), de conformidad con el Artículo VI del TBI y el Artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio CIADI”)... Independientemente y sin perjuicio del derecho de MSDIA de iniciar el arbitraje del CIADI en una fecha futura, MSDIA se reserva su derecho en cualquier momento de seleccionar cualquier forma de arbitraje establecida en virtud del Artículo VI(3)(A) del TBI”⁴¹⁸.

237. MSDIA se reservó sus derechos en ese sentido porque en la fecha, MSDIA tenía conocimiento de que Ecuador ya había buscado excluir algunas categorías de casos de su consentimiento a la jurisdicción del CIADI y estaba cuestionando la jurisdicción de algunos tribunales del CIADI sobre esa base⁴¹⁹. Menos de un mes después, el 6 de julio de 2009, Ecuador presentó una denuncia escrita del Convenio del CIADI ante el Banco Mundial⁴²⁰.

238. A la luz de tales eventos y para evitar una complicación jurisdiccional innecesaria,

demandantes pueden incluir su consentimiento en la petición de arbitraje. Véase, por ejemplo, Anexo CLM-112, *Ltd. Liability Co. AMTO c. Ucrania*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) No. 080/2005, Laudo Definitivo, de fecha 26 de marzo de 2008, en el párr. 46 (“Una petición de arbitraje es por su propia naturaleza un consentimiento a someter a arbitraje puesto que una parte no puede solicitar un procedimiento legal sin su propia participación en el procedimiento”).

⁴¹⁷ Véase, por ejemplo, Dúplica del Ecuador en Oposición a la Petición de Medidas Provisionales por parte de MSDIA, de fecha 17 de agosto de 2012, en el párr. 122.

⁴¹⁸ Anexo C-2, Notificación de Controversia de MSDIA, de fecha 8 de junio de 2009, en 1-2.

⁴¹⁹ El 4 de diciembre de 2007, Ecuador presentó una carta al CIADI exponiendo que deseaba excluir las controversias relacionadas con la explotación de los recursos naturales de su consentimiento al arbitraje del CIADI, que llevaron a controversias jurisdiccionales en varios casos por tratados. Véase, por ejemplo, Anexo RLM-42, *Murphy Exploration & Production Co. Int'l c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre la Jurisdicción, de fecha 15 de diciembre de 2010, en el párr. 53 (que sostuvo que la carta de retirada conforme al Artículo 25(4) no fue suficiente para excluir la jurisdicción); Anexo RLM-12, *Burlington Resources Inc. c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Resolución sobre la Jurisdicción, de fecha 2 de junio de 2010, en párrs. 311-312 (que determinó que las reclamaciones eran improcedentes sobre otras causales).

⁴²⁰ Anexo C-187, CIADI, *Ecuador presenta una notificación conforme al Artículo 71 del Convenio del CIADI*, de fecha 9 de julio de 2009. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio del CIADI, la denuncia del Ecuador se hizo efectiva seis meses después, el 7 de enero de 2010.

MSDIA escogió ejercer su derecho en virtud de la reserva de dar su consentimiento al arbitraje de la CNUDMI. MSDIA tenía derecho a hacerlo, como explica el principal comentarista de los tratados de inversión bilateral de EE.UU., “ el inversionista conserva total control [conforme a dicho tratado] sobre el tema de si se presentará una controversia a arbitraje, cuándo se presentará la controversia y qué mecanismo arbitral se deberá utilizar”⁴²¹.

239. Segundo, incluso si no se permitiera que MSDIA se reservara el derecho de dar su consentimiento a una forma diferente de arbitraje conforme al Convenio CIADI, lo cual se niega, la consecuencia sería que el consentimiento de MSDIA al arbitraje del CIADI sería nulo desde su inicio y, por lo tanto, MSDIA tenía libertad de optar por el arbitraje de la CNUDMI.

240. La sugerencia del Ecuador de que simplemente se podría pasar por alto la reserva de MSDIA, y que MSDIA estaría obligada a someter al arbitraje únicamente conforme a las Reglas del CIADI, sería contraria los términos expresos del consentimiento de MSDIA al arbitraje y contrario al principio fundamental de que las partes pueden ser obligadas a arbitrar solamente si dieron el consentimiento para ello.⁴²² Además, como asunto de equidad, también sería abiertamente injusto que Ecuador evadiera las reclamaciones en el arbitraje presente sugiriendo que se debe obligar a MSDIA a someter al arbitraje conforme a las Reglas del CIADI, cuando justamente el motivo de que MSDIA haya escogido el arbitraje de la CNUDMI fue la denuncia del Convenio CIADI por parte del Ecuador.

* * * * *

241. En suma, MSDIA ha demostrado que existe una controversia de inversión entre ella y Ecuador como está definido en el Artículo VI del Tratado. MSDIA inició debidamente el presente arbitraje, y el Tribunal por lo tanto tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de MSDIA.

⁴²¹ Anexo CLM-109, K. Vandevelde, BILATERAL INVESTMENT TREATIES: HISTORY, POLICY, AND INTERPRETATION [Tratados bilaterales de inversión: su historia, política e interpretación] (2010), en 437.

⁴²² Véase Anexo CLM-177, C. Schreuer, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY (2ª ed. 2009), en 230, párr. 514 (“Cuando la jurisdicción del CIADI se basa en un ofrecimiento de una parte, posteriormente aceptado por la otra, existe el consentimiento de las partes solamente en la medida de que coincidan el ofrecimiento y la aceptación... Si los términos de la aceptación no coinciden con los términos del ofrecimiento no existe consentimiento perfecto”); Anexo CLM-104, P. Szasz, *The Investment Disputes Convention – Opportunities and Pitfalls (How to Submit Disputes to ICSID)* [El Convenio sobre controversias de inversión: oportunidades y escollos (cómo someter controversias al CIADI)], 5 J. L. & Econ. Dev. 23, 29 (1970-1971) (“[C]uando el consentimiento está expresado en diversos instrumentos... es solamente en el aspecto de coincidencia que el consentimiento es eficaz e irrevocable”).

IV. LOS TRIBUNALES DE ECUADOR DENEGARON LA JUSTICIA A MSDIA, LO CUAL FUE UN INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL ECUADOR DE DAR UN TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO Y UN TRATAMIENTO NO INFERIOR A LO EXIGIDO POR EL DERECHO INTERNACIONAL

242. Conforme al Tratado, Ecuador está obligado a permitir que los inversionistas extranjeros accedan a la justicia en sus tribunales. El Tratado incorpora los requisitos del derecho internacional de que los nacionales extranjeros no estén sujetos a “juicio injusto” o a un “fallo injusto” del sistema judicial de un Estado⁴²³. La conducta de los tribunales de Ecuador que es “manifiestamente injusta o violatoria del debido proceso o similarmente ofensiva”⁴²⁴ constituye una denegación de justicia y un incumplimiento de las obligaciones del Ecuador conforme al Tratado.

243. El tratamiento que los tribunales ecuatorianos dieron a MSDIA se quedó muy corto en comparación con los estándares internacionales del debido proceso. Los procedimientos en los tribunales inferiores estuvieron marcados por el sesgo y por repetidas violaciones de los derechos procesales de MSDIA al debido proceso, y estuvieron abiertamente afectados por la corrupción⁴²⁵. Esos procedimientos dieron como resultado sentencias en contra de MSDIA que fueron tan manifiestamente injustas e irrazonables que no pudo haberlas dictado un tribunal honrado y competente. Específicamente, el tribunal de apelaciones sostuvo que MSDIA era responsable de una violación de la defensa de la competencia – a pesar de que el Ecuador no tiene legislación sobre defensa de la competencia⁴²⁶ y a pesar de que no existen indicios de poder de mercado u otros rasgos esenciales de una reclamación por la defensa de la competencia⁴²⁷—y determinó que la demandante ecuatoriana, NIFA, había sufrido daños por lucro cesante de **US\$150 millones** a raíz de una transacción fallida de bienes raíces por **US\$1,5 millones**⁴²⁸.

⁴²³ Anexo CLM-170, R. Lillich, INTERNATIONAL LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS [Derecho internacional de la responsabilidad de los Estados por perjuicios a extranjeros] (1983), en 224 (que cita la (Segunda) Reformulación de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos (RESTATEMENT (SECOND) OF FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES) (1965), en las secciones 179-182).

⁴²⁴ Véase Anexo CLM-182, D. Wallace Jr., “Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: *Loewen v. U.S. and Chaitin v. Mexico*,” [Tratamiento justo y equitativo y denegación de justicia, caso *Loewen v. EE.UU.* y *Chaitin v. México*] en INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW [Derecho internacional sobre inversiones y arbitraje: casos destacados del CIADI, TLCAN, tratados bilaterales y derecho internacional consuetudinario] (Weiler, ed.) (2005), en 680.

⁴²⁵ Véase *supra* en párrs. 44-61.

⁴²⁶ Véase *supra* en párrs. 118, 42-43.

⁴²⁷ Véase *supra* en párrs. 124-125.

⁴²⁸ Véase *supra* en el párr. 126. Y, por supuesto, el tribunal de primera instancia pronunció una sentencia que por lo visto se basó en los principios de defensa de la competencia en contra de MSDIA por US\$200 millones, basándose en la misma transacción fallida de bienes raíces. Véase *supra* en el párr. 56.

244. Con conocimiento de que este arbitraje estaba pendiente, y emitiendo su resolución dos semanas después de la audiencia de este Tribunal en La Haya sobre la Petición de Medidas Provisionales de MSDIA, el tribunal más alto del Ecuador, la Corte Nacional de Justicia, reconoció que la resolución del tribunal de apelación fue manifiestamente irrazonable y jurídicamente insostenible⁴²⁹. Sin embargo, en vez de confirmar que el fallo de responsabilidad carecía de fundamento y revocar la resolución del tribunal de apelación, la Corte Nacional de Justicia inventó una teoría jurídica sin precedentes por la cual se hace responsable a MSDIA (a la vez que también se anula el laudo de daños abiertamente excesivo y totalmente indefendible que dictó el tribunal de apelaciones)⁴³⁰.

245. La CNJ evidentemente reconoció que el fundamento de la responsabilidad y la cuantía de los daños establecida en los procedimientos del tribunal inferior fue absurda e indefendible. Pero en vez de simplemente resolver a favor de MSDIA o de remitir el caso para que se iniciaran nuevos procedimientos ante un tribunal imparcial, y sin dar notificación a MSDIA ni darle oportunidad de hacerse escuchar, la CNJ se basó en las determinaciones fácticas y alegaciones expuestas en una sentencia viciada del tribunal de apelaciones y hizo responsable a MSDIA conforme a una teoría jurídica totalmente diferente de la empleada por los tribunales inferiores, a saber, que la conducta de MSDIA fue “competencia desleal” procesable⁴³¹.

246. La CNJ llegó a esta conclusión a pesar de que la demandante ecuatoriana (i) **había presentado exclusivamente una reclamación por violación de la defensa de la competencia**; (ii) **había negado de forma sistemática, repetida y expresa que estaba reivindicando una reclamación por competencia desleal**; (iii) **había admitido que los hechos en el expediente no demostraban los elementos necesarios para una reclamación por competencia desleal**; y (iv) **había admitido que, en cualquier caso, los tribunales civiles no tendrían jurisdicción sobre una reclamación por competencia desleal (lo cual admitió que era de la exclusiva competencia de otros tribunales)**⁴³².

247. La CNJ también llegó a esa decisión a pesar de que ella misma reconoció que los actos de MSDIA no fueron violatorios de la legislación de defensa de la competencia porque no tuvieron ningún efecto en la competencia, y a pesar de entenderse en general, antes de su fallo, que la disposición constitucional en la que se basaba solamente abordaba principios de defensa de la competencia y a primera vista no era pertinente a reclamaciones de competencia desleal⁴³³, la cual protege solamente a los competidores (no la competencia) y se regían exclusivamente por una ley ecuatoriana diferente bajo la jurisdicción de otros tribunales⁴³⁴.

248. Al determinar que MSDIA había cometido un acto de competencia desleal, la CNJ

⁴²⁹ Véase supra en párrs. 142-144.

⁴³⁰ Véase supra en párrs. 146-149.

⁴³¹ Véase supra en párrs. 146-152.

⁴³² Véase supra en párrs. 71-73, 138, 149.

⁴³³ Véase supra en el párr. 149.

⁴³⁴ Véase supra en párrs. 70-71, 147.

no abordó *ninguna* de las pruebas sustanciales ni las opiniones confiables de peritos en el expediente sobre los hechos de los tribunales inferiores que demostraban concluyentemente que MSDIA no había cometido ningún ilícito durante sus negociaciones con NIFA. En efecto, la CNJ no hizo ningún esfuerzo aparente por entender de forma independiente los hechos y los argumentos.

249. En cambio, la CNJ *se basó de forma expresa y rápida* en las determinaciones fácticas establecidas en la sentencia corrupta del tribunal de apelaciones, que eran las mismas determinaciones fácticas a las que había llegado el tribunal de apelaciones después de *hacer caso omiso expresamente de las pruebas presentadas por MSDIA y de todas las opiniones de peritos, entre ellas opiniones de peritos designados por el tribunal, que eran favorables a MSDIA*. Aunque MSDIA había informado a la CNJ sobre las graves irregularidades procesales y las violaciones del debido proceso que rigieron los procedimientos del tribunal de apelaciones, la CNJ se basó en las determinaciones fácticas producto de ese tribunal corrupto obviamente parcializado. Por consiguiente, las determinaciones fácticas en que se basó el fallo de responsabilidad de la CNJ estuvieron viciadas con las mismas denegaciones de justicia —el mismo sesgo y violaciones flagrantes del debido proceso— que predominaron en los procedimientos del tribunal inferior y animaron las opiniones del tribunal inferior.

250. Además, MSDIA no tenía conocimiento de que la CNJ pudiera considerar o considerara la competencia desleal como causal de responsabilidad, mucho menos que lo hiciera conforme a una disposición constitucional que no tenía a primera vista relevancia sobre las reclamaciones de competencia desleal. A falta de esa notificación, es claro que MSDIA no tuvo oportunidad para hacerse escuchar respecto a dicha reclamación.

251. En efecto, dado que NIFA había renunciado a sustentarse en una teoría de competencia desleal y admitió que los tribunales no tenían jurisdicción para conocer dicha reclamación; y dado que ni NIFA ni ningún tribunal ni ninguna otra autoridad han alegado o sugerido que la disposición constitucional en la que se sustentó la CNJ abarcara una reclamación de competencia desleal; ningún litigante razonable podía haber previsto que se le podía hacer responsable sobre la base de tal teoría y, por lo tanto, ningún litigante razonable habría intentado presentar las pruebas y reunir los argumentos jurídicos en contra de tal responsabilidad, por tales motivos, MSDIA no lo hizo.

252. Como tal, aunque la resolución de la CNJ redujo considerablemente la cantidad del laudo (absurdo) por daños y perjuicios que anteriormente se calculó en contra de MSDIA, no remedió completamente la denegación de justicia que sufrió MSDIA en los tribunales inferiores. Antes bien, la resolución de la corte superior del Ecuador perpetuó de justicia del Ecuador a MSDIA al hacer responsable a MSDIA sustentándose en hechos determinados en la sentencia del tribunal de apelación, la cual estuvo viciada por graves faltas del debido proceso en tal tribunal, y sobre la base de una teoría jurídica que no fue reivindicada por la demandante y, por lo tanto, no fue planteada ante el tribunal, y con la sentencia de la CNJ y los procedimientos inferiores, no se dio a MSDIA la notificación que correspondía, ni suficiente oportunidad para presentar pruebas y responder. Las acciones del Ecuador vulneraron sus obligaciones en virtud del Tratado y, por tal motivo, MSDIA tiene derecho a una reparación.

253. Así, el Profesor Paulsson explica lo siguiente: “si son ciertas las afirmaciones

fácticas de MSDIA sobre los procedimientos del caso *NIFA c. MSDIA*, **se deduce claramente que se traspasó el umbral de incorrección de procedimiento exigido para demostrar una reclamación de denegación de justicia.**⁴³⁵

A. *El Tratado obliga al Ecuador a no denegar la justicia a los inversionistas extranjeros*

254. Como explica el Profesor Jan Paulsson, autoridad destacada sobre la denegación de justicia, en su Informe Pericial: “la premisa básica de la regla de denegación de justicia es que un Estado incurre en responsabilidad internacional si administra sus leyes para los extranjeros de una forma fundamentalmente injusta”⁴³⁶.

255. La obligación del Ecuador de no denegar justicia a MSDIA se encuentra en el artículo II(3) del Tratado, el cual establece en su parte pertinente que “la inversión deberá recibir en todo momento un tratamiento justo y equitativo... y no se le dará en ningún momento un tratamiento inferior al exigido por el derecho internacional”⁴³⁷. Este Artículo incorpora la obligación de no denegar la justicia a los extranjeros, no solo como parte de “otorgar un tratamiento justo y equitativo” sino también como parte de las obligaciones de dar un tratamiento “no... inferior al exigido por el derecho internacional”⁴³⁸.

⁴³⁵ Informe Pericial del Profesor Paulsson, de fecha 2 de octubre de 2013, en el párr. 50 [en adelante, Informe Pericial del Profesor Paulsson] (énfasis añadido).

⁴³⁶ Informe Pericial del Profesor Paulsson en el párr. 20.

⁴³⁷ Anexo C-1, TBI entre los EE.UU. y Ecuador, art. II(3)(a).

⁴³⁸ Como se explicó en el caso *Jan de Nul N.V. c. Egipto*, “el criterio del tratamiento justo y equitativo comprende el concepto de denegación de justicia”. Anexo RLM-32, *Jan de Nul N.V. & Dredging Int'l N.V. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, de fecha 6 de noviembre de 2008, en el párr. 188. Véase también el Informe Pericial del Profesor Paulsson, en el párr. 27 (que explica que el Artículo II(3) del TBI entre los EE.UU. y Ecuador “protege contra denegaciones de justicia de dos formas. Primero, una denegación de justicia constituiría un incumplimiento del estándar de ‘tratamiento justo y equitativo’... Segundo, como la denegación de justicia está prohibida por el derecho internacional consuetudinario, queda incluida en el requisito de que no se debe otorgar a las inversiones ‘un tratamiento menor que el exigido por el derecho internacional’”); Anexo RLM-37, *Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, de fecha 26 de junio de 2003, en párrs. 127-135; Anexo CLM-162, R. Dolzer & C. Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* [Principios del derecho internacional de inversiones] (2008), en 142; Anexo CLM-174, J. Paulsson, *DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW* [Denegación de justicia en el derecho internacional] (2005), en 71 (“Esa disposición [que exige el tratamiento justo y equitativo o la protección y seguridad plenas] naturalmente abre la puerta a la responsabilidad, según la determine un tribunal internacional, por denegación de justicia como ‘una norma fundamental del derecho internacional consuetudinario’”); Anexo CLM-112, *Ltd. Liability Co. AMTO c. Ucrania*, Caso de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) No. 080-2005, Laudo Definitivo, de fecha 26 de marzo de 2008, en el párr. 75 (la denegación de justicia “es una manifestación de que un Estado no cumplió con su obligación de dar un tratamiento justo y equitativo y el estándar mínimo de tratamiento exigido por el derecho internacional”); Anexo CLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en el párr. 651 (“[E]l deber de no denegar la justicia emana del derecho internacional consuetudinario y también se puede considerar que queda dentro del alcance de las disposiciones del tratado que establecen ‘el tratamiento justo y equitativo’”) (se omitieron las itálicas); Anexo CLM-150, *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2,

256. La cuestión de si el sistema judicial de un Estado cometió una denegación de justicia en un caso particular es sumamente específica de los hechos. Como explica el Profesor Paulsson en su Informe Pericial, para determinar si ocurrió una denegación de justicia, los tribunales internacionales por lo general consideran todas las circunstancias del pleito subyacente en el Estado receptor, prestando especial atención a si la sentencia definitiva del pleito es producto de mala conducta o error grave de la función judicial del Estado⁴³⁹. Por ende, como explicó el Comisionado Nielsen en el caso *McCurdy* case, “**una combinación de actos indebidos**” puede constituir una denegación de justicia, incluso si cada acto tomado individualmente no constituye una denegación de justicia independiente⁴⁴⁰.

257. Como explica el Profesor Paulsson en su tratado sobre el tema, la obligación de no denegar la justicia exige que el sistema judicial de un Estado no someta a un extranjero a “procedimientos que son tan defectuosos que excluyan toda expectativa razonable de una resolución justa”⁴⁴¹. Entre los casos que dan pie a la responsabilidad por denegación de justicia están los siguientes, aunque no es una lista limitativa: “una demora poco razonable, sentencias dictadas políticamente, corrupción, intimidación, **vulneraciones fundamentales del debido proceso, y resoluciones tan atroces que son inexplicables salvo como expresiones de arbitrariedad o de incompetencia grave**”⁴⁴².

258. Como reconoció la Corte Internacional de Justicia, la obligación de dar a un extranjero una audiencia justa comprende los estándares internacionales mínimos de procedimiento del debido proceso y también exige que los tribunales de un Estado pronuncien resoluciones imparciales y motivadas que se basen en el Estado de Derecho:

“[C]iertos elementos del derecho a una audiencia justa están bien reconocidos y brindan criterios útiles para identificar los errores fundamentales de procedimiento que han causado una falla de la justicia: por ejemplo, el derecho a un tribunal independiente e imparcial establecido por

Laudo, de fecha 26 de mayo de 2000, en el párr. 98 (que expone que la obligación de tratamiento justo y equitativo se incumple “si la conducta es arbitraria, francamente injusta o idiosincrática, es discriminatoria y expone al demandante a un prejuicio seccional o racial o **tiene que ver con una falta del debido proceso** lo que lleva a un resultado extremo que ofende la corrección judicial, como podría ser si existe una falla manifiesta de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una total falta de transparencia y franqueza en un proceso administrativo”) (énfasis añadido).

⁴³⁹ Informe Pericial del Profesor Paulsson en párrs. 20-50. Véase también Anexo CLM-159, E. Borchard, THE DIPLOMATIC PROTECTION OF CITIZENS ABROAD [La protección diplomática de los ciudadanos en el extranjero] (1919), en 330 (que expone que el término denegación de justicia “denota cierta mala conducta o inacción de la función judicial del gobierno por la cual se niegan a un extranjero los beneficios del debido proceso legal. Implica, por lo tanto, cierta violación de derechos en la administración de justicia, o un ilícito perpetrado por el abuso del proceso judicial”).

⁴⁴⁰ Véase Anexo CLM-133, *McCurdy c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, de fecha 21 de marzo de 1929, IV RIAA 418 (1929), en la pág. 427.

⁴⁴¹ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW [La denegación de justicia en el derecho internacional] (2005), en 205 (se omitieron las itálicas).

⁴⁴² Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 205 (énfasis añadido).

la ley; el derecho a presentar su causa y que se dicte resolución sobre esta dentro de un plazo razonable; el derecho a tener una oportunidad razonable para presentar el argumento ante el tribunal y hacer comentarios sobre el argumento del oponente; el derecho a la igualdad en los procedimientos frente al oponente; y el derecho a una resolución motivada”⁴⁴³.

259. Los tribunales y los comentaristas han reconocido sistemáticamente que la falta del debido proceso da lugar a la reclamación de denegación de justicia⁴⁴⁴. Como explicó D.P. O’Connell:

“La denegación de justicia también incluye una desviación de lo que en el derecho administrativo inglés podría describirse como ‘las normas de la justicia natural’. Ello significa que debe existir una audiencia y que se debe notificar al extranjero de ello, al menos si la sentencia va a ser más que una sentencia provisional y susceptible de revocación a la comparecencia del extranjero. Significa también que debe existir una separación de funciones entre el acusador y el juez, y que debe existir una total divulgación de la causa en contra del extranjero, y la oportunidad de contradecir los cargos mediante el empleo de un asesor legal. El extranjero debe estar totalmente informado de ellos”⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Anexo CLM-158, *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal* [Petición de Revisión de la Sentencia No. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas], Opinión de Asesoramiento, de fecha 12 de julio de 1973, Informes de la C.I.J. de 1973, 166, en el párr. 92. Véase también Anexo CLM-169, *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization* [Sentencia No. 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo], Opinión de Asesoramiento del 1 de febrero de 2012, en el párr. 30.

⁴⁴⁴ Véase Anexo RLM-37, *Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, de fecha 26 de junio de 2003, en el párr. 132 (que declara que una “injusticia manifiesta en el sentido de que no existió el debido proceso, lo cual lleva a un resultado que ofende el sentido de la corrección judicial, es suficiente” para “demostrar el tratamiento injusto y desigual o una denegación de justicia equivalente a una violación de injusticia internacional”). Véase también Anexo CLM-182, D. Wallace Jr., “Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: *Loewen v. U.S. and Chattin v. Mexico*,” [Tratamiento justo y equitativo y denegación de justicia: caso Loewen c. EE.UU. y Chattin c. México], en *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW* (Weiler, ed.) (2005) en 680.

⁴⁴⁵ Anexo CLM-173, D.P. O’Connell, *INTERNATIONAL LAW* (1965), en 1027. Véase también Anexo CLM-175, A. Roth, *THE MINIMUM STANDARD OF INTERNATIONAL LAW APPLIED TO ALIENS* [El estándar mínimo del derecho internacional aplicado a los extranjeros] (1949), en 182 (“El extranjero debe ser informado de cuáles son los cargos en contra de él, debe permitírsele preparar una defensa, presentar pruebas, y las autoridades no deben retener documentos, ni ocultarlos o destruirlos para perjudicar la causa del extranjero, y se le debe permitir presentar todas las pruebas y citar a todos los testigos en el juicio... ”); Anexo CLM-164, A.V. Freeman, *THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE* [La responsabilidad internacional de los Estados por la denegación de justicia] (1973), en 267 (que explica que un Estado no cumplió con sus obligaciones conforme al derecho internacional “si se toma una medida judicial sin dar al extranjero una audiencia o sin notificarle debidamente por adelantado que prepare su defensa” o si sus tribunales privan a un litigante extranjero de la oportunidad de “presentar pruebas o de citar testigos valiosos”). Incluso fuera del contexto de reclamaciones que alegan que se violó un tratado bilateral de inversión, los tribunales internacionales han enfatizado que el debido proceso incluye el derecho a ser escuchado, y a presentar pruebas, sobre los argumentos de un oponente. Por ejemplo, un órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio observó que “[e]l debido proceso está intrínsecamente conectado

Así pues, el hecho de que un tribunal no otorgue a un extranjero el debido proceso básico, lo que incluye el derecho a la notificación de los asuntos legales en disputa, y una oportunidad de argumentar sobre estos, constituye una denegación de justicia⁴⁴⁶.

260. Además, el tribunal debe aplicar sus propios procedimientos de forma justa y efectiva. Los tribunales han determinado que hubo denegación de justicia en casos en los cuales se produjeron “importantes errores de procedimiento”⁴⁴⁷ y que “viciaron los procedimientos de forma irrevocable”⁴⁴⁸. Como explicaron los comisionados en el caso *Chattin*, los procedimientos que se brindan a un litigante extranjero deben ser efectivos y no simplemente una formalidad:

“La irregularidad de los procedimientos judiciales se prueba haciendo referencia a la falta de las debidas investigaciones, insuficiencia de confrontaciones, no permitir al acusado la oportunidad de conocer todas las acusaciones planteadas en contra de él, una demora indebida de los procedimientos, hacer que las audiencias de tribunal abierto sean una simple formalidad, y la ausencia continuada de seriedad de parte del Tribunal”⁴⁴⁹

261. El derecho internacional también exige que los tribunales de un Estado apliquen las leyes procesales y sustantivas de una manera equitativa, y que no manipulen esas leyes para

con los conceptos de justicia, imparcialidad, y los derechos de las partes a ser escuchadas y a que se les dé suficiente oportunidad de perseguir sus reclamaciones, presentar sus defensas y **demostrar los hechos en el contexto de procedimientos llevados adelante de forma equilibrada y ordenada, de acuerdo con normas establecidas**. La protección del debido proceso es, por lo tanto, un medio crucial de garantizar la legitimidad y eficacia de un sistema de resolución basado en reglas”. Anexo CLM-178, *Tailandia – Medidas aduaneras y fiscales sobre cigarrillos de las Filipinas*, Informe Pericial del Órgano de Apelaciones, WT/DS371/AB/R, de fecha 17 de junio de 2011, en el párr. 147 (énfasis añadido).

⁴⁴⁶ Anexo CLM-145, *Siag & Vecchi c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, de fecha 1 de junio de 2009, en el párr. 452 (“Cuando no se permite el debido proceso a una parte, ello con frecuencia resulta en una denegación de justicia”); Anexo CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, de fecha 26 de junio de 2003, en el párr. 132. Véase también RLM-37, *Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América*, Caso Anexo RLM-32, *Jan de Nul N.V. & Dredging Int’l N.V. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, de fecha 6 de noviembre de 2008, en párrs. 192-193 (que adopta el estándar de *Loewen*); Anexo CLM-155, *Elettronica Sicula S.p.A. (Estados Unidos de América c. Italia)*, Informes de la C.I.J. de 1989, 15, en el párr. 128 (la denegación de justicia es “una indiferencia deliberada del debido proceso legal, ... que escandaliza, o al menos sorprende, el sentido de la corrección judicial”).

⁴⁴⁷ Anexo CLM-141, *RosInvestCo UK Ltd. C. la Federación Rusa*, Caso de la SCC No. V079/2005, Laudo Definitivo, de fecha 12 de septiembre de 2010, en el párr. 279.

⁴⁴⁸ Anexo CLM-119, *Amco Asia Corp., et al. c. la República de Indonesia*, Laudo en un Caso presentado nuevamente, de fecha 31 de mayo de 1990, Informes CIADI 1, 569, en el párr. 138.

⁴⁴⁹ Anexo CLM-120, *B.E. Chattin (Estados Unidos) c. los Estados Unidos Mexicanos*, IV R.I.A.A. 282 (1927), en el párr. 30. Véase también *ibidem*. en el párr. 22 (que señala que no haber dado al acusado oportunidad de contrainterrogar a los testigos fue una irregularidad procesal). Como explicó el tribunal en el caso *Amco Asia Corp. c. Indonesia*: “una denegación de justicia ... contaminaría la resolución” en disputa “independientemente de si [el encargado de pronunciar la resolución] pueda haber tenido fundamentos sustanciales para su acción.” Anexo 119, *Amco Asia Corp., et al. c. la República de Indonesia*, Laudo en un Caso vuelto a presentar, de fecha 31 de mayo de 1990, Informes CIADI 1, 569, en el párr. 137.

perjudicar al litigante extranjero. Como explicaron Irizarry y Puente, ocurre una denegación de justicia cuando “las normas de procedimiento se pasaron por alto abiertamente con el resultado de un perjuicio manifiesto para el extranjero, o se interpretó la ley de una forma que constituye una clara corrupción de sus términos”⁴⁵⁰. Dicho de otro modo, las resoluciones tomadas por los tribunales deben regirse por el *Estado de Derecho*:

“[L]a expresión 'denegación de justicia' puede definirse como la situación en que el Estado no determina los derechos legales de un extranjero que inició una acción apropiada, y por lo tanto le impide efectivizarlos, ya sea porque le negó el acceso a sus tribunales; o porque no existe ley, o la que existe es insuficiente para regir su caso; o porque los tribunales se negaron a pronunciar una sentencia o la demoraron, o hicieron caso omiso de la ley o la aplicaron mal a los hechos...”⁴⁵¹

262. Además, está bien establecido que el sesgo, inclusive como resultado de una influencia externa indebida o por corrupción, da lugar a una denegación de justicia: “La acción judicial no debe estar influenciada por el gobierno ni por ninguna otra autoridad política, tampoco debe mostrar parcialidad por una de las partes”⁴⁵². Los tribunales internacionales, por lo tanto, han enfatizado la obligación de brindar “*justicia imparcial*” y “*justicia ordinaria*”⁴⁵³, y no pronunciar resoluciones que son “evidentemente injustas y parciales”⁴⁵⁴. Como explica A.V. Freeman, los “procedimientos judiciales impregnados de fraude judicial, venalidad, y corrupción” dan lugar a la responsabilidad por denegación de justicia⁴⁵⁵.

263. De manera similar, como explica el Profesor Paulsson en su tratado, una determinación fáctica claramente errónea también puede dar lugar a una denegación de justicia si “el enfoque probatorio del tribunal local [es] tan injusto en contra del extranjero como para viciar el resultado”⁴⁵⁶. Como ejemplo de esto, el Profesor Paulsson resalta el

⁴⁵⁰ Anexo CLM-166, J. Irizarry y Puente, *The Concept of 'Denial of Justice' in Latin America*, [El concepto de denegación de justicia en América Latina], 43 Mich. L. Rev. 383, 403-404 (1944).

⁴⁵¹ Anexo CLM-166, J. Irizarry y Puente, *The Concept of 'Denial of Justice' in Latin America*, 43 Mich. L. Rev. 383, 384 (1944).

⁴⁵² Anexo CLM-175, A. Roth, *THE MINIMUM STANDARD OF INTERNATIONAL LAW APPLIED TO ALIENS* (1949), en 183 (énfasis añadido).

⁴⁵³ Anexo CLM-127, *Idler (EE.UU.) c. Venezuela* (1885), en J Moore, *THE HISTORY AND DIGEST OF INTERNATIONAL ARBITRATIONS TO WHICH THE UNITED STATES HAS BEEN A PARTY [HEREINAFTER ARBITRATIONS]*, [Historia y compendio de los arbitrajes internacionales en los que Estados Unidos ha sido parte – en adelante “arbitrajes”], VOL. IV (1898), en 3491, 3517 (énfasis añadido).

⁴⁵⁴ Anexo CLM-181, E. Vattel, *THE LAW OF NATIONS [El Derecho de las naciones]* (1852), en 464 (énfasis añadido).

⁴⁵⁵ Véase también Anexo CLM-164, A.V. Freeman, *THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE* (1973), en 268. Véase también Informe Pericial del Profesor Paulsson en el párr. 39.

⁴⁵⁶ Anexo CLM-174, J. Paulsson, *DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW* (2005), en 201. El Profesor Paulsson también cita el caso *Bronner*, en el cual un tribunal de México ordenó la confiscación de las mercancías de un importador al determinar que el importador “había tenido la intención de defraudar a las autoridades aduaneras”, a pesar de que las pruebas dejaban en claro que el importador había tomado “más precauciones de lo habitual... para evitar la posibilidad de una acusación así” y estaba claro que no

caso *Oriente*, en el cual un tribunal de México confiscó una goleta y el cargamento de un nacional de EE.UU., fundamentándose presuntamente en que el nacional de EE.UU. había aceptado un manifiesto falso de su cargamento. Los comisionados sostuvieron que el tribunal de México había cometido una denegación de justicia porque el fundamento probatorio de su determinación era tan insuficiente que indicaba que la decisión del tribunal había sido guiada por la parcialidad, y no por el interés de pronunciarse veredicto justo.

“El examen de los procedimientos del caso presente, y de las pruebas en base a las cuales se pronunció la sentencia de confiscación... han bastado para que la junta determine que la sentencia no estuvo justificada por las pruebas y, por lo tanto, fue injusta...”

“La resolución del tribunal que confiscó el buque y su cargamento se fundamentó así en un único hecho, cuya existencia se determinó únicamente basándose en el testimonio de un solo testigo, mientras que fue negada expresamente por cuatro testigos que tuvieron igual oportunidad de conocer la verdad y con igual derecho a que se les crea. Una resolución así que se da en directa oposición a una preponderancia de testimonio tan sólida no puede merecer respeto. Indica decididamente que existió una predeterminación de parte del juez para confiscar la propiedad sin referirse al testimonio”⁴⁵⁷.

264. Finalmente, como explica el Profesor Paulsson, la denegación de justicia también puede ser evidente por “*la grave incompetencia*” de un tribunal para llegar a una decisión que “*ningún juez competente podría razonablemente haber tomado*”⁴⁵⁸. Por ejemplo, las “desviaciones sorprendentes de patrones de razonamiento o resultados establecidos, o la repentina aparición de una regla muy desarrollada que no existía hasta ese momento, deben considerarse con el mayor escepticismo si su efecto es una desventaja para el extranjero”⁴⁵⁹.

265. En tales casos, “la prueba del proceso fallido es que la sustancia de la resolución es tan atrozmente errónea que no podría haberla pronunciado ningún tribunal honesto o competente”⁴⁶⁰. Una “aplicación ilícita de la ley... puede ... dar ‘elementos de prueba de la

“albergaba la intención de engañar con la mínima esperanza de éxito”. Anexo CLM-149, *Estados Unidos c. México*, en J. Moore, ARBITRATIONS, VOL. III (1898), en 3134, 3134. El Árbitro determinó que el fallo del tribunal mexicano era “*tan injusto que constituía una denegación de justicia*”. *Ibidem*. (énfasis añadido).

⁴⁵⁷ Anexo CLM-148, *Estados Unidos c. México*, en J. Moore, ARBITRATIONS, VOL. III (1898), en 3229, 3231.

⁴⁵⁸ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 200 (énfasis añadido) (se omitieron las citas internas).

⁴⁵⁹ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 200 (énfasis añadido). Véase también, Anexo CLM – 137, *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Final, de fecha 1 de julio 2004, en párrs. 184 – 187.

⁴⁶⁰ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), at 98. Véase también Anexo CLM-141, *RosInvestCo UK Ltd. c. la Federación Rusa*, Caso de la SCC No. V079/2005, Laudo Definitivo, de fecha 12 de septiembre de 2010, en el párr. 279 (“El resultado sustantivo de un caso puede ser pertinente como indicio de la falta del debido proceso y, por ende, puede considerarse como un elemento para probar la existencia de denegación de justicia.”).

existencia de una denegación de justicia” cuando ningún juez competente podía haber llegado a la misma conclusión legal⁴⁶¹, y “no se debe llegar a la resolución de un tribunal mediante una interpretación o aplicación de la ley local que sea evidentemente fraudulenta o errónea”⁴⁶².

B. Ecuador incumplió su obligación de no denegar la justicia a MSDIA

266. En los procedimientos del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones en el pleito *NIFA c. MSDIA*, los tribunales del Ecuador denegaron la justicia a MSDIA al vulnerar los derechos básicos del debido proceso de forma repetida y mayúscula. Esos procedimientos tuvieron como resultado el pronunciamiento de resoluciones en contra de MSDIA que fueron tan abiertamente irrazonables y carentes de fundamento legal que ningún tribunal competente y honesto podía haberlas pronunciado. En efecto, las pruebas sugieren de manera contundente que esos procedimientos estuvieron viciados por la parcialidad y la corrupción.

267. La CNJ no remedió de manera cabal la denegación de justicia cometida por los tribunales inferiores. La CNJ reconoció que las resoluciones de esos tribunales fueron manifiestamente irracionales y carecieron de fundamento legal y que el laudo de daños y perjuicios para la demandante ecuatoriana por la suma de US\$150 millones fue absolutamente insostenible. Sin embargo, en vez de revocar la resolución del tribunal de apelaciones y confirmar que no existía fundamento de la responsabilidad, la CNJ adoptó un fundamento legal totalmente diferente para determinar la responsabilidad de MSDIA que el adoptado por el tribunal de apelaciones y uno que NIFA había negado formalmente en repetidas ocasiones.

268. La CNJ pronunció una resolución, adoptando y basándose en las determinaciones fácticas viciadas del tribunal de apelaciones, que determinó que MSDIA era responsable de competencia desleal, a pesar de que NIFA había renunciado a la reclamación de competencia desleal, de que NIFA había admitido que los tribunales civiles no tenían jurisdicción sobre una reclamación de competencia desleal y de que NIFA había admitido que los hechos obrantes en el expediente no podían dar sustento a una determinación de competencia desleal; y, por lo tanto, a pesar del hecho de que, de acuerdo con esas posiciones de la demandante y la aparente falta de jurisdicción de los tribunales, no se notificó a MSDIA de que podía ser posible plantear esa causal de responsabilidad ante el

⁴⁶¹ Anexo RLM-47, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, de fecha 30 de julio de 2009, en párrs. 94-95. Véase también Anexo CLM-36, *Azinian, Davitian, & Baca c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, de fecha 1 de noviembre de 1999, en párrs. 102-103 (que declara que puede surgir una denegación de justicia a partir de “una mala aplicación de la ley clara y maliciosa”); Anexo CLM-164, A.V. Freeman, *THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE* (1973), en 330-331 (que señala que existe denegación de justicia cuando ha existido una mala aplicación consciente de la ley, una determinación de hechos evidentemente infundada, o una “resolución que es tan errónea que ningún tribunal compuesto por juristas competentes podría honestamente haber llegado a esa resolución”).

⁴⁶² Anexo CLM-175, A. Roth, *THE MINIMUM STANDARD OF INTERNATIONAL LAW APPLIED TO ALIENS* (1949), en 183.

tribunal. Al hacerlo, lejos de remediar la denegación de justicia de los tribunales inferiores, la CNJ perpetuó la denegación de justicia cometida por los tribunales inferiores.

269. La función judicial del Ecuador vulneró los derechos de MSDIA al debido proceso durante el curso de los procedimientos de *NIFA c. MSDIA*:

- a. Como se explica en la Sección IV.B.1 que sigue, el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones repetidamente privaron a MSDIA de la notificación y de su oportunidad de manifestarse, cuando tenía derecho a ello. Ambos tribunales pronunciaron resoluciones que eran evidentemente parciales y de procedimiento irracional y sentencias definitivas marcadas por el sesgo y la corrupción, en clara violación del derecho internacional y del TBI entre EE.UU. y Ecuador.
- b. Como se explica en la Sección IV.B.2 que sigue, la CNJ anuló las conclusiones jurídicas y los laudos de daños del tribunal de apelaciones, pero con todo se basó en las determinaciones fácticas del tribunal de apelaciones como fundamento para llegar al fallo de responsabilidad en contra de MSDIA. El hecho de que la CNJ se basó en las determinaciones fácticas del tribunal de apelaciones ratificó y contaminó su propio criterio con las violaciones del debido proceso de los tribunales inferiores.
- c. Como se explica en la Sección IV.B.3 que sigue, la CNJ inventó una nueva teoría de responsabilidad para sostener que MSDIA era responsable después de que MSDIA demostró que no tenía sustento la teoría de responsabilidad en que se basó la demandante ecuatoriana y que aplicaron los tribunales inferiores. Con ello, la CNJ violó la norma internacional establecida que exige notificación y oportunidad de ser escuchado.

Así pues, como explica el Profesor Paulsson en su Informe Pericial: “tres tribunales ecuatorianos han cometido denegaciones de justicia separadas y plenamente consumadas” en el pleito *NIFA c. MSDIA*⁴⁶³.

1. El tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones denegaron la justicia a MSDIA al vulnerar de forma repetida y mayúscula los derechos de MSDIA al debido proceso y al pronunciar una resolución manifiestamente irracional que es prueba de un procedimiento viciado

270. Como se expone en la Sección II.C, los procedimientos del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones del Ecuador fueron sumamente defectuosos, parciales y probablemente corruptos. Esos procedimientos estuvieron marcados por repetidas privaciones de los derechos básicos de MSDIA al debido proceso, decisiones procesales infundadas y parciales, fallos de responsabilidad que carecían de

⁴⁶³ Informe Pericial del Profesor Paulsson, en el párr. 13. Véase también *ibidem*. en el párr. 15 (“Concluyo... que los tribunales ecuatorianos denegaron la justicia a MSDIA *en los tres niveles*.”) (énfasis añadido).

fundamento fáctico o jurídico, y laudos de daños manifiestamente irracionales que fueron inmensamente desproporcionados en cuanto al valor de la transacción subyacente. Como explica el Profesor Paulsson en su Informe Pericial, los procedimientos en los tribunales inferiores estuvieron “afectados” por “*vicios procesales y probatorios graves*”⁴⁶⁴.

271. Específicamente, en los procedimientos de los tribunales inferiores, MSDIA fue objeto de numerosas privaciones de sus derechos al debido proceso, entre ellos los siguientes, entre otros:

- a. El tribunal de primera instancia programó el testimonio del único testigo fáctico de NIFA sin dar una notificación efectiva a MSDIA o la oportunidad de asistir al interrogatorio⁴⁶⁵.
- b. La Jueza Provisional que resolvió sobre el caso en el tribunal de primera instancia dictó una sentencia definitiva de **15 páginas** solamente **tres horas y media** después de que tomó conocimiento del caso⁴⁶⁶. Su sentencia, que ella admitió fue redactada por otra persona, incluyó extensos pasajes textuales (inclusive errores tipográficos) de la demanda de la demandante⁴⁶⁷.
- c. MSDIA no recibió la debida notificación del laudo de daños y perjuicios por **US\$200 millones** en la sentencia del tribunal de primera instancia, a pesar del hecho de que se exigió a MSDIA que presentara cualquier apelación a dicha sentencia dentro de los tres días de pronunciada la sentencia⁴⁶⁸.
- d. El tribunal de apelaciones acusó conocimiento del caso el 15 de julio de 2008, con lo cual se inició el periodo dentro del cual MSDIA debía presentar su escrito inicial, pero no informó a MSDIA de esto sino recién el 29 de julio de 2008⁴⁶⁹, **menos de una hora** antes del vencimiento del plazo⁴⁷⁰.
- e. El tribunal de apelaciones designó a un perito respetado internacionalmente y sumamente acreditado que concluyó (correctamente) que no existía fundamento para la responsabilidad ni para daños⁴⁷¹. El tribunal entonces hizo caso omiso de esa opinión pericial independiente **y en cambio designó a un nuevo grupo de “peritos” mediante un proceso sumamente irregular e incorrecto**⁴⁷².

Esos peritos evidentemente carecían de credenciales o competencia de relevancia, y

⁴⁶⁴ Informe Pericial del Profesor Paulsson, en párrs. 36-37 (énfasis añadido).

⁴⁶⁵ Véase *supra* en párrs. 47-50.

⁴⁶⁶ Véase *supra* en el párr. 54.

⁴⁶⁷ Véase *supra* en párrs. 57-58.

⁴⁶⁸ Véase *supra* en párrs. 59-61.

⁴⁶⁹ Véase *supra* en párrs. 66-67.

⁴⁷⁰ Véase *supra* en el párr. 67.

⁴⁷¹ Véase *supra* en párrs. 88, 103.

⁴⁷² Véase *supra* en párrs. 89-93, 104-105.

el respectivo órgano rector del Ecuador posteriormente recomendó que se revocaran las acreditaciones de dos de los tres. Esos supuestos “peritos” entonces dieron opiniones no motivadas e infundadas que fueron totalmente favorables a la demandante ecuatoriana⁴⁷³, lo cual el tribunal después aceptó sin analizarlo.

f. El tribunal de apelaciones consideró las pruebas presentadas por la demandante ecuatoriana, pero **desconoció por completo las pruebas presentadas por MSDIA**, sosteniendo que MSDIA había “renunciado expresamente a las pruebas con la finalidad de desvanecer las causales del veredicto en la primera instancia”⁴⁷⁴. Para sustentar su resolución de que MSDIA había renunciado voluntariamente a sustentarse en todas las pruebas que había presentado, el tribunal citó una petición en la que MSDIA había retirado una solicitud de que se designara un perito en daños a la luz del hecho de que el perito en daños inicialmente designado por el tribunal, designado a pedido de NIFA, había concluido que NIFA no había sufrido daño alguno. Esa petición no podía entenderse de ninguna forma como una renuncia a sustentarse en las pruebas del expediente; por el contrario, la petición claramente indicaba que MSDIA estaba retirando la petición de que se designara otro perito precisamente porque **se estaba** sustentando en las pruebas ya obrantes en el expediente. La opinión del tribunal de apelaciones de que MSDIA había renunciado a sustentarse en las pruebas fue evidentemente un pretexto sin justificación alguna⁴⁷⁵.

g. El tribunal de apelaciones dictó su sentencia por US\$150 millones en contra de MSDIA a la par que simultáneamente resolvía mociones procesales pendientes. **Por lo tanto, se privó a MSDIA de la oportunidad de presentar su escrito final** – que ya tenía preparado y estaba esperando para presentarlo—y de solicitar una audiencia oral sobre el fondo.

272. Tomados independientemente, los procedimientos sumamente irregulares y viciados de los tribunales inferiores demuestran que esos tribunales estaban parcializados en contra de MSDIA y que sus resoluciones fueron pronunciadas para conseguir un resultado prefijado, no para aplicar el Estado de Derecho.

273. Las resoluciones definitivas que fueron pronunciadas por esos tribunales confirman que no brindaron el debido proceso básico a MSDIA. En suma, las resoluciones del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones fueron tan manifiestamente injustas e irracionales que ningún tribunal honesto y competente podría posiblemente haber resuelto algo así. Como lo expresó un comentario prominente, el “**absurdo sustancial**” de las

⁴⁷³ Véase *supra* en párrs. 95-98, 106-109. Después de que el tribunal de apelaciones adoptó el razonamiento de esos peritos sin credenciales, el Consejo de la Judicatura de Pichincha – la oficina encargada de acreditar peritos para su designación en los asuntos judiciales de la Provincia—posteriormente confirmó que dos de los peritos no demostraron la competencia exigida por la ley para desempeñarse como peritos, y tomó medidas para confirmar que ninguno de los peritos conservaran la acreditación de peritos en la materia para la cual opinaron en el pleito de NIFA. Véase *supra* en párrs. 111-117.

⁴⁷⁴ Anexo C-4, Sentencia del Tribunal de Apelaciones, NIFA c. MSDIA, de fecha 23 de septiembre de 2011, en 15-16.

⁴⁷⁵ Véase *supra* en párrs. 121-123.

conclusiones jurídicas “*evidencia el vicio procesal*”⁴⁷⁶.

274. Específicamente:

a. El tribunal de apelaciones sostuvo que MSDIA era responsable de violar la ley de defensa de la competencia a pesar del hecho de que el Ecuador – por su propia declaración repetida—*no tenía ninguna ley de defensa de la competencia* y no había adoptado ni anunciado las normas sustantivas sobre competencia que los tribunales alegaron que aplicaron⁴⁷⁷.

b. El tribunal de apelaciones concluyó de manera irracional que MSDIA violó la ley de la defensa de la competencia contrariamente a todas las pruebas y las opiniones periciales dignas de credibilidad en el expediente⁴⁷⁸. En efecto, el razonamiento de la CNJ sobre este punto en sí deja claro la total y evidente falta de sustento de esa teoría sobre esos hechos⁴⁷⁹.

c. Los laudos de daños pronunciados por los tribunales inferiores (de *US\$200 millones y de US\$150 millones, respectivamente*⁴⁸⁰) fueron exageradamente desproporcionados respecto del valor de la transacción subyacente y de la rentabilidad de la demandante. No existía ninguna prueba que diera sustento a un laudo por daños—mucho menos daños que fueron más de *100 veces* superiores al precio de compra propuesto de la planta (US\$1,5 millones),⁴⁸¹ casi *100.000 veces* las ganancias anuales de NIFA en 2002 (US\$2.165) que supuestamente pudieron haber generado esas ganancias⁴⁸², y casi *10 veces* los ingresos por ventas de todo el mercado de genéricos del Ecuador en 2002⁴⁸³.

Repetimos, el razonamiento de la CNJ sobre este punto deja en sí claro que las resoluciones del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones fueron completamente irracionales y sin sustento en cuanto a los daños⁴⁸⁴.

⁴⁷⁶ Anexo CLM-172, A. Newcombe & L. Paradell, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES* [Derecho y práctica de los tratados de inversión] (2009), en 241 (énfasis añadido).

⁴⁷⁷ Véase *supra* en párrs. 42-43.

⁴⁷⁸ Véase *supra* en párrs. 86-98.

⁴⁷⁹ Véase *supra* en párrs. 142-143.

⁴⁸⁰ Véase *supra* en párrs. 56, 126.

⁴⁸¹ Véase *supra* en el párr. 32.

⁴⁸² Véase *supra* en el párr. 29.

⁴⁸³ Véase *supra* en el párr. 38.

⁴⁸⁴ Véase *supra* en el párr. 144. En efecto, como explica el Profesor Paulsson, los laudos de daños del tribunal de primera instancia fueron “*increíbles*” conforme a los estándares del derecho internacional, y “*reflejaron indiferencia por el debido proceso.*” Informe Pericial del Profesor Paulsson en el párr. 45 (énfasis añadido). De manera similar, el Profesor Paulsson observa que el laudo de daños del tribunal de apelaciones a favor de NIFA “*también carece de fundamento en cuanto a los daños comprobados.*” *Ibidem.* en el párr. 46 (énfasis añadido).

275. Ningún tribunal racional, competente e imparcial podía haber concluido que los actos de MSDIA constituyeron una violación de la defensa de la competencia, a la luz de que no existía ninguna ley de defensa de la competencia y las pruebas claras de que MSDIA no infringió los principios de la ley de defensa de la competencia. Ni tampoco ningún tribunal racional, competente e imparcial podría haber otorgado daños por US\$200 millones o US\$150 millones, a la luz de que no existieron pruebas de daños causados a NIFA, mucho menos daños que superaban de forma tan excesiva cualquier daño teórico concebible. Las resoluciones sustanciales de los tribunales inferiores sobre responsabilidad y sobre daños fueron tan manifiestamente absurdas e injustas que son evidencia de un procedimiento fundamentalmente viciado y parcializado violatorio del derecho internacional⁴⁸⁵.

276. Finalmente, incluso aparte de los procedimientos irregulares en el tribunal de primera instancia y en el de apelaciones, y las sentencias irracionales pronunciadas por esos tribunales, existen pruebas de que las resoluciones de los tribunales fueron producto del sesgo y de la corrupción. Como ya se explicó, la jueza provisional que dictó la sentencia de primera instancia por US\$200 millones en contra de MSDIA admitió que fue “engañada” por el juez a quien reemplazó para que dictaminara en contra de MSDIA⁴⁸⁶. En efecto, tres de los jueces que presidieron los procedimientos en los tribunales inferiores fueron posteriormente objeto de medidas disciplinarias por parte del Consejo de la Judicatura del Ecuador⁴⁸⁷. Como explica el Profesor Paulsson, esos hechos son “*objetivamente preocupantes*”⁴⁸⁸ y la admisión de la jueza provisional, de ser cierta, “*sustenta la conclusión de que en este caso las resoluciones judiciales estuvieron influenciadas por corrupción*”⁴⁸⁹.

277. Por lo tanto, explica el Profesor Paulsson, “*los defectos del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones, y las sentencias definitivas producto de esos procedimientos, constituyen una privación del debido proceso legal, lo cual equivale a una denegación de justicia*”⁴⁹⁰.

2. La CNJ perpetuó las denegaciones de justicia cometidas por los tribunales inferiores del Ecuador

278. La CNJ determinó correctamente que no existía ningún fundamento concebible para que el tribunal de apelaciones determinase que MSDIA era responsable de violar la defensa

⁴⁸⁵ Informe Pericial del Profesor Paulsson en el párr. 38. Véase también *ibidem*. el párr. 47 (“[L]os laudos de daños excesivos y sumamente desproporcionados del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones *son indicativo de que los procedimientos del caso NIFA c. MSDIA representaron la antítesis del debido proceso.*”) (énfasis añadido).

⁴⁸⁶ Véase *supra* en párrs. 188-192.

⁴⁸⁷ Véase *supra* en párrs. 183-187, 193-198.

⁴⁸⁸ Informe Pericial del Profesor Paulsson en el párr. 42 (énfasis añadido).

⁴⁸⁹ Informe Pericial del Profesor Paulsson en el párr. 43 (énfasis añadido).

⁴⁹⁰ Informe Pericial del Profesor Paulsson en el párr. 38 (énfasis añadido).

de la competencia, y criticó específicamente las determinaciones fácticas del tribunal de apelaciones sobre los elementos de una reclamación de la defensa de la competencia⁴⁹¹. Aunque la CNJ reconoció que las determinaciones fácticas del tribunal de apelaciones eran insostenibles, la CNJ no reconoció ni abordó las violaciones sustanciales de los derechos de MSDIA al debido proceso que contaminaron el expediente fáctico de ese tribunal⁴⁹².

279. En efecto, como ya se explicó, el tribunal de apelaciones expresamente pasó por alto todas las pruebas presentadas por MSDIA, y basó su decisión solamente en las pruebas presentadas por la demandante ecuatoriana⁴⁹³. Como explica el Profesor Páez, el hecho de que el tribunal de apelaciones no consideró ninguna de las pruebas de MSDIA fue claramente contrario a la ley:

“No encuentro *ninguna indicación de que MSDIA haya renunciado a todas sus pruebas*. Antes bien, MSDIA renunció a su petición de que se presentara un informe pericial específico, porque el tribunal ya tenía ante sí un informe pericial sobre el mismo tema. No veo *ninguna* justificación para que [el tribunal de apelaciones] determine que MSDIA abandonó o renunció a todas las pruebas que presentó. *En mis muchos años de experiencia, no he visto jamás un tribunal que resuelva de una manera tan arbitraria, prejuiciosa y parcializada*”⁴⁹⁴.

280. Además, el tribunal de apelaciones manipuló el expediente fáctico excluyendo opiniones periciales que eran favorables a MSDIA y designando y basándose en el testimonio de peritos que manifiestamente carecían de la capacidad y pronunciaron opiniones favorables a la demandada ecuatoriana⁴⁹⁵. Las determinaciones fácticas del tribunal de apelaciones estaban plagadas de numerosas denegaciones de justicia, entre ellas sesgo indebido y corrupción⁴⁹⁶, mala conducta procesal⁴⁹⁷, dictámenes procesales parcializados⁴⁹⁸, y la privación del “*derecho*” más fundamental de MSDIA “de tener una oportunidad razonable de presentar sus argumentos ante el tribunal y *de hacer comentarios sobre el argumento del oponente*”⁴⁹⁹.

⁴⁹¹ Véase *supra* en párrs. 142-143.

⁴⁹² Véase *supra* en párrs. 150-152.

⁴⁹³ Véase *supra* en párrs. 121-123.

⁴⁹⁴ Informe Pericial de Profesor Páez en el párr. 34 (énfasis añadido).

⁴⁹⁵ Véase *supra* en párrs. 85-117.

⁴⁹⁶ Véase Anexo CLM-175, A. Roth, THE MINIMUM STANDARD OF INTERNATIONAL LAW APPLIED TO ALIENS (1949), en 183.

⁴⁹⁷ Véase Anexo CLM-120, *B.E. Chattin (Estados Unidos) c. los Estados Unidos Mexicanos*, IV R.I.A.A. 282 (1927), en el párr. 30.

⁴⁹⁸ Véase Anexo CLM-166, J. Irizarry y Puente, *The Concept of ‘Denial of Justice’ in Latin America*, 43 Mich. L. Rev. 383, 384 (1944).

⁴⁹⁹ Anexo CLM-158, *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, Opinión de Asesoramiento, 1973 C.I.J. 166, 209, párr. 92 (énfasis añadido).

281. Al basar su resolución solamente en las pruebas presentadas por NIFA, el tribunal de apelaciones claramente pasó por alto la norma del debido proceso de que un tribunal debe “*compil[ar] ... un expediente,*” y “*bas[ar] ... la resolución en el expediente*” para elaborar las determinaciones fácticas sobre las cuales se basará su sentencia definitiva⁵⁰⁰. En efecto, los comentaristas y los tribunales internacionales han considerado sistemáticamente que un tribunal debe en realidad considerar y que no puede rápidamente pasar por alto las pruebas presentadas por un litigante extranjero, en contra del cual se pronuncia una sentencia⁵⁰¹.

282. Por ejemplo, en el caso *Amco Asia Corp. c. Indonesia*, un tribunal CIADI sostuvo que la resolución que revocaba la licencia de la demandante para invertir en Indonesia, solamente basada en las acusaciones hechas por una entidad de Indonesia que había participado en la controversia con la demandante, “*constituyó una denegación de justicia*”⁵⁰². The El Presidente de Indonesia había aprobado la revocación de la licencia basándose en el informe de un administrador que había “*evalua[do] ... los hechos...*” basándose *únicamente en [las] ‘reuniones’ con representantes [de la entidad de Indonesia]* y no había considerado ninguna de las pruebas compensatorias presentadas por los representantes de la demandante en sus reuniones con el administrador⁵⁰³. “[*E]n el informe, no se dijo nada sobre la versión de las cosas [de la demandante] o sobre la reunión [del administrador] con los representantes [de la demandante]*”⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ Anexo CLM-165, D.J. Galligan, DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES: A STUDY OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES [El debido proceso y procedimientos justos: estudio de los procedimientos administrativos] (1996), at 202 (énfasis añadido).

⁵⁰¹ Anexo CLM-174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW 61 (2005) (que sugiere que incluso si “la sentencia parece bien razonada y equilibrada”, es necesario considerar si “el expediente de primera instancia muestra *elementos importantes de las pruebas del extranjero que fueron excluidas*”) (énfasis añadido); Véase también Anexo CLM-164, A.V. Freeman, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1973), en 268-269, 289 (que señala que la “negativa repetida [] de escuchar a una parte” da pie a la responsabilidad por denegación de justicia, como en el caso *Cotesworth & Powell*). En efecto, los tribunales internacionales han examinado si los funcionarios estatales encargados de dictar resoluciones han “*analizado todas las pruebas presentadas*” por el nacional extranjero para pronunciar fallos fácticos que son adversos al nacional extranjero. Véase, por ejemplo, Anexo CLM-128, *International Thunderbird Gaming Corp. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, de fecha 26 de enero de 2006, en el párr. 198 (énfasis añadido).

⁵⁰² Anexo CLM-119, *Amco Asia Corp., et al. c. la República de Indonesia*, Laudo en un Caso vuelto a presentar, de fecha 31 de mayo de 1990, 1 Informes CIADI 569, en el párr. 137 (énfasis añadido).

⁵⁰³ Anexo CLM-118, *Amco Asia Corp., et al. c. la República de Indonesia*, Laudo, de fecha 20 de noviembre de 1984, 1 Informes CIADI 413, en el párr. 120 (énfasis añadido). Este fallo fue pronunciado por un tribunal previo, cuyo laudo fue anulado por un Comité ad-hoc, pero cuyos fallos en cuanto a las violaciones del debido proceso cometidas por Indonesia fueron tratados como cosa juzgada por el segundo tribunal que se formó para conocer el caso. Véase Anexo CLM-119, *Amco Asia Corp., et al. c. la República de Indonesia*, Laudo en un Caso vuelto a presentar, de fecha 31 de mayo de 1990, 1 Informes CIADI 569, en el párr. 28.

⁵⁰⁴ Anexo CLM-118, *Amco Asia Corp., et al. c. la República de Indonesia*, Laudo, de fecha 20 de noviembre de 1984, 1 Informes CIADI 413, en el párr. 120 (énfasis añadido). Las conclusiones del informe parcializado fueron copiadas en un memorando transmitido por la agencia administrativa al Presidente de Indonesia, quien aprobó la revocación de la licencia de inversión de la demandante. Véase *ibidem.* en párrs. 124-127. Véase también *ibidem.* en párrs. 128-129 (que determina que la orden de revocación repitió las acusaciones expuestas en el informe inicial).

283. El tribunal explicó que “el procedimiento de revocación de la licencia es ilícito”⁵⁰⁵. Como explicó el tribunal: “existen ***muchos aspectos preocupantes*** sobre la preparación” del informe del administrador, lo cual incluye el hecho de que el informe simplemente “***repitió***” las acusaciones claramente erróneas de la entidad de Indonesia que había solicitado la revocación de la licencia de la demandante⁵⁰⁶. Sobre esa base, concluyó que “***todo el enfoque de la cuestión de la revocación de la licencia estaba viciada de mala fe, que se reflejaba en los eventos y en los procedimientos***”⁵⁰⁷.

284. Así, debido a que el tribunal de apelaciones se negó a considerar ***ninguna*** de las pruebas de MSDIA y a que el expediente fáctico del tribunal de apelaciones estaba contaminado por una manifiesta denegación de justicia, la CNJ debió haber desechado por completo las determinaciones fácticas del tribunal de apelaciones, y debió haber examinado el expediente del tribunal inferior para llegar a comprender de manera independiente las afirmaciones de las partes y los hechos⁵⁰⁸. En efecto, como explica el Profesor Páez, un experto en procedimientos de casación en el Ecuador, los propios procedimientos de la CNJ exigen que, si las determinaciones fácticas de un tribunal inferior son “erróneas o están tergiversadas”, la CNJ “***debe sopesar de forma independiente las pruebas de todo el expediente de pruebas de los procedimientos del tribunal inferior*** y pronunciar una nueva sentencia ***que se base en sus propias conclusiones***”⁵⁰⁹.

285. Específicamente, como los hechos recitados por el tribunal de apelaciones se basaron claramente en un examen parcializado de las pruebas, la CNJ debió haber procedido a revisar todo el expediente probatorio *de novo* para pronunciar su resolución. Como explica el Profesor Páez:

“Como el Tribunal de Segunda Instancia excluyó las pruebas de MSDIA para llegar a sus determinaciones fácticas, esas conclusiones fueron ***necesariamente parcializadas y distorsionadas***. Por lo tanto, habiendo sido notificado de esa distorsión en la Petición de Casación presentada por MSDIA (y mediante expresa declaración del propio [tribunal de

⁵⁰⁵ Anexo CLM-119, *Amco Asia Corp., et al. c. la República de Indonesia*, Laudo en un Caso vuelto a presentar, de fecha 31 de mayo de 1990, 1 Informes CIADI 569, en el párr. 65 (que determina que el fallo del primer tribunal sobre la violación del debido proceso era cosa juzgada).

⁵⁰⁶ Anexo CLM-119, *Amco Asia Corp., et al. c. la República de Indonesia*, Laudo en un Caso vuelto a presentar, de fecha 31 de mayo de 1990, 1 Informes CIADI 569, en el párr. 81. Efectivamente, el primer tribunal que presidió sobre el caso, y cuyas determinaciones en cuanto a las violaciones del debido proceso por parte de Indonesia fueron tratadas como cosa juzgada, concluyó que el procedimiento que tuvo como resultado la revocación de la licencia de la demandante fue “***contrario ... al principio general y fundamental del debido proceso***.” Anexo CLM-118, *Amco Asia Corp., et al. c. la República de Indonesia*, Laudo, de fecha 20 de noviembre de 1984, 1 Informes CIADI 413, en el párr. 201 (énfasis añadido). Como explicó ese tribunal, “equivaldría a una denegación del debido proceso” si el encargado de pronunciar una resolución administrativa “***hubiese resuelto con antelación no tomar en cuenta ningún argumento del inversionista***”. *Ibidem.* en el párr. 202 (énfasis añadido).

⁵⁰⁷ Anexo CLM-119, *Amco Asia Corp., et al. c. la República de Indonesia*, Laudo en un Caso vuelto a presentar, de fecha 31 de mayo de 1990, 1 Informes CIADI 569, en el párr. 98 (énfasis añadido).

⁵⁰⁸ Véase *supra* en párrs. 150-152.

⁵⁰⁹ Informe Pericial del Profesor Páez en párrs. 19-20 (énfasis añadido).

apelación]), la CNJ estaba obligada a pasar por alto los hechos tergiversados expuestos en la [sentencia del tribunal de apelaciones] y revisar todas las pruebas en el expediente. Eso se aplica todavía más dado que la CNJ determinó que MSDIA era responsable”⁵¹⁰.

286. Pero sin embargo, la CNJ se basó en los argumentos de las partes recitados por el tribunal de apelaciones y en las determinaciones fácticas del tribunal de apelaciones respecto de la conducta de MSDIA. Como explicó la CNJ en el párrafo 11 de su Sentencia, a fin de determinar si MSDIA podía ser hecha responsable en una reclamación de competencia desleal, “este Tribunal de Casación *se remite a los siguientes hechos que se pueden encontrar en la sentencia impugnada*”⁵¹¹. La CNJ luego procedió a recitar los hechos expuestos en la sentencia del tribunal de apelaciones, y sobre esa base concluyó que MSDIA había llevado a cabo una competencia desleal⁵¹².

287. Como explica el Profesor Páez, la CNJ no evaluó de forma independiente el expediente probatorio ni sometió las determinaciones fácticas del tribunal de apelaciones a ningún examen para llegar a su opinión de que MSDIA era responsable de competencia desleal⁵¹³. En efecto, la CNJ ni siquiera reconoció que las determinaciones de hechos del tribunal de apelaciones se basaron solamente en las pruebas de la demandante ecuatoriana sin tomar en cuenta ninguna de las pruebas presentadas por MSDIA⁵¹⁴.

288. Al sustentarse en las determinaciones del tribunal de apelaciones – que el tribunal de apelaciones expresamente declaró que se basaban en un examen de las pruebas presentadas solamente por una de las partes—sin examinar ni analizar de forma independiente todo el expediente de los hechos, la CNJ perpetuó las numerosas denegaciones de justicia cometidas por los tribunales inferiores del Ecuador⁵¹⁵. La decisión de la CNJ de llegar a determinaciones fácticas que eran adversas a MSDIA sin considerar *ninguna* de las pruebas presentadas por MSDIA constituyó una clara violación

⁵¹⁰ Informe Pericial del Profesor Páez en el párr. 37.

⁵¹¹ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en la Sección 11 (énfasis añadido).

⁵¹² Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en la Sección 15.

⁵¹³ Informe Pericial del Profesor Páez en el párr. 36 (“Al examinar la Sentencia de la [CNJ], *no encuentro evidencias de que la CNJ haya realizado una evaluación independiente de las pruebas para considerar la responsabilidad de MSDIA por actos de competencia desleal*”). (Énfasis añadido). Efectivamente, como explica el Profesor Páez, incluso en el caso (contrario a los hechos) de que la CNJ hubiese examinado de forma independiente el expediente probatorio compilado en los tribunales inferiores, de todas formas habría llegado a una resolución contaminada por la mala conducta procesal, debido a la indebida manipulación de dicho expediente por parte de los tribunales inferiores para perjuicio de MSDIA. Véase *ibidem*. el párr. 40. Véase también *ibidem*. en el párr. 21 (“Si ... el expediente está afectado por violaciones de procedimiento relativas a la presentación de pruebas, esas violaciones afectarían la capacidad de la CNJ de pronunciar determinaciones sobre cuestiones de hecho. Por lo tanto, en tales casos, la CNJ está obligada a anular la sentencia impugnada en virtud de la segunda causal de acción conforme al Artículo 3 de la Ley de Casación para devolver el caso a los tribunales inferiores a fin de que rectifiquen los vicios del expediente.”).

⁵¹⁴ Véase *supra* en párrs. 150-152.

⁵¹⁵ Véase Informe Pericial del Profesor Paulsson, en párrs. 48(f), 49.

del derecho de MSDIA, conforme al derecho internacional, a una sentencia sin sesgo, que no estuviera afectada por la corrupción, y sin mala conducta procesal grave.

289. Como explica el Profesor Jan Paulsson en su Informe Pericial:

“Si el tribunal final basa su propia resolución en el expediente sobre los hechos que estaba viciado por una denegación de justicia en los procedimientos del tribunal inferior, la resolución del tribunal final lógicamente está contaminada de lo mismo y, por lo tanto, forzosamente no se ajusta a los estándares mínimos del debido proceso”⁵¹⁶.

290. La resolución de la CNJ no remedió la denegación de justicia cometida por los tribunales inferiores. Antes bien, esa resolución aceptó las determinaciones viciadas y sumamente injustas de los tribunales inferiores y, con ello, vulneró todavía más los derechos de MSDIA al debido proceso y perpetuó la denegación de justicia de MSDIA.

3. La CNJ cometió otra denegación de justicia al determinar que existió responsabilidad en contra de MSDIA sin notificarla ni darle una oportunidad de hacerse escuchar

291. La CNJ también cometió una denegación de justicia separada mediante su resolución sobre la presunta teoría de la competencia desleal. Habiendo determinado que la resolución del tribunal de apelaciones no tenía fundamento, y habiendo concluido que NIFA no demostró que se podía hacer responsable a MSDIA basándose en la única teoría de la responsabilidad que NIFA planteó, la CNJ debió haber revocado esa resolución y haber dado por concluidos los procedimientos ecuatorianos. En cambio, la CNJ no hizo lo que exigía la ley y el Estado de Derecho. Al igual que los tribunales inferiores, la CNJ dictó una resolución sin fundamentos legales ni de pruebas.

292. Como se explica más abajo, la CNJ hizo responsable a MSDIA de competencia desleal sin tener en cuenta los derechos de MSDIA al debido proceso, determinando la responsabilidad en contra de MSDIA por una causal que había sido expresamente denegada por la demandante; MSDIA no fue notificada de ello ni tampoco se le dio oportunidad de presentar sus comentarios. En su resolución, la CNJ redujo sustancialmente la cuantía de daños otorgados a la demandante, y determinó que la suma total otorgada por el tribunal de apelaciones había sido sumamente exagerada. Con todo, otorgó US\$1,57 millones (una suma mayor que el precio de venta acordado de la propiedad en cuestión y 725 veces mayor que las ganancias anuales reportadas por NIFA en 2002) **sobre la base de una teoría legal que inventó, sin dar a MSDIA la oportunidad de abordar las cuestiones jurídicas o fácticas inherentes a ello.**

293. Aunque la sentencia definitiva pronunciada por la CNJ es 100 veces inferior a las

⁵¹⁶ Informe Pericial del Profesor Paulsson, en el párr. 17(b). Como explica el Profesor Paulsson, el hecho de que la CNJ se sustentó en las determinaciones fácticas de los tribunales inferiores constituye una conducta que es “defectuosa” como asunto de derecho internacional. Véase *ibidem*. en el párr. 48.

sumas absurdas que previamente habían otorgado el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones, es evidente que *cualquier* sentencia -- incluso una con siete y no nueve dígitos-- debe concordar con el Estado de Derecho. Como la CNJ claramente violó los derechos de MSDIA al debido proceso al pronunciar una sentencia en contra de MSDIA, el laudo del tribunal por US\$1,57 millones es una denegación de justicia insostenible independientemente de su dimensión e independientemente de su reducción en los fallos anteriores absurdos de los tribunales ecuatorianos⁵¹⁷.

294. Además, la sentencia por US\$1,57 millones pronunciada por la CNJ no remedió, sino *agravó* el perjuicio financiero adicional que sufrió MSDIA en los procedimientos de *NIFA c. MSDIA*⁵¹⁸. Específicamente, MSDIA gastó millones de dólares en honorarios legales para evitar la posible aniquilación de su empresa en el Ecuador producto de las numerosas violaciones del debido proceso y los fallos insostenibles pronunciados por el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones. Por ello, como explica el Profesor Paulsson en su Informe Pericial, MSDIA tiene derecho a recuperar del Ecuador no solamente la suma de US\$1,57 millones que pagó para cumplir con la sentencia de la CNJ, sino también los honorarios legales que incurrió durante el pleito *NIFA c. MSDIA*⁵¹⁹.

a) El debido proceso requiere una notificación y la oportunidad de ser escuchado con respecto a cada posible fundamento de la resolución del tribunal

295. Los estándares internacionales del debido proceso exigen que la función judicial de un Estado dé notificación a un demandado en un proceso civil y la oportunidad de ser escuchado. Según explica D.P. O'Connell en su tratado definitivo sobre la responsabilidad de los Estados, la obligación de no denegar la justicia, en lo fundamental, requiere que el demandado extranjero sea informado con "total divulgación del caso que se lleva en contra de [él] y tenga la oportunidad de contradecir las acusaciones mediante el empleo de un asesor legal"⁵²⁰. Dicho de otro modo, un ciudadano extranjero que afronta cargos de responsabilidad civil o penal "debe ser plenamente informado" de las alegaciones en contra de él, y debe tener la oportunidad de ser escuchado (mediante la presentación de argumentos legales y fácticos) respecto a dichas afirmaciones⁵²¹.

296. Se debe notificar al litigante extranjero específicamente sobre las reclamaciones o cuestiones en base a las que posiblemente se pronuncie una sentencia definitiva de manera tenga una oportunidad significativa para presentar los argumentos en su defensa. No es

⁵¹⁷ Véase Informe Pericial del Profesor Paulsson, en el párr. 17(a).

⁵¹⁸ Como explica el Profesor Paulsson, una demandante que triunfa por una denegación de justicia tiene derecho a recuperar no solamente la suma que pagó para satisfacer la sentencia del tribunal nacional, sino también el perjuicio adicional que sufrió a raíz de las denegaciones de justicia en el pleito subyacente. Véase el Informe Pericial del Profesor Paulsson, en párrs. 17(c), 64-66.

⁵¹⁹ Informe Pericial del Profesor Paulsson, en párrs. 17(c), 64-66.

⁵²⁰ Anexo CLM-173, D.P. O'Connell, INTERNATIONAL LAW (1965), en 1027.

⁵²¹ Anexo CLM-173, D.P. O'Connell, INTERNATIONAL LAW (1965), en 1027.

suficiente informar al litigante de que hay un juicio pendiente en contra de él o de que posiblemente sea hecho responsable, como asunto general. En cambio, como dejó claro la Comisión Mixta de Reclamaciones de Gran Bretaña y de Colombia (*Great Britain-Colombia Mixed Claims Commission*) en el caso de *Cotesworth & Powell*, un tribunal local debe notificar al demandado del **tema específico** en base al cual posiblemente se pronuncie una resolución adversa⁵²². Los tribunales Inversionista-Estado de igual manera han reconocido la importancia de dar una **notificación específica** al inversionista extranjero sobre la posibilidad de que se dicte una resolución judicial desfavorable (en el contexto de una reclamación de denegación de justicia)⁵²³ o cualquier otro resultado desfavorable (en otros contextos)⁵²⁴.

297. Como se explicó en el caso de *Cotesworth & Powell*, para poder ofrecer a un ciudadano extranjero una oportunidad efectiva de ser escuchado, el Estado debe permitir que dicho nacional se exprese respecto a cada reclamación o posible causal de responsabilidad en contra de él y garantizar que el tribunal tome en cuenta los alegatos del litigante cuando pronuncie una sentencia⁵²⁵. Un comentarista internacional destacado

⁵²² Anexo CLM-121, *Cotesworth & Powell (Reino Unido) c. Colombia*, en J. Moore, ARBITRATIONS, VOL. II (1898), en 2050, 2074-2075 (“No se notificó al demandado sobre la acción posesoria presentada por Osorio; **eso fue un acto de evidente injusticia.**”) (Énfasis añadido). Véase también *ibidem*. en 2084 (que sostiene que “no notificar al demandado de la acción contraria de la posesión [del demandante], mientras los objetos del pleito aún se encontraban en posesión del tribunal” constituyó “una denegación de justicia”).

⁵²³ Véase *infra* en párrs. 295-305.

⁵²⁴ Véase, por ejemplo, el Anexo CLM-135, *Middle East Cement Shipping & Handling Co. S.A. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, de fecha 12 de abril de 2002, en párrs. 143-144 (que sostiene que la confiscación administrativa y la subasta de la propiedad de la demandante fue equivalente a una expropiación debido a que no existió suficiente notificación, pues la propiedad no fue confiscada conforme “el debido proceso de la ley”). Véase también Anexo CLM-117, *Al Bahloul c. la República de Tayikistán*, Caso de la SCC No. V064/2008, Laudo Parcial sobre la Jurisdicción y Responsabilidad, de fecha 2 de septiembre de 2009, en el párr. 221.

⁵²⁵ Por ejemplo, en el caso de *Cotesworth y Powell*, el tribunal determinó que los tribunales colombianos cometieron varias denegaciones de justicia después de pronunciar varias resoluciones ya sea sin antes haber permitido que el nacional extranjero tuviera oportunidad de hacerse escuchar o al pasar por alto rápidamente los argumentos que el nacional extranjero había presentado ante los tribunales. Anexo CLM-121, *Cotesworth & Powell (Reino Unido) c. Colombia*, en J. Moore, ARBITRATIONS, VOL. II (1898), en 2050, 2074 (“**También hubo abuso de la autoridad judicial cuando se resolvió sobre una cuestión importante sin antes escuchar al demandado.**”) (Énfasis añadido). Como explicó el tribunal en ese caso, “una simple violación de la sustancia de la justicia natural, como, por ejemplo, **negarse a escuchar a la parte interesada, o permitirle la oportunidad de presentar pruebas es equivalente a una completa denegación de justicia.**” *Ibidem*. en 2083 (énfasis añadido). Véase también *ibidem*. (que afirma que “ocurre una denegación de justicia... cuando un tribunal se **niega a conocer la demanda o a resolver sobre las peticiones del demandante**, conforme a las formas de procedimiento establecidas”) (Énfasis añadido); *ibidem*. en 2084 (“La sentencia que liberó a Isaacs & Co de toda la responsabilidad resultante del embargo de bienes pertenecientes a la sociedad incidental fue una denegación de justicia, porque se realizó sin haber escuchado a los demandantes como querellantes del juicio.”); *ibidem*. (“La sentencia en la que se reconocen las pretensiones del apoderado de que se embarguen bienes que no constaban entre los activos del fallido, fue de una legalidad muy dudosa. Sin embargo, esto **jamás podía haber surgido entre los motivos de la demanda**, si el juez no se hubiese **negado a escuchar a las partes interesadas respecto a las solicitudes que presentaron formalmente y en repetidas ocasiones**, negándoles de tal forma la justicia ordinaria. El decreto de venta de ciertos bienes embargados almacenados fuera de Barranquilla, habiendo una acción pendiente para su posesión, y sin escuchar a las partes, constituyó una denegación de justicia, por no decir una manifiesta injusticia.”) (Énfasis

observó por consiguiente que “[e]l principio de que ambos lados deben ser escuchados *respecto de todos los asuntos que afecten su posición legal es uno de los conceptos más básicos de justicia en los procedimientos contenciosos*”⁵²⁶.

298. El Proyecto del Convenio sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Perjuicios ocasionados a Extranjeros reconoce el derecho de los extranjeros a ser notificados y a tener oportunidad de ser escuchados en cuanto a todas las posibles reclamaciones en base a las cuales pueden ser hechos responsables:

“El hecho de que un tribunal o una autoridad administrativa nieguen a un extranjero el derecho a una audiencia imparcial en un procedimiento en que se van a determinar sus derechos u obligaciones civiles, o cualquier acusación penal en contra del extranjero, es ilícito si se pronuncia una resolución o una sentencia desfavorables a él o si se le otorga una indemnización insuficiente. Para establecer si una audiencia es justa, es pertinente tomar en cuenta si se celebró ante un tribunal independiente y si al extranjero se le negó lo siguiente:

“(a) información específica con anterioridad a la audiencia sobre *cualquier reclamación o acusación* en contra de él; ...”⁵²⁷

299. Los tribunales internacionales han determinado que no se dio suficiente oportunidad para que el litigante extranjero sea escuchado cuando el tribunal pronunció una sentencia basándose en causales de las cuales la parte afectada adversamente no pudo haber tenido conocimiento.

300. Por ejemplo, en el caso de *Pantechniki c. Albania*, el único árbitro (Paulsson) sostuvo que un tribunal nacional cometió una “*clara violación del procedimiento justo*” al pronunciar una sentencia sobre una cuestión que no estaba en disputa y que, por lo tanto, no formó parte del argumento de las partes del litigio subyacente. En dicho caso, el gobierno de

añadido); *ibidem*. (“En la acción de exhibición de pruebas por parte de Osorio, la sentencia del 18 de marzo de 1859 fue injusta, dado que los documentos debieron haberse devuelto previamente. *La negativa del juez a escuchar al demandado fue una denegación de justicia.*”) (énfasis añadido). Véase también Anexo CLM-167, G. Jaenicke, “Judicial Protection of the Individual within the System of International Law” [Protección judicial de la persona natural dentro del sistema del derecho internacional] en JUDICIAL PROTECTION AGAINST THE EXECUTIVE (1971) [Protección judicial contra el Ejecutivo], en 303-304 (“[E]l énfasis del derecho de los extranjeros a la protección judicial se pone en el aspecto institucional y organizacional de los recursos: en la independencia e imparcialidad de los jueces, en que se les otorgue una audiencia adecuada, en la oportunidad de que presenten pruebas, en las disposiciones en contra de la demoras en los procedimientos, etc.”). Véase también *ibidem*. en 300 (“Existe... acuerdo en que el extranjero debe tener acceso a los tribunales, debe se le debe otorgar una audiencia justa en los procedimientos, que los procedimientos deben contar con un mínimo de salvaguardas que garanticen una resolución imparcial y que no se deben demorar los procedimientos”).

⁵²⁶ Anexo CLM-177, C. Schreuer, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY (2ª ed. 2009), en 987, párr. 305 (énfasis añadido).

⁵²⁷ Anexo CLM-163, Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, [Convenio Proyecto sobre la Responsabilidad de los Estados por Perjuicios a Extranjeros], Elaborado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, art. 7, Y.B. I.L.C., VOL. II (1969), en 143 (énfasis añadido).

Albania había firmado un acuerdo extrajudicial con la demandante, en el que prometió cumplir con los términos de una disposición de indemnización en su contrato anterior⁵²⁸. El gobierno de Albania no cumplió con el acuerdo extrajudicial, y la demandante presentó una demanda en contra de Albania ante sus tribunales locales, para exigir el cumplimiento del acuerdo extrajudicial (pero *no* el contrato anterior).⁵²⁹

301. En vez de abordar la reclamación para exigir el cumplimiento del acuerdo extrajudicial, los tribunales de Albania concluyeron *sua sponte* que la obligación contractual anterior, cuya validez *no estaba en cuestionamiento* dentro del pleito, era contraria a las políticas públicas, y por ende, era nula⁵³⁰. La demandante entonces reivindicó una reclamación de denegación de justicia en contra de Albania, alegando que “los tribunales de Albania *tomaron la iniciativa de declarar la invalidez de una disposición contractual que nunca se había invocado ante ellos*”⁵³¹. El árbitro reconoció:

“Me preocupa la *clara violación del procedimiento justo si es cierto (como parece serlo) que el Tribunal de Apelaciones rechazó la reclamación por una causal que la Demandante en ningún momento invocó y sobre la cual no tuvo oportunidad de pronunciarse. Esto es un asunto muy grave*”⁵³².

302. Los tribunales Inversionista-Estado han llegado a la misma conclusión en el contexto de las resoluciones pronunciadas por los encargados de dictar resoluciones administrativas, sosteniendo que una resolución vulnera los derechos del inversionista extranjero al debido proceso si se pronuncia sin que el inversionista haya sido notificado y sin que se le haya dado la oportunidad de hacerse escuchar sobre las cuestiones que fundamentan la resolución⁵³³.

303. Por ejemplo, en el caso de *Rumeli Telekom c. Kazajistán*, el gobierno de Kazajistán resolvió un contrato de inversión con un proveedor de telecomunicaciones de Kazajistán

⁵²⁸ Anexo RLM-47, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, de fecha 30 de julio de 2009, en párrs. 16-18.

⁵²⁹ Anexo RLM-47, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, de fecha 30 de julio 2009, en el párr. 99.

⁵³⁰ Anexo RLM-47, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, de fecha 30 de julio de 2009, en el párr. 95.

⁵³¹ Anexo RLM-47, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, de fecha 30 de julio de 2009, en el párr. 99 (énfasis añadido).

⁵³² Anexo RLM-47, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. la República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, de fecha 30 de julio de 2009, en el párr. 100 (énfasis añadido). Véase también Anexo RLM-41, *Mondev Int'l Ltd. c. los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, de fecha 11 de octubre de 2002, en el párr. 132 (el cual señala que “podría existir un problema [conforme el derecho internacional] si en la resolución de apelación se *tomó en cuenta una cuestión de hecho totalmente nueva que es fundamental para la resolución y hubo una falla importante en cuanto a permitir que la parte afectada presente su caso.*”) (énfasis añadido).

⁵³³ Efectivamente, “[e]l requisito del debido proceso administrativo es inferior al de un proceso judicial.” Anexo CLM-128, *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, de fecha 26 de enero de 2006, en el párr. 200 (énfasis añadido).

controlado por inversionistas de Turquía⁵³⁴. El contrato de inversión otorgaba al proveedor de telecomunicaciones ciertos beneficios fiscales a cambio de que el proveedor expandiese la red de telecomunicaciones de Kazajistán⁵³⁵.

304. En un principio, el gobierno de Kazajistán dio por terminado el contrato de inversión debido a que la operadora de telecomunicaciones “no cumplió con sus obligaciones en materia de informes” conforme al contrato⁵³⁶. Después de que el inversionista presentó pruebas que refutaban la causal que motivó la resolución original del contrato, el gobierno de Kazajistán pretendió crear un “Grupo de Trabajo Inter-gubernamental” para que identificara otras razones por las cuales podría haber dado por concluida la concesión⁵³⁷. Sin permitir que la demandante presentase un escrito o una argumentación verbal, el Grupo de Trabajo “validó la resolución del Contrato, *pero lo hizo basándose en razones completamente distintas de las que formaban el fundamento de la resolución inicial*”⁵³⁸.

305. El tribunal concluyó que Kazajistán había incumplido sus obligaciones conforme al TBI pertinente, porque el Grupo de Trabajo había pronunciado una resolución que “carecía de transparencia y del debido proceso”:

“El Grupo de Trabajo sustentó su resolución de validación no solo en el incumplimiento de Kar-Tel de sus obligaciones en materia de informes, sino también en varias causales completamente distintas a las que formaban el fundamento de su resolución inicial. La resolución se pronunció sin que las Demandantes tuvieran una posibilidad concreta de presentar su postura al respecto”⁵³⁹.

⁵³⁴ Anexo RLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, de fecha de 29 de julio 2008, en párrs. 113-114.

⁵³⁵ Anexo RLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, de fecha 29 Julio 2008, en párrs. 101-103.

⁵³⁶ Anexo RLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en el párr. 113. Después de que se resolvió el contrato de inversión, la función judicial de Kazajistán también obligó a los inversionistas turcos a entregar su participación en la proveedora de telecomunicaciones a inversionistas kazajos locales a precios muy inferiores al precio del mercado. *Ibidem.* en párrs. 142-146, 151-155.

⁵³⁷ Anexo RLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en párrs. 147-148.

⁵³⁸ Anexo RLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en el párr. 407 (énfasis añadido). Véase también *ibidem.* en el párr. 337 (“Según las Demandantes... la Demandada estableció un Grupo de Trabajo alrededor de un año después de la resolución del Contrato de Inversión para que evaluara causales alternativas para resolver el Contrato *en vez de examinar la legalidad de las causales por las que se resolvió el Contrato en marzo de 2002*. Además, las Demandantes fueron excluidas *de facto* de las reuniones del Grupo de Trabajo... [L]a decisión del Grupo de Trabajo ratificó la resolución del Contrato sobre la base de causales totalmente diferentes a las que formaron el fundamento de la resolución.”) (énfasis añadido).

⁵³⁹ Anexo RLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en el párr. 617. Véase también Anexo CLM-134, *Metalclad Corp. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No.

En base a ese fallo, el tribunal del caso *Rumeli* concluyó que Kazajistán había violado la obligación de “tratamiento justo y equitativo” conforme a su TBI con Turquía,⁵⁴⁰ el cual “incluye en sus aspectos generales la norma de denegación de justicia”⁵⁴¹.

306. De manera similar, en el caso de *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka*⁵⁴², el Banco Central de Sri Lanka intentó utilizar de manera indebida una investigación, cuyo alcance completo no había sido divulgada al Deutsche Bank, con el fin de eludir sus obligaciones conforme a un contrato de cobertura de petróleo entre el Deutsche Bank y Sri Lanka⁵⁴³. El tribunal determinó que la conducta del Banco Central de Sri Lanka “careció de ... transparencia y del debido proceso,” dado que el Deutsche Bank “no fue informado... y ... no se le dio la posibilidad de responder”⁵⁴⁴. El tribunal, expresando preocupación “respecto a la legitimidad del proceso,” concluyó que Sri Lanka había incumplido su obligación de otorgar a la inversión del Deutsche Bank un tratamiento justo y equitativo⁵⁴⁵.

307. Las resoluciones sobre anulación tomadas por comités *ad-hoc* conforme al Convenio del CIADI también dejan claro que el encargado de pronunciar resoluciones vulnera las normas internacionales del debido proceso cuando pronuncia una resolución basándose en causales de las cuales no se notificó a la parte afectada negativamente. Por ejemplo, un comité *ad-hoc* observó que el tribunal del arbitraje en el caso de *Víctor Pey Casado c. Chile* vulneró el “derecho del demandado a expresarse, que es una **norma fundamental de procedimiento**” al otorgar *sua sponte* una indemnización por incumplimiento de la obligación de dar un tratamiento justo y equitativo, aunque las pruebas obrantes en el expediente únicamente se referían a daños y perjuicios sufridos por una expropiación, y por lo tanto, no se había dado al demandado “una oportunidad total y justa, o comparativamente igual para que ... presentara su defensa o presentara pruebas”⁵⁴⁶.

ARB(AF)/97/1, Laudo, de fecha 30 de agosto de 2000, en párrs. 91, 101 (que determina que se incumplió la disposición de tratamiento justo y equitativo del TLCAN porque el permiso municipal de construcción del demandante fue denegado “en una reunión del Consejo Municipal de la cual no se notificó a Metalclad, ni tampoco fue invitada a dicha reunión, y no se le dio oportunidad de presentarse”).

⁵⁴⁰ Anexo RLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en el párr. 618.

⁵⁴¹ Anexo RLM-142, *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, de fecha 29 de julio de 2008, en el párr. 654.

⁵⁴² Anexo CLM-122, *Deutsche Bank AG c. la República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/02, Laudo, de fecha 31 de octubre de 2012.

⁵⁴³ Anexo CLM-122, *Deutsche Bank AG c. la República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/02, Laudo, de fecha 31 de octubre de 2012, en el párr. 483.

⁵⁴⁴ Anexo CLM-122, *Deutsche Bank AG c. la República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/02, Laudo, de fecha 31 de octubre de 2012, en el párr. 487. El tribunal determinó que el informe de la investigación “contenía tres determinaciones nuevas en contra de [Deutsche Bank] de las cuales este no había sido notificado y que no se le había dado oportunidad de presentar una respuesta a ello. *Ibidem.* en el párr. 488.

⁵⁴⁵ Anexo CLM-122, *Deutsche Bank AG c. la República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/02, Laudo, de fecha 31 de octubre de 2012, en el párr. 489.

⁵⁴⁶ Anexo CLM-122, *Pey Casado c. la República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Resolución sobre la anulación, de fecha 18 de diciembre de 2012, en el párr. 184 (énfasis añadido).

El comité *ad-hoc* explicó que el tribunal de arbitraje debió haber “reabierto el procedimiento antes de pronunciar una resolución y permitido que las partes expusieran sus opiniones sobre el nuevo planteamiento de los árbitros”⁵⁴⁷.

308. En otras decisiones del comité *ad-hoc* también se hizo énfasis en que es una “grave desviación de la norma fundamental de procedimiento” que un tribunal de arbitraje emita fallos basándose en motivos que no se notificaron a la parte afectada adversamente⁵⁴⁸.

309. Algunos tribunales de Francia,⁵⁴⁹ Alemania,⁵⁵⁰ del Reino Unido,⁵⁵¹ y de Estados

⁵⁴⁷ Anexo CLM-140, *Pey Casado c. la República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Resolución sobre Anulación, de fecha 18 de diciembre de 2012, en el párr. 267 (énfasis añadido).

⁵⁴⁸ Véase, por ejemplo, Anexo CLM-151, *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Resolución sobre la Anulación, de fecha 28 de enero de 2002, en el párr. 56. Véase también *ibidem*. en el párr. 57 (“La mencionada disposición [Artículo 52(1)(d)] se refiere a un conjunto de normas mínimas de procedimiento que se deben respetar como cuestión de derecho internacional.”); Anexo CLM-130, *Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, de fecha 28 de marzo de 2011, en el párr. 38 (“Si, basándose en una objeción jurisdiccional que la Demandada no formuló en ningún momento y por lo tanto tampoco fue respondida por la Demandante, el tribunal hubiese desestimado el arbitraje, eso constituiría una desviación grave de las normas fundamentales de procedimiento.”); Anexo CLM-146, *[Suprimido] c. la República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Definitivo, de fecha 23 de abril de 2012, en el párr. 141 (que sostiene que el tribunal “no debe sustentar su resolución en una teoría legal que no formaba parte del debate y que las partes no esperaban que fuese relevante,” a pesar de su autoridad conforme el derecho Suizo “para aplicar la ley *ex officio* sin estar sujeto a los argumentos y las fuentes invocadas por las Partes”).

⁵⁴⁹ Anexo CLM-210, *Sentencia del 23 de junio de 2010, Société Top bagage international c. Société Wistar Enterprise Ltd* (légifrance) (French Cour de cassation civ. 1e) (que anula el laudo del tribunal de arbitraje sobre la base de que el tribunal “pronunció un fallo [en contra de la demandada] con la intención de remediar una pérdida que [la demandante] no invocó, sin invitar a que las partes a pronunciarse sobre este tema”); Anexo CLM-206, *Sentencia del 6 de abril de 1995, Thyssen Stahlunion c. Maaden*, 1995 Rev. arb. 448 (Paris Cour d’appel) (“[E]l principio contencioso supone que **un tribunal no puede plantear medios fácticos o legales sin que las partes hayan sido invitadas a comentar sobre ello.**”) (énfasis añadido); Anexo CLM-209, *Sentencia del 3 de diciembre de 2009, Société Engel Austria c. Société Don Trade* (légifrance) (Paris Cour d’appel) (que anula parcialmente el laudo porque el tribunal dictó un fallo basándose en un principio de derecho extranjero planteado por propia iniciativa de los árbitros, sin haber invitado a que las partes presentasen sus alegatos); Anexo CLM-207, *Sentencia del 25 de noviembre de 1997, VRV c. Pharmachim*, 1998 Rev. arb. 684 (Paris Cour d’appel) (que anula un laudo en el cual un tribunal por propia iniciativa planteó y resolvió sobre una reclamación extracontractual que el demandante no había planteado). En concordancia con dichas resoluciones, el Artículo 16 del Código de Procedimiento Civil de Francia dispone que un juez “**no debe basar su resolución en argumentos legales que presentó por propia iniciativa sin antes haber invitado a las partes a comentar sobre ello.**” Anexo CLM-202, Código de Procedimiento Civil de Francia, art. 16 (énfasis añadido).

⁵⁵⁰ Anexo CLM-204, *Sentencia del 21 de marzo de 1986*, BGH, NJW 1986 (Corte Suprema Federal), en 2245 (que sostiene el tribunal de apelaciones se equivocó al basar su resolución en la invalidez de una notificación de rechazo, aunque ambas partes supusieron que la notificación de rechazo era válida); Anexo CLM-211, *Sentencia del 13 de enero de 2011*, BGH, NJW 1993 (Corte Suprema Federal), en 667 (que sostiene que el tribunal de apelaciones se equivocó al incluir los impuestos en el laudo sobre daños y perjuicios aunque ambas partes supusieron que los impuestos no se incluirían en el laudo de daños y perjuicios); Anexo CLM-205, *Sentencia del 23 de septiembre de 1992*, BGH, NJW 1993 (Corte Suprema Federal), en 667 (que sostiene que el tribunal de apelaciones se equivocó al sustentar su resolución sobre la interpretación de un contrato de una manera que ninguna de las partes había propuesto); Anexo CLM-208, *Sentencia del 6 de diciembre de 2001*, XXIX Y.B. Comm. Arb. 742 (Oberlandesgericht Stuttgart) (2004) (que afirma que una “resolución sorpresiva” es aquella que se basa en un fundamento legal “que ninguna de las partes mencionó, ni analizó ni resaltó”). Efectivamente, el Código de Procedimiento Civil de Alemania dispone: “El tribunal podrá basar su

Unidos,⁵⁵² han llegado a la misma conclusión y se han apoyado en esos principios de derecho internacional cuando examinaron no solo laudos internacionales de arbitraje sino también fallos judiciales nacionales⁵⁵³.

resolución en un aspecto que una parte haya pasado por alto claramente o que haya considerado insignificante, siempre que esto no guarde relación con una reclamación secundaria, **únicamente si dio la debida notificación de ese hecho de manera y permitió la oportunidad para tratar dicho asunto**. Lo mismo se aplicará a cualquier aspecto que el tribunal evalúe de manera distinta a las partes.” Anexo CLM-203, Código de Procedimiento Civil de Alemania, Sección 139, párr. 2 (énfasis añadido).

⁵⁵¹ Anexo CLM-218, *Zermalt Holdings SA c. Nu-Life Upholstery Repairs Ltd* [1984] 2 EGLR 14 (Q.B.) (“Si a un árbitro le impresiona un punto que **en ningún momento fue planteado por ninguna de las partes, es su deber informar a las partes para que tengan la oportunidad de comentar sobre ello**. Si siente que el enfoque correcto es uno que no se ha analizado ni planteado en las pruebas o en los alegatos, entonces una vez más **es su deber otorgar a las partes la oportunidad de comentar al respecto**.”) (énfasis añadido). Véase también Anexo CLM-217, *Vee Networks Ltd c. Econet Wireless Int’l Ltd* [2005] 1 Lloyd’s Rep. 192 (Q.B.), en párrs. 14, 84, 91 (que afirma que ambas partes acordaron que un árbitro “había utilizado argumentos de derecho e interpretación **en los cuales no se había basado [la parte vencedora] durante la audiencia**” y que sostiene que “al plantear el punto de interpretación [que ninguna de las partes había planteado] **el árbitro no actuó ni con justicia ni dando a cada parte una oportunidad razonable para presentar su argumento**” y con ello cometió una “**injusticia sustancial y, por lo tanto, una grave irregularidad**”) (énfasis añadido); Anexo CLM-214, *OAO Northern Shipping c. Remolcadores de Marin* [2007] 2 Lloyd’s Rep. 302 (Q.B.) (que anula el laudo de arbitraje pronunciado sobre una causal “acerca de la cual no se plantearon argumentos ni debates ... durante la audiencia”).

⁵⁵² Véase, por ejemplo, Anexo CLM-215, *Snider c. Melindez*, 199 F.3d 108, 113 (2d Cir. 1999) (“[D]ar a la parte afectada adversamente notificación y la oportunidad de hacerse escuchar **es de mucha importancia para demostrar la justicia y fiabilidad de la orden**. Evita el riesgo de que el tribunal pueda pasar por alto respuestas válidas a su percepción de defectos en la causa del demandante.”) (énfasis añadido); Anexo CLM-216, *Estados Unidos c. Parr*, 843 F.2d 1228, 1231-1232 (9th Cir. 1988) (“Estamos **impedidos ... de ratificar la [resolución] de la corte distrital sobre una teoría que no se presenta a continuación, pues de hacerlo, estaríamos privando injustamente al demandado de su oportunidad de presentar pruebas**.”) (énfasis añadido). Véase también Anexo CLM-201, *Ershow c. Site Holdings, Inc.*, 1995 WL 384457, en *5 (S.D.N.Y. 28 de junio, 1995) (“[D]ado que los mismos demandantes no presentan esta causal alternativa de indemnización, **el debido proceso exige que el tribunal dé notificación a las partes y la oportunidad de hacerse oír sobre el tema del derecho del demandante de recuperar lo que le corresponde (quantum meruit)**, antes de dictar una sentencia sumaria en contra de los demandados”) (énfasis añadido); Anexo CLM-213, *Lindsey c. Normet*, 405 U.S. 56, 66 (1972) (que sostiene que cada demandado tiene un derecho de debido proceso a que se le dé “**oportunidad de presentar cada defensa que tenga a su disposición**”) (énfasis añadido).

⁵⁵³ Según explica A.V. Freeman, las resoluciones de la corte nacional, específicamente en cuanto al alcance del debido proceso, echan luz en el estándar de denegación de justicia conforme al derecho internacional. Véase Anexo CLM-164, A.V. Freeman, *Denial of Justice* [Denegación de justicia] (1970), en 267 (“[E]l juez internacional estará perdido para evaluar la corrección de una conducta presuntamente ilícita a menos que la analice a la luz de las prácticas que están condenadas por la jurisprudencia de su propio país, de ordenamientos jurídicos similares al sistema con el que está familiarizado, y de otros que pueden ser diferentes pero que se consideran ‘civilizados’ en la medida que un juicio normal en ellos se considere suficiente para satisfacer los mandatos del derecho internacional”).

b) La CNJ basó su resolución en los principios de la competencia desleal, los cuales fueron principios diferentes de los principios de la ley sobre la defensa de la competencia en los que se basó el Tribunal de Apelaciones se fundamentó.

(1) La CNJ rechazó el fallo de responsabilidad en cuanto a la defensa de la competencia pronunciado por el Tribunal de Apelaciones, y en cambio pronunció una sentencia que se basó en la competencia desleal.

310. Como ya se explicó, NIFA declaró repetidamente durante el pleito que pretendía hacer responsable a MSDIA por violar los principios de la defensa de la competencia contenidos en el Artículo 244, Numeral 3 de la Constitución del Ecuador de 1998⁵⁵⁴. Por ejemplo, en respuesta al recurso de casación que MSDIA presentó ante la CNJ, NIFA argumentó que su reclamación “en contra de MSD no se basó en... la competencia desleal”⁵⁵⁵.

311. Incluso si (contrario a los hechos) el Artículo 244, Numeral 3, pudiese haber dado sustento a una causal de acción legal privada por violaciones a la defensa de la competencia, los elementos de una reclamación de defensa de la competencia habrían hecho necesario que el tribunal:(a) analizara el Mercado para ver la existencia de instalaciones de fabricación de productos farmacéuticos; (b) determinara que MSDIA tenía una posición dominante en el mercado de dichas instalaciones; (c) determinara que MSDIA empleó mal esa posición dominante y ocasionó perjuicios al mercado; y (d) determinara que la planta de MSDIA era la única instalación posible a disposición de NIFA en su supuesta campaña por expandir su capacidad de producción⁵⁵⁶.

312. La CNJ sostuvo que NIFA no había demostrado que hubo una violación de la defensa de la competencia y que las determinaciones del tribunal de apelaciones “**no fueron debidamente motivadas**”⁵⁵⁷ y fueron evidentemente erróneas como cuestión de derecho. Como sostuvo la CNJ:

a. La sentencia del tribunal de apelaciones “no contiene una identificación adecuada de lo que era mercado pertinente” (la primera investigación fáctica la realizó el tribunal de apelaciones).

La CNJ explicó, “[e]n realidad **en el país no existe un ‘mercado importante para**

⁵⁵⁴ Véase *supra* en párrs. 69-73, 138.

⁵⁵⁵ Anexo C-200, Alegato de NIFA del 17 de noviembre de 2011, *NIFA c. MSDIA*, CNJ, en el párr. 12.

⁵⁵⁶ Anexo C-4, Sentencia del Tribunal de Apelaciones, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 23 de septiembre de 2011, en 9-15. Véase también el Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en párrs. 11, 25-26, 38-39.

⁵⁵⁷ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en el párr. 6.1.1 (énfasis añadido).

*plantas industriales que sea idóneo para la industria farmacéutica*⁵⁵⁸.

b. El tribunal de apelaciones no citó “pruebas que demuestren que MERCK tenía una posición dominante, que fuerapor encima del 25% del mercado respectivo.”⁵⁵⁹ La CNJ explicó que “*ese obviamente no es el caso*” y que MSDIA tenía “una posición dominante, y, por lo tanto, poder de mercado sobre el respectivo mercado de plantas industriales”⁵⁶⁰.

c. Contrariamente a la determinación del tribunal de apelaciones de que MSDIA había abusado de su supuesta posición dominante del mercado para perjudicar a la competencia, las negociaciones entre NIFA y MSDIA “*no pueden afectar de ninguna manera a todos los consumidores y usuarios en general del país o de un sector, como sería si se tratara de un verdadero problema de defensa de la competencia*”⁵⁶¹.

d. El tribunal de apelaciones no identificó un “fundamento legal para sostener que la planta industrial perteneciente a MERCK era la única alternativa posible que tenía [NIFA], en su calidad de fabricante o importadora de productos farmacéuticos”⁵⁶².

313. Por lo tanto, la CNJ sostuvo que no existía fundamento para las determinaciones del tribunal de apelaciones en cuanto a elementos de una reclamación sobre la defensa de la competencia. La CNJ concluyó que:

“El problema fundamental con la sentencia impugnada es que... de un conflicto que únicamente puede afectar a las compañías [NIFA] S.A. y MERCK Corporation, se da un salto conceptual extraño para tratar de transformarlo en un problema de los consumidores y los usuarios de productos farmacéuticos en general, o lo que es peor, un problema del mercado respectivo de plantas industriales. Para hacer esto, la sentencia impugnada... intenta llevar dicho conflicto civil entre las dos compañías farmacéuticas al campo de la Ley de la Competencia”⁵⁶³.

314. Habiendo sostenido que el tribunal de apelaciones se equivocó al hacer responsable a MSDIA de una violación a la ley de defensa de la competencia – que fue el único fundamento legal de la sentencia dictada por el tribunal de apelaciones—la CNJ, sin embargo, pasó a responsabilizar a MSDIA conforme a una teoría legal completamente

⁵⁵⁸ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en párrs. 6.1.1, 9.1 (énfasis añadido).

⁵⁵⁹ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en el párr. 6.1.1.

⁵⁶⁰ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en el párr. 9.2.1 (énfasis añadido).

⁵⁶¹ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en el párr. 8.2 (énfasis añadido).

⁵⁶² Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en el párr. 6.1.1.

⁵⁶³ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en el párr. 9.1.

distinta. La CNJ sostuvo que si bien quedaba “claro que la negociación fallida entre [NIFA] y MERCK para la compra de una planta industrial no constituía de manera alguna un asunto de la Ley de Defensa de la Competencia,” era “más bien un asunto de un ilícito extracontractual debido a una práctica injusta, lo cual es **un asunto completamente distinto**”⁵⁶⁴.

315. Específicamente, la CNJ sostuvo que la conducta de MSDIA durante las negociaciones entre las partes **no constituyó una violación de ninguna ley de defensa de la competencia**, pero que sin embargo sí constituyó una “negativa a vender” como cuestión de la ley sobre competencia desleal⁵⁶⁵. La CNJ sostuvo que el Artículo 244, Numeral 3, de la constitución del Ecuador de 1998 prohibía tales actos de competencia desleal,⁵⁶⁶ aunque NIFA no había invocado en ningún momento esa teoría durante el pleito de las partes y ningún tribunal ecuatoriano jamás había interpretado el Artículo 244, Numeral 3, para abordar actos de competencia desleal⁵⁶⁷.

(2) Según el Derecho ecuatoriano, las reclamaciones de competencia desleal y sobre defensa de la competencia son completamente distintas.

316. Conforme al derecho ecuatoriano, una reclamación sobre competencia desleal es una causal de acción separada y completamente distinta de una reclamación que alega la violación de la defensa de la competencia⁵⁶⁸. Efectivamente, en la época en que NIFA inició el pleito subyacente en contra de MSDIA y en la época de las resoluciones del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelaciones, Ecuador no tenía ninguna ley de defensa de la competencia y no otorgaba ningún mecanismo mediante el cual una persona particular o una compañía pudiesen reivindicar una reclamación por daños y perjuicios por una presunta violación de los principios de la defensa de la competencia⁵⁶⁹. Cuando la CNJ rechazó la resolución del tribunal de apelaciones que se imponía la responsabilidad por una

⁵⁶⁴ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en el párr. 13.1 (énfasis añadido).

⁵⁶⁵ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en párrs. 13-15.

⁵⁶⁶ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en párrs. 8.1, 15.

⁵⁶⁷ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en el párr. 51 (“No tengo conocimiento de ninguna otra sentencia en la cual un juez o un tribunal ecuatoriano haya resuelto que el Artículo 244-3 dé lugar a una reclamación por competencia desleal (o por alguna otra cosa).”); Informe Pericial del Profesor Oyarte en el párr. 25.

⁵⁶⁸ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en párrs. 7, 11 (“La distinción entre la finalidad de las leyes que protegen la libre competencia y las leyes que prohíben la competencia desleal se refleja en los diferentes requisitos legales y las pruebas fácticas necesarias para demostrar que existe una vulneración en cada caso.”)

⁵⁶⁹ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en el párr. 19 (“Hasta 2009, el Ecuador no contaba con ninguna ley que sancionara la conducta perjudicial para la libre competencia. A falta de una ley que implemente la política descrita en el Artículo 244-3, las partes no podían entablar acciones legales basándose en el Art. 244-3, y no permitía que se hiciera responsables a las partes por presuntas “violaciones” de la política descrita en el Artículo 244-3”).

violación a la ley de defensa de la competencia, y en cambio determinó la responsabilidad por competencia desleal, adoptó un fundamento legal completamente distinto de la responsabilidad.

317. En su sentencia, la CNJ expresamente reconoció la diferencia entre la defensa de la competencia y la competencia desleal, observando que la ley de defensa de la competencia y la ley sobre competencia desleal son “*cuestiones completamente diferentes*”⁵⁷⁰. Específicamente, el Artículo 244 de la Constitución del Ecuador de 1998 estableció una política pública a favor de la libre competencia, es decir, a favor de impedir que los participantes dominantes del mercado tengan una conducta que impida la competencia y perjudique al mercado en general⁵⁷¹.

318. Por el contrario, la Ley de la Propiedad Intelectual del Ecuador (la única ley que trata sobre las reclamaciones de competencia desleal) prohibía los actos contrarios a la buena fe y el trato justo en las prácticas comerciales, lo cual incluía la apropiación indebida de secretos comerciales y la infracción de patentes, y otorgaba legitimación a cualquier parte “perjudicada” para que presentara una reclamación civil ante los tribunales administrativos del Ecuador en contra de un competidor que realizaba actos de competencia desleal⁵⁷². La prohibición del Ecuador en contra de la competencia desleal no apuntaba a proteger al mercado en conjunto o los intereses de los consumidores, sino más bien tenía la finalidad de proteger de las prácticas comerciales injustas a los participantes individuales del mercado⁵⁷³.

319. Esta distinción fue explicada por una autoridad ecuatoriana importante, García Menéndez, quien fue ampliamente citado en la sentencia de la CNJ.

“[S]i bien la ley de defensa de la competencia combate los fenómenos que pretenden limitar la competencia y hacen peligrar el interés comercial en general, la protección contra la competencia desleal acentúa la protección de los intereses individuales del competidor en contra de actos cometidos por su propio competidor, penalizando las prácticas injustas que hacen que los consumidores se sientan atraídos no por el mejor negocio, sino por el que emplea medios que exceden los parámetros socialmente aceptables. *En general, la defensa de la competencia protege el orden económico público de las acciones de competidores, mientras que la protección contra la competencia desleal sanciona*

⁵⁷⁰ Anexo C-203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en el párr. 13.1 (énfasis añadido).

⁵⁷¹ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en párrs. 15, 17 (Dicho de otro modo, el objeto del Artículo 244-3 era establecer una política estatal que protegiera y promoviera la libre competencia, lo cual incluye eficiencia de mercado y bienestar del consumidor”).

⁵⁷² Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en los párrs. 28, 34.

⁵⁷³ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba en el párr. 9 (“Las normas sobre competencia desleal apuntan a asegurar que los operadores del mercado observen esos estándares y no empleen tácticas desleales cuando compiten, como robar secretos comerciales o distribuir información engañosa, a fin de robar clientes. La competencia desleal se limita al ámbito privado, en donde un competidor se ve perjudicado por los actos cometidos por otro competidor”).

los actos desleales de competidores con respecto al otro⁵⁷⁴.

320. En consonancia con el hecho de que sirven objetivos políticos distintos, la ley de competencia desleal y defensa de la competencia surge en Ecuador desde fuentes legales distintas⁵⁷⁵.

a) Defensa de la Competencia

321. Cabe destacar que, en el momento que NIFA inició el pleito subyacente y a lo largo de muchos años después, Ecuador no tenía ninguna ley de defensa de la competencia⁵⁷⁶. En el momento del litigio NIFA, la única disposición de la ley ecuatoriana que abordaba los principios de defensa de la competencia era el artículo 244, numeral 3 de la Constitución Política de 1998. Esta disposición establece que “[d]entro del sistema de economía social de mercado, el Estado deberá ... [p]romover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, [y p]romover la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, prácticas monopólicas y otras que lo impidan o distorsionen”⁵⁷⁷.

322. Se entendía extensamente el texto del artículo 244, numeral 3 para establecer una política pública a favor de la libre competencia en el Ecuador, y para obligar al legislador ecuatoriano hacia la adopción de la legislación que prohíba la promulgación de legislación que prohibiera violaciones de defensa de la competencia⁵⁷⁸. Sin embargo, careciendo de legislación que la aplicara, el artículo 244, numeral 3 no estableció una prohibición de aplicación directa contra las acciones contrarias a la competencia o una causa de acción privada para recuperar los daños por dichas acciones anti-competitivas⁵⁷⁹. De hecho, ningún tribunal ecuatoriano – que no fuera los tribunales inferiores en el caso *NIFA c. MSDIA* ha sostenido jamás que el artículo 244, numeral 3 crea prohibiciones sustantivas en virtud de las cuales una de las partes pueda ser considerada responsable⁵⁸⁰.

⁵⁷⁴ Anexo C- 203, Sentencia CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en párr. 13.3 (citando el Anexo CLM-196, S. García Menéndez, Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor (2004) en 22) (el subrayado es nuestro).

⁵⁷⁵ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 6(a); véase en general, *ibidem*, en párrs. 13, 28.

⁵⁷⁶ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 12.

⁵⁷⁷ Anexo CLM – 183, Constitución Política de la República del Ecuador, art. 244.

⁵⁷⁸ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 17 (“El Artículo 244 -3 de la Constitución de 1998 no dispuso ninguna prohibición específica sobre las actividades de los operadores de Mercado. En vez de eso, estableció la obligación del Estado de promulgar una ley que moldeara la política de promoción de libertad de competencia, incluyendo los mecanismos procesales para su protección efectiva.”) Véase también, Informe Pericial del Profesor Oyarte en párrs. 14 – 24.

⁵⁷⁹ Informe pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párrs. 17 – 19; Véase también, Informe Pericial del Profesor Oyarte en párrs. 22 – 25. (“El Artículo 244 (3) no creó una norma sustancial, sino que requirió la promulgación de una ley particular que implementase su mandato...”).

⁵⁸⁰ Informe pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 51 (“No conozco de ninguna otra sentencia en que un juez o tribunal ecuatoriano haya resuelto que el Artículo 244-3 aborda la competencia desleal o da lugar a un reclamo de competencia desleal (o alguna otra cosa”); Informe Pericial del Dr. Oyarte en párr. 25.

323. Ecuador no adoptó las normas de defensa de la competencia hasta el año 2009, y la legislatura ecuatoriana no ha adoptado legislación que prohíbe la conducta contraria a la competencia hasta el año 2011⁵⁸¹. Previo a esa fecha, Ecuador había reconocido públicamente en reiteradas ocasiones, que no tenía una ley de defensa de la competencia⁵⁸².

324. Aunque Ecuador no poseía en su marco normativo una ley de defensa de la competencia propia, las políticas reflejadas en el artículo 244, numeral 3 de la Constitución Política de 1998 se comprendían a la luz de los estándares internacionales ampliamente aceptados en relación a la promoción de la libre competencia⁵⁸³, incluyendo los principios adoptados por la Comunidad Andina. En virtud de la decisión pertinente de la Comunidad Andina en esa fecha, las leyes de defensa de la competencia fueron dirigidas a prohibir aquella conducta que restringía la libre competencia, como por ejemplo, los acuerdos de fijación de precios, los acuerdos para restringir la oferta o la demanda de los productos o servicios (en un esfuerzo para inflar artificialmente el precio de esos bienes), los acuerdos para erigir barreras a la entrada en el mercado (con el fin de evitar que otros competidores entren en el mercado), y el abuso de una posición dominante en el mercado⁵⁸⁴.

325. Establecer una violación de la defensa de la competencia en aquellas jurisdicciones que han adoptado leyes sustantivas de competencia requiere por tanto verificar un efecto adverso en la libre competencia de manera que cause daño al mercado, y por ende, al público consumidor, y no sólo a otro operador en el mercado⁵⁸⁵.

326. Si una violación surge de la conducta de una participante del mercado por abuso de posición dominante en el mercado (en lugar de un acuerdo entre competidores), es necesario establecer que la entidad de que se trate en realidad posee una **“posición dominante en el mercado”**, la cual se define generalmente en el sentido de que “puede actuar de forma independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o

⁵⁸¹ Anexo CLM – 195, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial, Suplemento No. 555, de fecha 13 de octubre de 2011.

⁵⁸² Por ejemplo, el acta oficial de las reuniones de la Comunidad Andina, incluyendo a los representantes del Ecuador, para evaluar las posibles reformas a la Decisión de la Comunidad Andina No. 285, la cual estableció normas de defensa de la competencia para transacciones que afectan la competencia en más de una país miembro, afirma la ausencia de una ley de defensa de la competencia en Ecuador. Véase Anexo C- 9, Informe de la Cuarta Reunión de la Comunidad Andina de Expertos Gubernamentales sobre la Libre Competencia, de fecha 1 de agosto de 2003, en 2. Por otra parte, en el año 2002, la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó un proyecto de ley destinado a establecer las normas jurídicas para la libre competencia, presumiblemente a la luz de la Directiva en el artículo 244, numeral 3, pero ese proyecto de ley fue vetado por el Presidente. Véase Anexo C- 24, Informe de Ignacio De León, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, de fecha 12 de febrero de 2010, en 90. Además, en marzo de 2009, en relación con la emisión del Decreto Ejecutivo N° 1614, que estableció la autoridad de competencia de Ecuador, el presidente Rafael Correa declaró que **“Ecuador no tiene un reglamento interno para la protección de la competencia económica [marzo 2005]”** y aún no se había promulgado una ley de defensa de la competencia interna en la fecha del Decreto Ejecutivo N° 1614. Anexo C- 19, República de Ecuador Decreto Ejecutivo N° 1614, de fecha 14 de marzo de 2009, en 1 (la negrita es nuestra).

⁵⁸³ Véase el informe pericial del Profesor Oyarte, en párr. 22

⁵⁸⁴ Anexo CLM- 219, Decisión Andina N° 285, arts. 3-5.

⁵⁸⁵ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 11.

proveedores⁵⁸⁶. En la práctica, la determinación de si un operador del mercado ocupa una posición dominante consiste en establecer el mercado de referencia en cuestión, la participación del operador en el mercado correspondiente, su poder de fijar precios independientemente de la presión competitiva en ese mercado, y su capacidad para excluir a los competidores de ese mercado⁵⁸⁷.

b) Competencia desleal

327. En el momento del litigio *NIFA c. MSDIA*, la competencia desleal en el Ecuador se rige por los artículos 284 á 287 de la Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador⁵⁸⁸. El artículo 284 define competencia desleal como “todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas”⁵⁸⁹.

Una reclamación de competencia desleal presentada en virtud de esta disposición normalmente requiere la verificación de los siguientes elementos independientes:

- 1) que el acusado cometió un acto que violó las normas de la buena fe y trato justo en el sector industrial particular⁵⁹⁰;
- 2) que el acusado actuó con la intención específica de desviar a los clientes lejos de la demandante y hacia si mismo⁵⁹¹; y,
- 3) que el demandante, de hecho, sufrió daño directo a partir del acto injusto de la demandada⁵⁹².

328. El establecimiento de estos elementos requiere una prueba diferente a la requerida

⁵⁸⁶ Anexo CLM- 219, Decisión Andina N° 285, art. 3. Véase también el informe pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 26.

⁵⁸⁷ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 26.

⁵⁸⁸ Según se ha explicado anteriormente, aparte de la sentencia de la CNJ en el caso *NIFA c. MSDIA*, ningún tribunal ecuatoriano ha llegado a la conclusión de que el artículo 244 de la Constitución del Ecuador 1998 abarca el concepto de competencia desleal. Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en 15; Informe Pericial del Profesor Oyarte, en párr. 25. En efecto, ningún tribunal que no sea la CNJ en el caso *NIFA c. MSDIA* ha constatado que el artículo 244 crea un derecho privado de acción para establecer responsabilidad civil o penal alguna, ya sea en virtud de la ley anti-competencia o competencia desleal. Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en 51(a); Informe Pericial del Profesor Oyarte, en párr. 25.

⁵⁸⁹ Anexo CLM- 191, Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador (1998), art. 284 (la negrita es muestra).

⁵⁹⁰ La Ley de Propiedad Intelectual establece que la expresión “acto o práctica honesta” en el artículo 284 “se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.” Anexo 191, Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador (1998), art. 284. Véase también el informe pericial de Manuel Fernández de Córdoba, en párrs. 28-30.

⁵⁹¹ Informe pericial de Manuel Fernández de Córdoba, párrs. 31, 33 (d).

⁵⁹² Informe pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párrs. 33 (e), 34.

para establecer una violación de la defensa a la competencia. En particular, la cuestión de lo que constituye trato o prácticas leales en el comercio nacional es una **cuestión de hecho**, que debe ser establecida por la evidencia de la costumbre o el uso en la industria en cuestión. No es una cuestión puramente jurídica que los jueces pueden responder por sí mismos en relación con la ley⁵⁹³.

329. Por otra parte, el establecimiento de la competencia desleal requiere prueba de que el acusado actuó con la intención específica de desviar a los clientes lejos de la demandante y de sí mismo o sí misma⁵⁹⁴. NIFA reconoció este hecho en un escrito presentado ante la Corte de Apelaciones en el caso *NIFA c. MSDIA*, cuando correctamente declaró que “[l]os actos de competencia desleal tienen por objeto privar a un competidor de los clientes actuales o potenciales con el fin de obtener a los clientes de la competencia”⁵⁹⁵. En dicho escrito, NIFA expresamente rechazó que afirmaba una reclamación de competencia desleal y explicó que no presentaba prueba de que MSDIA había actuado con la intención de desviar a los clientes de NIFA hacia sí mismo:

“[L]a denuncia no fue presentada por los actos de competencia desleal realizados por [MSDIA]... Los actos de competencia desleal tienen por objeto privar a un competidor de los clientes actuales o potenciales con el fin de asegurarse para sí mismo los clientes de la competencia. La competencia existe, pero no es transparente, sino más bien, un competidor utiliza todo tipo de sofismas para llevar a los clientes lejos de otros competidores”⁵⁹⁶.

330. Una demandante por competencia desleal también debe establecer que, de hecho, sufrió un daño directo a causa del acto desleal de la demandada. Según explica el Dr. Fernández de Córdoba, la obligación de demostrar el daño es evidente en el artículo 287 de la Ley de la Propiedad Intelectual, que dispone que la legitimación activa es sólo para las demandantes que son **“agraviadas”** como consecuencia del supuesto acto o actos de competencia desleal⁵⁹⁷. La prueba requerida del daño es distinta de la exigida en una demanda de defensa de la competencia. Mientras que en este último caso, la demandante debe demostrar daño económico general en el mercado, en el marco de una demanda de competencia desleal, la demandante debe demostrar que el acusado se enriqueció al privar a la demandante de sus clientes⁵⁹⁸.

331. Por cuanto la ley la competencia desleal de Ecuador se encuentra en la Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador, cualquier reclamación afirmando competencia desleal esta sujeta a la jurisdicción exclusiva de los tribunales civiles de lo Contencioso

⁵⁹³ Informe pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párr. 28.

⁵⁹⁴ Informe pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párrafos. 31, 33 (d).

⁵⁹⁵ Anexo C -164, Escrito de NIFA de 23 de enero de 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3 (respuesta de NIFA a la petición de nulidad de MSDIA).

⁵⁹⁶ Anexo C -164, Escrito de NIFA de 23 de enero de 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 1-3.

⁵⁹⁷ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párr. 34 (citando al Anexo CLM- 191, Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador (1998), art. 287 (la negrita es nuestra).

⁵⁹⁸ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 33 (e).

Administrativo⁵⁹⁹. Los tribunales del Ecuador no poseían competencia para conocer el fondo de las reclamaciones en virtud de la Ley de la Propiedad Intelectual, incluso las incompetencia desleal⁶⁰⁰. De hecho, aparte de la sentencia de la CNJ en el litigio *NIFA c. MSDIA*, no se había elevado ninguna reclamación exitosa de competencia desleal fuera de estos tribunales administrativos especializados, y ningún tribunal civil en Ecuador ha ejercido jurisdicción alguna vez sobre el fondo de una demanda por competencia desleal⁶⁰¹.

332. Por lo tanto, según la legislación ecuatoriana, si NIFA hubiera decidido proceder con una reclamación de competencia desleal, en vez de una demanda de defensa de la competencia, habría tenido que hacer valer su reclamación en un conjunto completamente diferente de tribunales (tribunales de lo Contencioso-Administrativo del Ecuador, a diferencia de los tribunales civiles) y habría tenido que establecer hechos que eran totalmente distintos de los hechos en los que fundamenta su reclamación de defensa de la competencia. En concreto, para establecer una reclamación sobre competencia desleal, NIFA habría tenido que demostrar que: (i) MSDIA se negó a vender la planta de Valle de los Chillos a NIFA, (ii) la negativa de MSDIA de vender la planta estaba en contra del trato o la práctica justa como se define en la costumbre comercial nacional, (iii) la negativa de MSDIA de vender la planta no era comercialmente justificada o tenía la intención de causar daño a NIFA, (iv) MSDIA actuó con la intención específica de robar clientes de NIFA, y (v) la conducta de MSDIA causó el desvío de clientes de NIFA hacia MSDIA y irrumpió en el negocio de NIFA⁶⁰².

333. Como veremos más adelante, NIFA optó por no seguir adelante con una demanda de competencia desleal. De hecho, reconoció que la evidencia no estableció una reclamación por competencia desleal, y expresamente y en repetidas ocasiones afirmó que no ejercía ninguna tal reclamación⁶⁰³. La CNJ, sin embargo halló que la MSDIA había violado la prohibición de la competencia desleal, que la CNJ pretendió hallar en el artículo 244, numeral 3 de la Constitución⁶⁰⁴. La decisión de la CNJ por ende se fundamentaba sobre una base jurídica que era completamente diferente del motivo invocado por el tribunal de apelaciones⁶⁰⁵.

⁵⁹⁹ Anexo CLM- 191, Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, art. 294 y ss. Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 34.

⁶⁰⁰ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 34.

⁶⁰¹ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párrs. 34, 51 (c).

⁶⁰² Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 45.

⁶⁰³ Véase *infra* párr. 341; véase también, *supra* en párrs. 71-73, 138.

⁶⁰⁴ Anexo C- 203, Sentencia CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en párr. 8.1, 15.

⁶⁰⁵ Véase Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párrs. 35-37, 45; Informe pericial del Profesor Oyarte en párrs. 19, 33.

(3) MSDIA no había sido notificado de que la CNJ pudiera o quisiera analizar una reclamación de Competencia Desleal

334. La CNJ no proporcionó notificación *alguna* a MSDIA, ni mucho menos una notificación relevante ni una oportunidad de ser escuchada, que podría ser declarada responsable por competencia desleal en el procedimiento ante ese tribunal. Tal como se establece en la sección (a) a continuación, a lo largo de los procesos en la corte de apelaciones y ante la CNJ, NIFA había declarado expresamente que no seguía una demanda de competencia desleal, que los tribunales civiles de Ecuador carecían de jurisdicción sobre las reclamaciones por competencia desleal, y que las pruebas no eran compatibles con la afirmación de que MSDIA había incurrido en competencia desleal. Por tanto, MSDIA no tenía ninguna razón para esperar que podría enfrentar responsabilidad por la competencia desleal.

335. Por otra parte, tal como se establece en la Sección (b) a continuación, como una cuestión de derecho procesal ecuatoriano, la autoridad de la CNJ se limitó a examinar las cuestiones de derecho realmente alegadas en las peticiones de casación de las partes—que no se refirieran al fondo de una demanda por competencia desleal. MSDIA no tenía notificación de que la CNJ podría exceder ese mandato y llegar a una decisión sobre temas que ni siquiera estaban debidamente ante dicho órgano jurisdiccional y que no habían sido abordados en el fondo de las alegaciones de las partes ante la CNJ.

336. Por último, tal como se establece en la Sección (c), el artículo 244, numeral 3 de la Constitución Política de Ecuador de 1998, la disposición constitucional sobre la que la CNJ fundamentó su decisión, no se refirió a la competencia desleal, que se rige expresamente por una ley separada. Por otra parte, la CNJ citó y aplicó principios de la competencia desleal que tomó prestados de jurisdicciones extranjeras, en lugar de los principios establecidos de la competencia desleal que se encuentran en la Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador.

337. NIFA nunca argumentó que la disposición constitucional *sub judice* abarca las reclamaciones de competencia desleal, en ningún momento se había sostenido por tribunal alguno, ninguna otra autoridad había opinado de tal manera, y la CNJ nunca indicó a MSDIA que podría ser sujeta a responsabilidad por competencia desleal en virtud de dicha disposición. NIFA jamás argumentó, ni la CNJ sugirió en momento alguno, que MSDIA podría ser sujeta a responsabilidad en virtud de principios extranjeros de competencia desleal. MSDIA, por tanto, nunca tuvo la oportunidad de presentar argumentos jurídicos ni pruebas sobre la teoría de la competencia desleal inventada por la CNJ.

338. La falta por parte de la CNJ de proporcionar a MSDIA una notificación de que podría ser objeto de una declaración de responsabilidad por competencia desleal es una denegación de justicia bajo las normas procesales aceptadas mínimas internacionales. Como explica el catedrático Paulsson, la CNJ privó a MSDIA de “notificación y la oportunidad de ser escuchada” al “fundamentar su decisión... con una teoría legal que no había sido objeto de *litis* entre las partes, que la demandante, de hecho, declinaba expresamente, y que no tenía ninguna base en el derecho ecuatoriano”⁶⁰⁶. En consecuencia,

⁶⁰⁶ Informe Pericial del Profesor Paulsson, párr. 15.

la CNJ “de hecho violó aún más los derechos de debido proceso de MSDIA” y “cometió, nuevas violaciones del debido proceso que agravaron la denegación de justicia” cometida por las cortes de instancia⁶⁰⁷.

(a) *NIFA solo pretendía reclamaciones de defensa de la competencia sobre las denuncias de poder de mercado y daño a la competencia, y renunció expresamente a reclamación alguna de competencia desleal*

339. A lo largo de los procesos ante la corte de apelaciones y la CNJ, NIFA declaró expresamente en reiteradas ocasiones que sus alegaciones se basan en una supuesta violación de la ley de defensa de la competencia, girando sobre el abuso de poder de mercado y daño a la competencia, y expresamente rechazó cualquier fundamento sobre una teoría de competencia desleal. En concreto:

- a. En la respuesta de NIFA del 23 de enero de 2009 a la petición de nulidad presentada por MSDIA en la corte de apelaciones, NIFA declaró que su denuncia se basaba en “prácticas anticompetitivas” de MSDIA, y argumentó, en particular, que “[MSDIA] pretendía y consiguió que [NIFA] no compitiera con ella, mediante la prevención de que [NIFA] entrara en el mercado... y por lo tanto se aprovechó de su poder de mercado”⁶⁰⁸.
- b. NIFA luego argumentó, en un escrito del 11 de mayo de 2010, que sus alegaciones se basaban en “**actos contrarios a la competencia**, ya que la acusada... cre[ó]... una barrera al acceso a diversos mercados farmacéuticos en que el demandado tuvo una clara posición de dominio”⁶⁰⁹.
- c. En su respuesta del 17 de noviembre 2011 a la petición de casación de MSDIA ante la CNJ, NIFA argumentó que su alegación “**se basaba en... actos contra la libre competencia**”⁶¹⁰. Durante la audiencia oral del 26 de diciembre de 2011 ante la CNJ, el abogado de NIFA reiteró ese punto y afirmó además que “[d]esde sus inicios, era una reclamación por actos contrarios a la competencia”⁶¹¹.

340. Aunque NIFA caracteriza constantemente su reclamación como una reclamación basada en los principios de la ley de defensa de la competencia, MSDIA señaló que podrían

⁶⁰⁷ Informe Pericial del Profesor Paulsson, párrs. 48-49 (el resaltado es nuestro).

⁶⁰⁸ Anexo C -164, Escrito de NIFA de 23 de enero de 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3 (respuesta de NIFA a la petición de nulidad de MSDIA).

⁶⁰⁹ Anexo C- 192, Petición de NIFA de 11 de mayo de 2010, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 7 (respuesta de NIFA a Ignacio De León).

⁶¹⁰ Anexo C- 200, Escrito de NIFA de 17 de noviembre de 2011, *NIFA c. MSDIA*, CNJ, a las 11 (respuesta a la petición de NIFA casación MSDIA) (énfasis añadido).

⁶¹¹ Anexo C- 201, Transcripción de la Audiencia CNJ según lo registrado por la Demandada, *NIFA c. MSDIA*, CNJ, de 26 de diciembre de 2011, a la 1.

percibirse los hechos alegados por NIFA como una afirmación de una reclamación por competencia desleal⁶¹². MSDIA objetó que, si NIFA afirma una reclamación por competencia desleal, esa afirmación estaría sujeta a la jurisdicción de los tribunales administrativos de Ecuador y no a los tribunales civiles en los que NIFA había presentado su demanda⁶¹³.

341. NIFA refutó el argumento jurisdiccional de MSDIA, afirmando repetidamente y enfáticamente que no seguía una demanda por competencia desleal. Por ejemplo:

- a. En su escrito inicial ante el tribunal de apelaciones, NIFA declaró que su alegación **“no era el caso de una denuncia de competencia desleal”**⁶¹⁴. NIFA repitió esto en su respuesta a la petición de nulidad de MSDIA, afirmando que **“la denuncia no fue presentada por actos de competencia desleal”**⁶¹⁵.
- b. NIFA luego reiteró, en su respuesta al informe pericial del Dr. De León, que **“NIFA no ha presentado una reclamación por conducta de competencia desleal, sino por actos contrarios a la competencia”**⁶¹⁶.
- c. En su respuesta a la petición de casación de MSDIA en la CNJ, NIFA declaró que su alegación **“no se basó en los actos de competencia desleal presentados por la demandada”**⁶¹⁷. Los abogados de NIFA nuevamente declararon en la audiencia que

⁶¹² Véase, por ejemplo, Anexo C -153, Escrito de MSDIA de 5 de diciembre de 2006, *NIFA c. MSDIA*, Juzgado de Primera Instancia, en el 4-5 (indicando que la caracterización de NIFA de sus pretensiones, según está predicada sobre “actos desleales” cometidos por MSDIA, pareció ser una reclamación por competencia desleal, respecto a la que los tribunales civiles de Ecuador carecían de jurisdicción). Véase también, Anexo C -161, Petición de 12 de diciembre de 2008 de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 8 (Petición de Nulidad de MSDIA) (argumentando que los hechos alegados en la demanda de NIFA califican como “comportamiento... considerado expresamente como competencia desleal de acuerdo con la Ley de la Propiedad Intelectual”).

⁶¹³ Anexo C -153, Escrito de MSDIA de 5 de diciembre de 2006, *NIFA c. MSDIA*, Juzgado, a las 4 (donde se argumenta que el artículo 294 de la Ley de Propiedad Intelectual”, otorga competencia a los jueces de los tribunales de distrito de la Propiedad Intelectual sobre los casos relativos a estas controversias, y la disposición transitoria décima de dicha ley establece que, hasta que se hayan creado los tribunales distritales y tribunales de los casos de propiedad intelectual, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo conocerán los casos en esta materia. Por lo tanto, los jueces de los tribunales civiles, y por lo tanto Su Señoría, no tiene competencia para conocer de las pretensiones de la demandante en materia de competencia desleal”). Véase también, Anexo C -161, Petición de 12 de diciembre de 2008 de MSDIA, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 10-11 (Petición de Nulidad de MSDIA).

⁶¹⁴ Anexo C -157, Escrito de NIFA de 9 de octubre de 2008, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 2 (Respuesta de NIFA de Fundamentación de Apelaciones de MSDIA) (el resaltado es nuestro).

⁶¹⁵ Anexo C – 164, Escrito de NIFA del 23 de enero de 2009, *NIFA C. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 2 (Respuesta de NIFA a Ignacio De León) (el resaltado es nuestro).

⁶¹⁶ Anexo C- 192, Petición de NIFA de 11 de mayo de 2010, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 7 (Respuesta de NIFA a Ignacio De León) (el resaltado es nuestro).

⁶¹⁷ Anexo C- 200, Escrito de NIFA de 17 de noviembre de 2011, *NIFA c. MSDIA*, CNJ, a las 11 (Respuesta de NIFA a la Petición de Casación de MSDIA) (el resaltado es nuestro).

la alegación de NIFA “*no era una reclamación por competencia desleal. NIFA nunca presentó una demanda sobre la base de actos de competencia desleal*”⁶¹⁸.

342. NIFA *reconoció* que, si se afirma una demanda por competencia desleal, esa afirmación estaría sujeta a la jurisdicción de los tribunales administrativos. En las palabras de NIFA, “*los casos de competencia desleal deben ser juzgados por tribunales de derecho administrativo*”⁶¹⁹. NIFA argumentó, sin embargo, que debido a que sus reclamaciones se fundamentaban exclusivamente en la ley de defensa de la competencia y no en la competencia desleal, los tribunales civiles eran competentes para conocer su reclamaciones⁶²⁰.

343. Asimismo, NIFA reconoció que las pruebas ante los tribunales no sostenían ni podían sostener una conclusión de responsabilidad por competencia desleal. En particular, NIFA argumentó que: “*la existencia de actos de engaño no hacen de las prácticas de [MSDIA] un tipo de competencia desleal, según afirma absurdamente la demandada*”⁶²¹.

344. A la luz de las reiteradas representaciones de NIFA hacia la corte de apelaciones y la CNJ, MSDIA (correctamente) procedió en base a que la única alegación que pretende NIFA era una demanda de violación de la defensa de la competencia y que no podía ser sujeta a responsabilidad por competencia desleal⁶²². Además, MSDIA entendió que se trataba de un terreno común entre las partes que, si NIFA se había decidido por argumentar una reclamación de competencia desleal, la reclamación hubiera estado bajo la jurisdicción de los tribunales administrativos de Ecuador y que los tribunales civiles del Ecuador (incluyendo la Corte de Apelaciones y la Cámara Civil de la CNJ) carecería de competencia *ratione materiae* sobre la misma⁶²³. Finalmente, MSDIA partió de la base de que NIFA aceptó que no había presentado suficientes pruebas a los tribunales para sostener una conclusión de competencia desleal⁶²⁴.

345. En virtud de lo anterior, MSDIA no tenía conocimiento de que se enfrentaba a la

⁶¹⁸ Anexo C- 201, Transcripción de la Audiencia ante la CNJ según lo registrado por la Demandada, *NIFA c. MSDIA*, CNJ, de 26 de diciembre de 2011, en 1.

⁶¹⁹ Véase, por ejemplo, Anexo C -164, Escrito de NIFA de 23 de enero de 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 4 (Respuesta de NIFA a la Petición de Nulidad de MSDIA) (declarando que “*la Ley de la Propiedad Intelectual establece que... los casos de competencia desleal deben ser juzgados por tribunales de derecho administrativo*” y “*asigna competencia a un tribunal especializado*”) (el resaltado es nuestro); Anexo C- 200, Escrito de NIFA de 17 de noviembre de 2011, *NIFA c. MSDIA*, CNJ, en 12 (Respuesta de NIFA a la petición de Casación de MSDIA) (afirmando que “*la Quinta Disposición Transitoria de la Ley de la Propiedad Intelectual*”, que concede competencia exclusiva a los tribunales administrativos, “*se refiere a casos de competencia desleal*”). (el resaltado es nuestro).

⁶²⁰ Véase el Anexo C -164, de breve NIFA de 23 de enero de 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 4 (Respuesta de NIFA a Petición de Nulidad MSDIA).

⁶²¹ Anexo C -164, Escrito de NIFA de 23 de enero de 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3-4 (Respuesta de NIFA a Petición de Nulidad de MSDIA) (el resaltado es nuestro).

⁶²² Declaración Testimonial de Ponce Martínez, párrs. 30-32, 62.

⁶²³ Declaración Testimonial de Ponce Martínez, párrs. 30-32, 62.

⁶²⁴ Declaración Testimonial de Ponce Martínez, párrs. 30-32, 62.

posibilidad de ser considerada responsable por la CNJ de un acto de competencia desleal y MSDIA no se refirió al fondo de una reclamación de competencia desleal en sus comunicaciones a la CNJ⁶²⁵.

(b) *En virtud de la normatividad ecuatoriana, la CNJ estaba limitada a revisar los argumentos jurídicos planteados por las partes*

346. MSDIA tampoco tuvo notificación de que la CNJ podría o querría imponer responsabilidad por competencia desleal puesto a que la legislación ecuatoriana prohibía que la CNJ lo hiciera.

347. *En primer lugar*, como lo explica el profesor Oyarte, la decisión de la CNJ de hallar a MSDIA responsable por causales expresamente rechazadas por la demandante violó las normas procesales establecidas de Ecuador⁶²⁶. Según lo explica el profesor Oyarte explica, MSDIA “*no podía haber anticipado la decisión de la CNJ de hallar a MSDIA responsable por competencia desleal* porque NIFA había expresamente rechazado la competencia desleal como causal de su reclamación, y es un principio de la legislación ecuatoriana que *un tribunal sólo puede emitir una decisión sobre la base de la declaración específica que se encuentra ante dicho tribunal*”⁶²⁷. MSDIA no tenía notificación de que la CNJ violaría la ley ecuatoriana, al considerar la responsabilidad en virtud de una causal rechazada por NIFA. Por tanto MSDIA no tuvo notificación ni la oportunidad de ser escuchada al respecto de esa reclamación.

348. *En segundo lugar*, según lo explica el Profesor Páez, la CNJ es un tribunal de casación, y su mandato está definido expresamente en la normatividad de casación del Ecuador⁶²⁸. Esa ley permite que la CNJ considere *sólo* los motivos específicos planteados en las peticiones de casación de las partes, que a su vez pueden desafiar sólo las determinaciones de la ley por los tribunales inferiores por motivos específicos enumerados en la ley de casación⁶²⁹.

349. La resolución del tribunal de apelaciones no se fundamentó en los principios de la competencia desleal, sino que se basa totalmente en el derecho de defensa de la competencia⁶³⁰. Las peticiones de casación de las partes por lo tanto, se limitan a si la

⁶²⁵ Declaración Testimonial de Ponce Martínez, párr. 60.

⁶²⁶ Informe Pericial del Profesor Oyarte, en párrs. 31-33.

⁶²⁷ Informe del Profesor Oyarte párr. 33 (el resaltado es nuestro). Véase también *ibidem*, párr. 10..

⁶²⁸ Informe Pericial del Profesor Páez párrs. 12-14.

⁶²⁹ Informe Pericial del Profesor Páez párrs. 12-14, 22 (“[L]a Ley de Casación y el principio dispositivo limitan que la CNJ realice una examinación de la sentencia impugnada a las causas de acción establecidas por el artículo 3 de la Ley de Casación y de los errores reclamados en las peticiones de casación interpuestas por las partes?”.) (el resaltado es nuestro).

⁶³⁰ Véase *supra* en párrs. 118.

resolución emitida por la corte de apelaciones de responsabilidad de defensa de la competencia y su indemnización por daños tuviera fundamento jurídico⁶³¹.

350. En particular, ninguna de las peticiones de casación de ninguna de las partes (ni cualquier presentación o discusión posterior) solicitaban que la CNJ abordara el fondo de una demanda por competencia desleal⁶³². Dadas sus reiteradas renunciaciones de una teoría de la competencia desleal y las decisiones de los tribunales inferiores, es inconcebible que NIFA hubiera planteado la insuficiencia de los tribunales inferiores de resolver en su favor, sobre la base de la competencia desleal como un error en su solicitud de casación. Así, como explica el profesor Páez, al hacer una determinación sobre la competencia desleal, la CNJ “fue más allá de los asuntos establecidos en las peticiones de casación de las partes, y por lo tanto violó el principio dispositivo y la Ley de Casación”⁶³³.

351. Dado que NIFA no elevó el fondo de una demanda por competencia desleal, MSDIA no tuvo notificación alguna de que el tribunal consideraría dicha controversia como base para la afirmación de una sentencia de responsabilidad. Obviamente, MSDIA tampoco tenía conocimiento de que la CNJ violaría la prohibición jurídica ecuatoriana contra dictar una sentencia sobre una base que no se aborda en las peticiones de casación de las partes. Por lo tanto, no tenía conocimiento de que podría ser objeto de responsabilidad en base a un terreno legal no decidido por el tribunal de apelaciones o invocado por las partes en casación⁶³⁴.

(c) *La Teoría de la Competencia Desleal aplicada por la CNJ no tenía fundamento alguno en la Ley ecuatoriana y MSDIA no podía haberlo previsto en ningún momento de las actuaciones de la CNJ o cuando inició en las negociaciones que dieron lugar a responsabilidad*

352. MSDIA tampoco tuvo notificación de que podría ser declarada responsable por competencia desleal, porque la teoría de la competencia desleal aplicada por la CNJ era totalmente inédita, como cuestión de derecho ecuatoriano.

⁶³¹ Véase *supra* en párrs. 135-140.

⁶³² Véase *supra* en párrs. 139-140. Véase también el informe pericial del Profesor Páez, párr. 22 (“Ninguna de las partes solicitó que la CNJ corrigiera la [sentencia del Tribunal de apelación], basada en la existencia de una demanda de competencia desleal”). Como señala el profesor Páez, la petición de MSDIA de casación impugnó la jurisdicción de los tribunales civiles ecuatorianos para conocer denuncias por competencia desleal; el mandato de la CNJ para resolver el argumento de MSDIA en la cuestión de jurisdicción no obstante, no proporcionó al órgano jurisdiccional el mayor mandato para abordar el fondo de una demanda por competencia desleal. Véase el informe pericial del Profesor Páez, párr. 23.

⁶³³ Informe Pericial del Profesor Páez, párr. 32.

⁶³⁴ Informe Pericial del Profesor Páez, en párrs. 12-14, 22, 32. Informe Pericial del Profesor Paulsson, párr. 15 (“La CNJ agravó la denegación de justicia [cometida por el tribunal de apelación] al basar su propia decisión... en una teoría legal que no había sido objeto de litigio entre las partes, que la demandante había, de hecho, expresamente rechazado, y que no tenía base en el derecho ecuatoriano. **MSDIA no tenía noticia o la oportunidad de ser escuchada por ese motivo**”). (La negrita es nuestra).

353. **En primer lugar**, la disposición constitucional invocada por la CNJ no abarcaba la competencia desleal. Según se ha explicado anteriormente, la CNJ declaró que el artículo 244, numeral 3 de la Constitución Política de Ecuador de 1998, que NIFA había invocado como fundamento de su alegación de defensa de la competencia, prohibía los actos de competencia desleal⁶³⁵. El artículo 244, numeral 3, sin embargo, **no hizo mención** de competencia desleal, tiene un sentido natural que lo limita a los principios de defensa de la competencia, y nunca se había interpretado para incorporar una demanda de competencia desleal⁶³⁶.

354. Según lo explicado por el profesor Oyarte, el artículo 244, numeral 3 de la Constitución de Ecuador del 1998 nunca se había entendido para hacer frente a los actos de competencia desleal, que no impliquen poder de mercado o daño a la competencia en general, entre las empresas privadas como NIFA y MSDIA⁶³⁷. Como explica el profesor Oyarte, el significado de la disposición constitucional normal, la estructura de la Constitución Política de Ecuador de 1998 y los antecedentes de la redacción de la Constitución, hacen evidente que el artículo 244, numeral 3 no se refirió al concepto de competencia desleal⁶³⁸. Así, como explica el profesor Oyarte:

“He encontrado que el *Tribunal Constitucional no ha considerado que... el Artículo 244 (3) se refiere a cualquier práctica que no sea violación de defensa de la competencia, y en concreto de que nunca se ha pronunciado ni sugerido que abarca la competencia desleal. Ni tampoco, que yo sepa, aparte de la CNJ en el caso NIFA c. MSDIA, lo ha hecho algún tribunal del Ecuador*”⁶³⁹.

355. Por otra parte, el artículo 244 no es de aplicación directa. Como señala el profesor Oyarte, “el artículo 244 (3) no creó una norma sustantiva, sino que requiere la promulgación de una ley específica para llevar a cabo su mandato”⁶⁴⁰, y la Corte

⁶³⁵ Anexo C-203, Sentencia CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en párr. 8.1, 15.

⁶³⁶ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en el párrafo. 51 (a). Véase también el informe pericial del Profesor Oyarte en los párrafos. 15-20 (“Está claro a partir del significado literal del artículo 244 (3), que se refiere exclusivamente a “los asuntos de la ley de defensa de la competencia, y que “[e]l artículo no menciona a la “competencia desleal”, o ningún otro asunto que va más allá del concepto de la libre competencia.”) (el resaltado es nuestro).

⁶³⁷ Informe Pericial del Profesor Oyarte en 25; Declaración Testimonial de Ponce Martínez, párr. 63.

⁶³⁸ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párrafos. 15-16, e Informe Pericial del Profesor Oyarte, párr. 7 (“Artículo 244 (3) no abarca el concepto de competencia desleal”). Véase también *ibidem.*, párrs. 15-20, 25, 27

⁶³⁹ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párr. 15 (“La simple lectura del artículo 244-3 revela, por tanto, que no se refirió a la competencia desleal, y, aparte de la Sentencia CNJ en el caso *Merck c. NIFA*, no conozco de ningún tribunal que ha interpretado el artículo 244-3 para abarcar los principios de competencia desleal.”). Véase también, Informe Pericial del Profesor Oyarte, párr. 25 (el resaltado es nuestro).

⁶⁴⁰ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párr. 19 (“En la ausencia de una ley de aplicación de la política descrita en el artículo 244-3, las partes no podrían iniciar acciones basadas en el art. 244-3, y no permitían que las partes fueran declaradas responsables por las presuntos “violaciones “de la política descrita en el artículo 244-3”). Véase también, Informe Pericial del Profesor Oyarte, párr. 22.

Constitucional de Ecuador “*nunca ha sostenido que el artículo 244 (3) impone prohibiciones recurribles sustantivas*”⁶⁴¹. Por lo tanto, aun cuando el artículo 244 de alguna manera podría ser leído para abarcar la competencia desleal, MSDIA no tenía conocimiento de que la CNJ podría imponer responsabilidad basada únicamente en esta disposición sin legislación de aplicación que prohibiera la supuesta conducta de MSDIA⁶⁴². No existía tal normativa aplicable⁶⁴³.

356. *En segundo lugar*, como se mencionó anteriormente, los tribunales civiles del Ecuador, incluyendo la CNJ, no tenían jurisdicción sobre reclamaciones de competencia desleal⁶⁴⁴. MSDIA, por tanto, no tenía aviso o razón para esperarse que la CNJ podría emitir una decisión contra ella que estableciera la responsabilidad por competencia desleal⁶⁴⁵.

357. *En tercer lugar*, aunque (al contrario de lo hecho) el artículo 244, numeral 3 de la Constitución Política del Ecuador de 1998 contemplaba una prohibición de la competencia desleal, y aunque (de nuevo, contrario a los hechos), la CNJ era competente sobre tal afirmación, los principios de la competencia desleal que pretendía aplicar la CNJ no tenían ninguna base en la ley ecuatoriana (como lo reconoció la CNJ misma).

358. Al sostener que MSDIA era responsable por supuestas violaciones de competencia desleal, la CNJ ni siquiera pretendió aplicar las normas ecuatorianas de la conducta que constituye competencia desleal, es decir, las normas establecidas en la Ley de la Propiedad Intelectual, sino que pretendía importar las normas de conducta que se encuentran en el derecho extranjero y no eran reconocidas en Ecuador en ese momento. Como resultado, además de privar a MSDIA de notificación u oportunidad alguna de ser escuchada al respecto de una teoría de competencia desleal *en general*, la CNJ la privó aún más de notificación u oportunidad de ser escuchada en la *teoría específica de la CNJ sobre la competencia desleal*, la que se fundamentaba en principios jurídicos que no se articulan *en ninguna* de las fuentes ecuatorianas.

359. Según lo explica el Dr. Fernández de Córdoba, experto ecuatoriano en la ley de competencia desleal:

“La CNJ... concluyó que MSDIA era responsable de “negarse a vender” [su planta industrial para NIFA] en materia de competencia desleal.... [Esta] decisión[] se basa en un principio reconocido del derecho ecuatoriano en vigor en el momento de la disputa subyacente. En el año 2002, la negativa

⁶⁴¹ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 51 (e). Véase también Informe Pericial del Profesor Oyarte, párr. 25 (el resaltado es nuestro).

⁶⁴² Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párrs. 50, 51. Véase también el Informe Pericial del Profesor Oyarte en 27; Declaración Testimonial de Ponce Martínez, párr. 63.

⁶⁴³ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 12 (“Cuando la controversia entre NIFA y MSDIA surgió en los años 2002 y 2003, el Ecuador no tenía una legislación nacional reguladora de los actos contrarios a la libre competencia.”). Véase *supra*, párrs. 42-43.

⁶⁴⁴ Véase *supra* en párrs. 331-332.

⁶⁴⁵ Véase *supra* en párrs. 334-338.

de vender “*no constituía... un acto de competencia desleal*”. La Sentencia de la CNJ reconoce implícitamente cuando justificó su decisión en la doctrina desarrollada en el marco del derecho de la competencia desleal de algunos países europeos, sin citar a ninguna ley ecuatoriana en materia de competencia desleal”⁶⁴⁶.

360. Aplicando los principios de derecho extranjero en la ausencia de *cualquier* legislación ecuatoriana sobre el tema, la CNJ sostuvo que la supuesta “negativa de venta” de su planta fue un acto de competencia desleal⁶⁴⁷. Como concluye el Dr. Fernández de Córdoba, incluso más allá de llegar a un causal por responsabilidad (competencia desleal) que había sido repudiado por la demandante, no había sido alegado en un escrito, y sobre el cual no tenía competencia: “*la CNJ no examinó ni aplicó cualquiera de las normas sobre competencia desleal que estaban en vigor en Ecuador en el momento en que surgió la disputa entre NIFA y MSDIA*”⁶⁴⁸. En cambio, la CNJ “*basó su decisión en principios extraídos de las leyes extranjeras que eran distintos de las leyes vigentes en el Ecuador*”⁶⁴⁹.

361. **En cuarto lugar**, aunque (al contrario de los hechos) la negativa a vender puede dar lugar a responsabilidad por competencia desleal en virtud de la legislación ecuatoriana, la demandante aún tendría que establecer los elementos de una reclamación de competencia desleal. Como se ha explicado anteriormente, un demandante debe, para demostrar la competencia desleal, entre otras cosas, probar que la conducta en cuestión violaba “las costumbres, prácticas, los principios” de una industria y se llevó a cabo con la intención de “desviar la clientela de los demás en beneficio de uno mismo”⁶⁵⁰.

362. De hecho, la propia NIFA reconoció el último elemento en su respuesta a la petición de nulidad de MSDIA, argumentando que “los [a]ctos de competencia desleal tienen por objeto privar a un competidor de los clientes actuales o potenciales con el fin de asegurar a los clientes de la competencia”⁶⁵¹. NIFA explicó que su reclamación no incluía esas acusaciones y por lo tanto no era una reclamación por competencia desleal⁶⁵².

⁶⁴⁶ Informe pericial de Manuel Fernández de Córdoba, párrs. 35-36 (la negrita es nuestra).

⁶⁴⁷ Anexo C-203, Sentencia CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, párrs. 13-15.

⁶⁴⁸ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párr. 51 (c) (el subrayado es nuestro).

⁶⁴⁹ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párr. 51 (d) (el subrayado es nuestro).

⁶⁵⁰ Véase *supra*, párrs. 327-333. Véase también, Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, párr. 33, Anexo CLM- 191, Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador (1998), arts. 284-287.

⁶⁵¹ Anexo CLM- 164, Escrito de NIFA de 23 de enero de 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3-4 (el subrayado es nuestro). De hecho, las principales autoridades en las que la CNJ basó su sentencia reconocen estos requisitos básicos de la ley de competencia desleal. Véase, por ejemplo, Anexo C -203, Sentencia CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en sección 13.3 (citando con aprobación a García Menéndez para la proposición de que la competencia desleal consiste en “prácticas desleales que causan a los consumidores a no ser atraídos por el mejor negocio, sino más bien por el que emplea medios de uso que van más allá de los parámetros socialmente aceptables”).

⁶⁵² Anexo CLM- 164, Escrito de NIFA de 23 de enero de 2009, *NIFA c. MSDIA*, Corte de Apelaciones, en 3-4.

363. La CNJ no formuló ninguna conclusión sobre si la conducta de MSDIA era contraria a las costumbres o prácticas aceptadas por la industria, o si MSDIA actuó con la intención de desviar la clientela de NIFA para beneficiarse a sí misma⁶⁵³. Tampoco podría haber llegado a tales conclusiones, porque NIFA - en consonancia con sus representaciones repetidas a la CNJ y tribunales inferiores - no había hecho ningún esfuerzo para establecer alguno de los elementos de una reclamación en virtud de la ley de competencia desleal. Incluso si (contrario a los hechos) MSDIA hubiera tenido conocimiento de que la CNJ podría aplicar una teoría de responsabilidad por competencia desleal, no tuvo notificación y no podría haber anticipado que la CNJ aplicaría los principios de la competencia desleal que no tenían ninguna base en la normatividad ecuatoriana⁶⁵⁴. Al sostener que MSDIA era responsable por competencia desleal, fundamentada sobre una teoría sin precedentes de la competencia desleal, la CNJ violó los derechos al debido proceso de MSDIA en dos formas independientes.

364. En primer lugar, la CNJ privó a MSDIA de la oportunidad de ser oída en relación a la teoría de la competencia desleal aplicada por la CNJ, o los hechos que podrían ser pertinentes para la evaluación de dicha reclamación. Como se explicó anteriormente, los tribunales y comentaristas internacionales han reconocido que un litigante extranjero tiene derecho a ser escuchado en cada reclamo o teoría jurídica sobre la que se puede disponer su responsabilidad⁶⁵⁵. MSDIA no tuvo notificación, sin embargo, que la CNJ interpretaría el artículo 244, numeral 3 de la Constitución Política de Ecuador de 1998 para incluir las reclamaciones por competencia desleal, que la Sala Civil de la CNJ ejercería indebidamente su jurisdicción en una demanda por competencia desleal, que la CNJ invocaría principios de derecho extranjero que no habían sido aplicados en Ecuador, o que la CNJ desatendería lo establecido por la legislación ecuatoriana sobre los elementos de una demanda por competencia desleal.

365. En segundo lugar, la CNJ sostuvo que MSDIA era responsable en base a una norma jurídica que no estaba vigente ni había sido articulada en Ecuador al momento en que MSDIA supuestamente participó de la conducta en cuestión. Como se explicó anteriormente, los tribunales de un Estado no pueden someter a un ciudadano extranjero a responsabilidad por conducta sin aviso justo que se considera doloso en el momento del comportamiento⁶⁵⁶. En clara contravención a este principio, la CNJ invoca la ley extranjera

⁶⁵³ Véase Informe Pericial de Manuel Fernández de Córdoba, párr. 52 (a).

⁶⁵⁴ Véase, Informe Pericial de Manuel Fernández de Córdoba, párr. 50 (“[L]a decisión de la CNJ aplica principios que no fueron reconocidos por la legislación ecuatoriana en materia de competencia desleal, o, de hecho, incluso bajo las normas extranjeras de competencia desleal que inspiró la decisión de la CNJ. Concluyó, por la misma razón, que la sentencia de la CNJ no podría haber sido razonablemente prevista por las partes”).

⁶⁵⁵ Véase *supra* en párrs. 295-309.

⁶⁵⁶ Véase *supra* párr. 264; véase también Anexo CLM- 174, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 200 (“Desviaciones sorprendentes de los patrones establecidos de razonamiento o los resultados, *o la repentina aparición de una norma en toda regla que no había existido*, debe ser visto con el mayor escepticismo si su efecto es una desventaja para un extranjero.”) (la negrita es nuestra). El invento de normas jurídicas para prohibir una conducta que no era ilícita en el momento de su comisión ha sido reconocida como una violación del debido proceso en los tribunales nacionales, así. Véase, por ejemplo, la Anexo CLM- 212, *Landgraf c. USI Películas Prods.*, 511 EE.UU. 244, 265 (1994)

para sancionar la conducta (una supuesta “negativa de venta”) *que antes no había sido considerada para dar lugar a responsabilidad por competencia desleal en el Ecuador, incluso en momento alguno durante las negociaciones entre MSDIA y NIFA por la planta situada en el Valle de los Chillos.*

(d) MSDIA no tuvo la oportunidad de presentar una defensa a una demanda por competencia desleal

366. Las normas procesales internacionalmente aceptadas no sólo requieren que al acusado se le dé notificación sobre las alegaciones específicas que se hicieron en contra de él o ella, sino también que el acusado tenga una oportunidad real de ser escuchado con respecto a las reclamaciones⁶⁵⁷. En particular, el acusado debe tener la oportunidad de presentar pruebas fácticas y argumentos jurídicos en defensa de las reclamaciones⁶⁵⁸. A MSDIA nunca se le dio la oportunidad de ser oída en relación con una demanda de competencia desleal, lo que constituye una violación del derecho al debido proceso de MSDIA.

367. Si MSDIA hubiera tenido conocimiento de que la CNJ podría imponer responsabilidad por competencia desleal en virtud del artículo 244, numeral 3, MSDIA habría argumentado que la CNJ no tenía la autoridad para considerar si la evidencia apoyaría una determinación de competencia desleal, porque esto estaba fuera de las peticiones de casación de las partes, y por lo tanto más allá del mandato de la CNJ⁶⁵⁹. Puesto que a MSDIA nunca se le dio aviso de que la CNJ podría imponer responsabilidad por competencia desleal, y mucho menos que pudiera hacerlo en virtud del artículo 244, numeral 3; a MSDIA nunca se le brindó la oportunidad de hacer estos argumentos.

368. Además de haber sido privada de la oportunidad de hacer estos argumentos jurídicos, MSDIA también fue privada de la posibilidad de presentar pruebas objetivas en apoyo de su defensa. Debido a que NIFA expresamente rechazó una demanda de competencia desleal, MSDIA no presentó pruebas en el tribunal de primera instancia o el tribunal de apelaciones que sería pertinente para la defensa de una demanda de competencia desleal en el fondo⁶⁶⁰.

369. Específicamente, MSDIA no presentó evidencia de que la conducta de MSDIA durante las negociaciones de las partes era coherente con la práctica del sector, que la conducta de MSDIA no desviaba a los clientes de NIFA hacia MSDIA, y que MSDIA no actuó con la intención específica de desviar a los clientes lejos de NIFA⁶⁶¹. En cambio, ambas partes centraron sus pruebas en la corte de apelaciones sobre cuestiones que eran

(“Consideraciones elementales de justicia dictan que las personas *deben tener la oportunidad de conocer cuál es la ley y conformar su conducta en consecuencia.*”) (la negrita es nuestra).

⁶⁵⁷ Véase *supra* en párrs. 258-259, 297-299.

⁶⁵⁸ Véase *supra* en párrs. 258-259, 282-283, 297-299.

⁶⁵⁹ Véase *supra* en párrs. 335-339; véase también, Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 60, 64.

⁶⁶⁰ Declaración Testimonial de Ponce Martínez, párrs. 32, 64.

⁶⁶¹ Véase *supra* párrs. 332-333. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez, en párrs. 64.

pertinentes a las reclamaciones de defensa de la competencia de NIFA, es decir, el alcance de los mercados de referencia, si MSDIA tenía una posición de mercado dominante en ningún mercado pertinentes, si MSDIA había abusado de su posición dominante, en cualquiera de los supuestos mercados, y si la planta en el Valle de los Chillos calificaba como un “servicio esencial”⁶⁶².

370. Por otra parte, no existe un mecanismo en virtud del derecho de casación del Ecuador o de las normas de procedimiento de la CNJ que MSDIA podría haber introducido pruebas pertinentes a los elementos de hecho de una reclamación de competencia desleal⁶⁶³. Como lo explica el profesor Páez: “El artículo 15 de la Ley de Casación prohíbe [a la CNJ] aceptar nuevas pruebas”⁶⁶⁴.

371. En efecto, como se ha explicado anteriormente, la CNJ adoptó sumariamente los hechos establecidos en la sentencia del Tribunal de Apelaciones, que adolecía de parcialidad y graves errores procesales y que, en todo caso, consideró principalmente los datos fácticos de NIFA que NIFA por sí misma afirmaba que no tenían ninguna pertinencia para una reclamación por competencia desleal⁶⁶⁵. Para determinar si los hechos sostenían una constatación de responsabilidad por competencia desleal, la CNJ “se refirió [expresamente] a los... hechos... hallados” en la sentencia de la corte de apelaciones⁶⁶⁶. Como se explicó anteriormente, la sentencia del tribunal de apelaciones, y las conclusiones de hecho en que se fundamentó, como resultado de prejuicios evidentes y la corrupción a favor de NIFA, incluyendo el rechazo inapropiado e injustificado del tribunal de apelaciones para considerar cualquiera de las pruebas presentadas por MSDIA.

372. En suma, la evaluación de la CNJ respecto a la responsabilidad en contra de MSDIA por motivos de competencia desleal es una clara violación del derecho internacional consuetudinario y constituye una denegación de justicia. Al igual que en *Pantechniki, Rumeli*, y las demás autoridades judiciales de Estados inversores y cortes nacionales mencionadas anteriormente, la CNJ *sua sponte* decidió el caso sobre un causal completamente nuevo que no fue abordado por las partes, y con ello MSDIA fue privada de notificación así como la oportunidad de ser escuchada con respecto a la reclamación en la

⁶⁶² Véase *supra* párrs. 77-78. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez, párrs. 32, 34.

⁶⁶³ Informe Pericial del Profesor Páez, párr. 2. Véase, por ejemplo, Anexo CLM- 116, *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF) / 00 / 1, Laudo, de 9 de enero de 2003, párr. 143 (“No puede pretenderse que este tipo de fallo de la prueba de responsabilidad sea subsanada en cualquier fase posterior de este procedimiento puesto que a la demandada se le hubiera negado la oportunidad de presentar su caso sobre responsabilidad - si la hay -es decir, para controvertir la prueba de la Demandante. ***Esto podría equivaler a una denegación del debido proceso***”). (el resaltado es nuestro).

⁶⁶⁴ Véase Informe Pericial del Profesor Páez, párrafo 21. Aunque la CNJ estaba impedida de aceptar nuevas pruebas, todavía era un requisito, en vista de los graves errores procesales cometidos por el tribunal de primera instancia, a “sopesar de forma independiente los datos en el registro completo de prueba de los procedimientos judiciales inferiores” en su formación de la sentencia). *Ibidem*. párrs. 19-20. Como se explicó anteriormente, sin embargo, la CNJ no lo hizo, y en cambio aprobó los hechos expuestos en la sentencia contaminada de la corte de justicia. Véase *supra* en párrs. 150 – 152.

⁶⁶⁵ Véase *supra* en párrs. 73, 150-152. Véase también el informe pericial del Profesor Páez en párrs. 6, 33-37.

⁶⁶⁶ Anexo C- 203, Sentencia CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, en Sección 11.

que la CNJ fundamentó su decisión⁶⁶⁷.

373. La falta por parte de la CNJ de concederle a MSDIA previo aviso y una oportunidad de ser escuchada fue aún más notoria que en otros casos de Estado- inversionista, sin embargo. Específicamente, la negación repetida de una reclamación de una competencia desleal de NIFA, la indiscutible falta de competencia *ratione materiae* de la corte sobre las reclamaciones por competencia desleal, y la ausencia de toda referencia a la competencia desleal en el artículo 244, numeral 3 de la Constitución Política de 1998 no le proporcionó a MSDIA ningún fundamento para anticipar que podría ser considerada responsable por competencia desleal, por no hablar de la nueva teoría de competencia desleal que la CNJ había importado de marcos jurídicos extranjeros que nunca antes se habían aplicado en el Ecuador⁶⁶⁸.

374. Basando su decisión sobre una reclamación que no fue sólo nunca afirmada por la demandante, sino que también fue negada enfáticamente y de manera reiterada por la demandante, fue una clara violación de la CNJa los derechos al debido proceso de MSDIA. Así, lejos de remediar la denegación de justicia en los tribunales inferiores, la CNJ agravó aún más la denegación de justicia sufrida por MSDIA⁶⁶⁹.

C. MSDIA agotó los recursos disponibles en el Ecuador

375. A fin de establecer la responsabilidad del Estado por denegación de justicia, la demandante agraviada debería haber agotado los recursos internos “razonablemente disponibles” en un intento por “corregir la medida impugnada”⁶⁷⁰. Por lo tanto, la demandante normalmente debe usar todo el alcance del poder judicial del Estado para “operar, incluso por intermedio de sus funciones correctivas comunes”, para llegar a una sentencia final⁶⁷¹.

376. El requisito de que un reclamante agote los recursos internos que son

⁶⁶⁷ Véase *supra* en párrs. 300-309. Véase también, Informe Pericial del Profesor Páez en párrs. 6, 33-40.

⁶⁶⁸ Véase *supra* en párrs. 357-360.

⁶⁶⁹ Informe Pericial del Profesor Paulsson, párr. 50 (“[E]l umbral de error de procedimiento necesarios para establecer una demanda por denegación de justicia se ha cruzado “por los tribunales ecuatorianos en su tratamiento de MSDIA en el transcurso del litigio NIFA c. MSDIA.”).

⁶⁷⁰ Anexo RLM- 1, A. Newcombe y L. Paradell, LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARD OF TREATMENT (2009), en 242 (citando el Anexo CLM- 99, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, (2005), en 100). Véase también el Informe Pericial del Profesor Paulsson, párr. 23 (“Inherente al concepto de denegación de justicia es que los jueces internacionales evalúen un producto del sistema jurídico nacional considerado en su conjunto. Esto significa que el agotamiento de los recursos internos es una condición previa para la existencia de una denegación de justicia, a menos a que el resto de soluciones no ofrecen ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz, por ejemplo, cuando no son más que teóricas o son de otra manera inútiles.”).

⁶⁷¹ Véase el Anexo CLM- 99, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 108. Véase también *ibidem*. en 100 (donde se explica que la responsabilidad por denegación de justicia no se asocia a cada “caso de mala conducta judicial” surge claramente de la falta de un Estado “de proporcionar un sistema justo y eficaz de la justicia” en la resolución de un caso)(énfasis en el original).

razonablemente disponibles “no es una cuestión de procedimiento o admisibilidad, sino un elemento material inherente al delito [denegación de justicia]”⁶⁷². Los tribunales han reconocido reiteradamente que la cuestión del agotamiento, es una cuestión que se abordaría como parte del fondo de la demanda⁶⁷³.

377. MSDIA ha agotado los recursos disponibles en el Ecuador. La CNJ es la corte de casación de Ecuador, su corte civil de nivel más alto⁶⁷⁴. La sentencia que dictó la CNJ en contra de MSDIA es **definitiva y no es sujeta a apelación**⁶⁷⁵. De hecho, MSDIA fue condenado a pagar dicha sentencia el 28 de noviembre 2012⁶⁷⁶, y efectuó el pago, satisfaciendo la sentencia en su totalidad, el 29 de noviembre 2012⁶⁷⁷.

378. Ante estos hechos, MSDIA ha agotado plenamente los recursos internos⁶⁷⁸, y

⁶⁷² Anexo CLM- 99, J. Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW (2005), en 7 (énfasis añadido). Anexo CLM- 15, *Saipem SpA c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo sobre Jurisdicción y Recomendación sobre medidas provisionales, de fecha 21 de marzo de 2007, párr. 153 (“Si el requisito del agotamiento de los recursos internos puede ser aplicable por analogía a la expropiación por los actos de un tribunal y si, en caso afirmativo, los recursos disponibles son eficaces son cuestiones que deben abordarse con el fondo de la controversia.”).

⁶⁷³ Como el tribunal de *Chevron c. Ecuador (Chevron I)* explicó: “[e]l agotamiento de los recursos internos” en el contexto de una demanda por denegación de justicia “es... una cuestión en cuanto al fondo, **no jurisdicción**”. Anexo CLM- 44, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Company c. República del Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo provisional, de 1 de diciembre 2008, párr. 233. En consecuencia, el tribunal de *Loewen contra Estados Unidos se negó* a abordar la regla del agotamiento en la etapa jurisdiccional, y en lugar de ello, aplazó el tema “a la audiencia sobre el fondo del asunto”. Anexo CLM- 59, *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB (AF) / 98/3, Decisión sobre la Audiencia de Objeción de la Demandado a la Competencia y Jurisdicción, del 9 de enero de 2001, párr. 74; véase también, Informe Pericial del Profesor Paulsson, párr. 54.

⁶⁷⁴ Véase *supra* en párrs. 135.

⁶⁷⁵ Véase, Informe Pericial del Profesor Páez, párrs. 8-11.

⁶⁷⁶ Anexo C -207, Providencia del Juzgado de Primera Instancia de 28 de noviembre de 2012, *NIFA c. MSDIA*, en 1.

⁶⁷⁷ Anexo C -208, Escrito de MSDIA con fecha de 29 de noviembre de 2012, *NIFA c. MSDIA*, Juzgado de Primera Instancia (Notificación de pago), en 1, Anexo C -209, Providencia del Juzgado de Primera Instancia de 28 de noviembre de 2012, *NIFA c. MSDIA*, en 1 (Recibo de pago).

⁶⁷⁸ Si MSDIA posiblemente podría haber iniciado un ataque **colateral** contra la sentencia de la CNJ ante la Corte Constitucional de Ecuador es irrelevante para la cuestión del agotamiento. En virtud del derecho consuetudinario internacional, el solicitante sólo necesita agotar los recursos internos en la “línea recta” de la primera instancia civil de un Estado a su tribunal de casación, sin tener en cuenta otros desafíos “oblicuos” o “indirectos”, como una acción en la Corte Constitucional. Véase Anexo RLM- 47, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo de fecha 30 de julio de 2009, párrs. 96, 102 (el subrayado es nuestro); véase también, Informe Pericial del Profesor Paulsson, párr. 56. Como explica el profesor Oyarte, una impugnación de la sentencia de la CNJ ante la Corte Constitucional de Ecuador no es un recurso de apelación de dicha sentencia, sino que es una **acción separada contra los jueces de la CNJ que emitieron la sentencia**. Véase el informe pericial del Profesor Oyarte párr. 35 (“En una acción extraordinaria de protección, el recurrente cuyos derechos se vieron afectados negativamente por una decisión judicial final inicia la acción contra el juez, tribunal o tribunal que dictó la resolución impugnada.... La acción extraordinaria de protección trae así un nuevo proceso, independiente, y no es una fase del procedimiento anterior.”).

Ecuador no ha logrado remediar la denegación de justicia sufrida por MSDIA. De conformidad, el profesor Paulsson explica que “en las circunstancias de este caso, la sentencia de la CNJ era *un producto final del sistema jurídico ecuatoriano*”⁶⁷⁹.

V. EL TRATO DE ECUADOR HACIA MSDIA EN EL LITIGIO *NIFA C. MSDIA* TAMBIÉN INFRINGIÓ OTRAS OBLIGACIONES EN VIRTUD DEL TRATADO

379. Además de constituir una denegación de justicia bajo el literal (b) (3) del artículo III del Tratado y el derecho internacional consuetudinario, el maltrato de la inversión de MSDIA por parte de los tribunales de Ecuador violó asimismo otras disposiciones del TBI EE.UU. - Ecuador. En concreto, Ecuador ha fallado en facilitar protección sobre la inversión completa de MSDIA y su seguridad y dificultó la disposición de MSDIA de su inversión a través de medidas que son a la vez arbitrarias y discriminatorias. Ecuador también ha fallado en entregar un medio eficaz para que MSDIA haga valer las reclamaciones y hacer valer los derechos con respecto a su inversión, ya que su sistema judicial es susceptible al sesgo y otro tipo de influencias indebidas y no basa sus sentencias sobre el estado de derecho.

A. *Ecuador incumplió su obligación de proporcionar protección y seguridad completa hacia la inversión de MSDIA*

380. El artículo (A) (3) del artículo II del Tratado establece que “[la i]nversión... gozará de plena protección y seguridad”⁶⁸⁰. Además de la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia para garantizar la seguridad física de la inversión de un inversionista, “es evidente que el deber de protección y seguridad se extiende a establecer un marco jurídico que ofrezca protección jurídica a los inversores - incluidos tanto disposiciones sustantivas para proteger las inversiones y procedimientos adecuados que permitan a los inversores reivindicar sus derechos.”⁶⁸¹

381. En consecuencia, “en donde están en juego los actos de la judicatura del Estado de acogida, ‘protección y seguridad plenas’ significa que el Estado tiene la obligación de hacer un sistema de funcionamiento de los tribunales y los remedios legales disponibles para el inversionista”⁶⁸². El Estado incurrirá responsabilidad por falta de “protección y seguridad plenas”, en los casos en que los tribunales han omitido actuar de buena fe o han tomado decisiones que no son “razonablemente defendibles”⁶⁸³.

⁶⁷⁹ Informe Pericial del Profesor Paulsson párr. 56 (énfasis añadido).

⁶⁸⁰ Anexo CLM- 125, *Frontier Petroleum Services Ltd. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo, de fecha 12 de noviembre de 2010, párr. 263; Identificación del acuerdo. párrs. 264-272 (recopilación de los casos).

⁶⁸¹ Anexo C- 1, TBI entre los EE.UU. - Ecuador, art. II (3) (a).

⁶⁸² Anexo CLM- 125, *Frontier Petroleum Services Ltd. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo, de fecha 12 de noviembre de 2010, párr. 273.

⁶⁸³ Anexo CLM- 125, *Frontier Petroleum Services Ltd. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo, de fecha 12 de

382. Por todas las razones expuestas en el apartado IV anterior sobre la denegación de justicia, Ecuador también ha fallado en proveer protección a la inversión y la seguridad completa de MSDIA, y por lo tanto ha violado el literal (a) (3) del artículo II del Tratado.

B. Ecuador incumplió su obligación de no menoscabar la inversión de MSDIA mediante medidas arbitrarias o discriminatorias

383. El literal (b) (3) del artículo II del Tratado establece que “[n]inguna de las Partes en modo alguno pondrá en peligro a través de medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, operación, mantenimiento, uso, usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones”⁶⁸⁴.

384. Para muchas de las mismas razones, las sentencias de los tribunales ecuatorianos son una denegación de la justicia, también son arbitrarias en el sentido del artículo II(b) (3). En la definición frecuentemente citada de la Corte *ELSI*, “[l]a arbitrariedad no es tanto algo opuesto a un estado de derecho, como algo opuesto al Estado de Derecho.... Es un deliberado desprecio del debido proceso de la ley, un acto que choca, o al menos sorprende, un sentido de la propiedad jurídica”⁶⁸⁵.

385. Como se mencionó anteriormente, la Corte de Apelaciones dictó una sentencia contra MSDIA por una violación de la defensa de la competencia a pesar de que Ecuador no tenía en su normatividad unaley de defensa de la competencia⁶⁸⁶. Esto fue manifiestamente arbitrario y “opuesto al estado de derecho.” Del mismo modo, la sentencia de la CNJ contra MSDIA por competencia desleal fue arbitraria, en particular a la luz del hecho de que la demandante se había abstenido de presentar una reclamación por competencia desleal y había admitido, tanto que los tribunales civiles no tenían jurisdicción sobre una reclamación de competencia desleal y que los hechos que los tribunales no sostenían la conclusión de competencia desleal⁶⁸⁷.

386. Por otra parte, la disposición constitucional invocada por la Corte de Apelaciones y la CNJ (artículo 244, numeral 3 de la Constitución Política del Ecuador de 1998) no es de aplicación directa y nunca había sido interpretada como una base para imponer responsabilidad civil⁶⁸⁸. El texto de dicha disposición expresamente ordenaba a la

noviembre de 2010, párr. 273.

⁶⁸⁴ Anexo C- 1, TBI entre los EE.UU. - Ecuador, art. II (3) (b). El estándar de trato justo y equitativo también protege a un inversionista de una conducta arbitraria o discriminatoria por parte del Estado. Véase Anexo CLM- 142, *Rumeli Telekom A.S. Y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo de fecha 29 de julio de 2008, párr. 609 (donde se explica que la conducta del Estado violará el estándar de trato justo y equitativo donde es “arbitraria, manifiestamente injusta, no equitativa, idiosincrásica, discriminatoria, o carece de debido proceso”).

⁶⁸⁵ Véase *supra* párr. 118.

⁶⁸⁶ Véase *supra* en párrs. 69-73.

⁶⁸⁷ Informe Pericial del Profesor Oyarte, en párrs. 8, 21-25, 27.

⁶⁸⁸ Informe Pericial del Profesor Oyarte en 21-24.

legislatura de Ecuador a adoptar leyes aplicando las directrices de política en dicha disposición, pero no hay nada en el texto de la Constitución que indica que los tribunales ecuatorianos podrían imponer responsabilidad en ausencia de tales leyes⁶⁸⁹. No es sorprendente, como explica el profesor Oyarte, que “el Tribunal Constitucional [de Ecuador] nunca declaró que el artículo 244 (3) impone prohibiciones sustantivas recurribles”⁶⁹⁰.

387. Aun si —de manera contraria a los hechos— se pudiera imponer responsabilidad directamente en virtud del artículo 244, numeral 3, esta disposición está claramente limitada por sus términos a principios de defensa de la competencia⁶⁹¹. Antes de la decisión de la CNJ, ningún tribunal había sostenido que el artículo 244 incorporaba el concepto de competencia desleal⁶⁹², que como reconoció la CNJ (correctamente) es un principio jurídico “*completamente diferente*”⁶⁹³ a la defensa de la competencia. Esta decisión fue particularmente inesperada, y sin fundamento, a la luz del hecho de que la ley ecuatoriana contenía un estatuto separado que abordaba específicamente la competencia desleal, en la Ley de la Propiedad Intelectual⁶⁹⁴. La sentencia de la CNJ encontrando responsabilidad por la competencia desleal en virtud de una disposición constitucional que aborda los principios de defensa de la competencia evitando los límites jurisdiccionales de la ley de competencia desleal, que asigna competencia exclusiva a los tribunales administrativos, según ambas partes lo reconocieron en el litigio subyacente⁶⁹⁵. De conformidad con lo anterior, la decisión de la CNJ fue arbitraria y no tenía fundamento jurídico.

388. Los tribunales Estado - Inversionista han condenado los intentos del Estado de acogida de explotar una supuesta falta de claridad de la ley en perjuicio de un extranjero inversor⁶⁹⁶. Los tribunales han identificado de manera similar como los procesos de toma de

⁶⁸⁹ Anexo CLM- 155, *Elettronica Sicula SpA (ELSI)* (EE.UU. c. It), Sentencia, CIJ 1989 15, 76, párr. 128 (20 de julio). El tribunal en *Lemire c. Ucrania* adoptó la definición de la arbitrariedad según fue formulada por el profesor Schreuer, que incluye: “a. una medida que perjudica a los inversores sin servir ningún propósito legítimo aparente; b. una medida que no se basa en las normas jurídicas, sino en la discreción, el perjuicio o preferencia personal, c. una medida adoptada por razones diferentes a las presentadas por el tomador de decisiones; d. una medida adoptada en deliberado desprecio del debido proceso y el procedimiento adecuado. En resumen, la idea subyacente de la arbitrariedad es que el perjuicio, la preferencia o parcialidad sustituye el estado de derecho.” Anexo CLM- 131, *Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad civil, de fecha 14 de enero de 2010, párrs. 262-263 (entre comillas omitidas).

⁶⁹⁰ Informe Pericial del Profesor Oyarte, en párr. 25.

⁶⁹¹ Informe Pericial del Profesor Oyarte, en párrs. 7, 14 - 20.

⁶⁹² Informe Pericial del Profesor Oyarte, en párr. 25.

⁶⁹³ Anexo C- 203, Sentencia de la CNJ, *NIFA c. MSDIA*, de fecha 21 de septiembre de 2012, párr. 13.2 (el resaltado es nuestro).

⁶⁹⁴ Véase el Anexo CLM- 191, Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador (1999), art. 284.

⁶⁹⁵ Informe Pericial del Profesor Fernández de Córdoba, en párr. 34. Véase *supra* párr. 342.

⁶⁹⁶ Véase, por ejemplo, Anexo CLM- 138, *Petrobart Ltd. c. República Kirguisa*, Caso SCC N° 126 /2003, Laudo, de fecha 29 de marzo de 2005, en 76 (“La adopción de una nueva ley que establece que una ley anterior deberá interpretarse de manera restrictiva es legislación retroactiva que es probable que tengan efectos adversos para algunas personas físicas o jurídicas respecto de las transacciones comerciales anteriores. En este caso, es muy dudoso que la aprobación de la Ley de Interpretación de Inversiones Extranjeras fuera

decisiones arbitrarias en la que los responsables políticos están libres para manipular las “reglas del juego” con el fin de beneficiar a un partido sobre otro por razones impropias como la nacionalidad o la influencia política⁶⁹⁷. En este caso, la CNJ reescribió la legislación ecuatoriana en materia de competencia desleal para lograr un resultado a favor de NIFA - la definición precisa de arbitrariedad.

389. Las sentencias de los tribunales ecuatorianos también incumplieron la obligación del Ecuador de no discriminar en contra de los inversores extranjeros. La discriminación puede ocurrir en una variedad de formas; animus o sesgos en contra de una determinada inversión es ciertamente discriminatoria, ya que es una distinción injustificada o arbitraria en la aplicación de ley⁶⁹⁸.

390. El registro de los procedimientos en los tribunales inferiores demuestra la discriminación en contra de MSDIA y manifiestas ventajas procesales a favor de la demandante ecuatoriana. Por ejemplo, el tribunal de primera instancia falló en varias ocasiones en darle aviso a MSDIA previo a tomar el testimonio del único testigo de NIFA respecto a los hechos, negándole a MSDIA el derecho de estar presente y de interrogar al testigo⁶⁹⁹. El juez de primera instancia se basó en gran medida en ese testimonio y adoptó en su totalidad la teoría del caso de NIFA⁷⁰⁰.

391. Además, tanto el tribunal de primera instancia como el tribunal de apelaciones no notificaron a MSDIA de fallos críticos que estuvieron a punto de hacer que MSDIA perdiera su derecho de apelar las sentencias de la corte de primera instancia⁷⁰¹. El tribunal de apelaciones también rechazó uniformemente las opiniones vertidas por los peritos altamente certificados que habían sido asignados por la corte cuyas opiniones eran

compatible con el deber de la República de Kirguistán en virtud del Tratado para proteger las inversiones extranjeras”). Anexo CLM- 137, *Occidental Exploration & Production Co. c. República del Ecuador*, Caso LCIA N° UN 3467, Laudo final, de 1 de julio de 2004, párr. 163 (encontrando arbitrariedad basada en “la confusión y falta de claridad” en la interpretación del código tributario ecuatoriano donde Ecuador pretendía negar la devolución del IVA a la reclamante sobre la base de una nueva interpretación de las disposiciones legales pertinentes).

⁶⁹⁷ Véase, por ejemplo, Anexo CLM- 131, *Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad civil, de 14 de enero de 2010 (hallando arbitrariedad en el sistema para la asignación de licencias de radiodifusión que fue manipulado para favorecer a los candidatos locales con conexiones políticas menos cualificados que el reclamante).

⁶⁹⁸ Véase, por ejemplo, Anexo CLM- 144, *Saluka Investments BV c. República Checa*, Laudo Parcial, de fecha 17 de marzo de 2006, en párr. 309 (“Un inversor extranjero cuyos intereses están protegidos en virtud del Tratado tiene derecho a esperar que el [Estado] no va a actuar de una manera que es manifiestamente incoherente, no transparente, irracional (es decir, sin relación con alguna política racional), o discriminatoria (es decir, sobre la base de distinciones injustificables)”); Anexo CLM- 147, *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Laudo, de fecha 26 de julio de 2007, párr. 123 (donde se afirma que un esfuerzo deliberado de las autoridades estatales para atacar o acosar a una inversión extranjera “sin duda debe ser la infracción más clara que se podía encontrar de las disposiciones y objetivos del Tratado”).

⁶⁹⁹ Véase *supra* en párrs. 47-50. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en 11-13.

⁷⁰⁰ Véase *supra* párr. 50.

⁷⁰¹ Véase *supra* en párrs. 59-61, 65-67, 119. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 20-28, 47-48.

favorables a MSDIA, y en su lugar asignó y se basó en una serie de nuevos peritos que carecían de credenciales y experiencia relevante, pero que ofrecieron opiniones totalmente a favor de NIFA⁷⁰². Del mismo modo, el tribunal de apelación consideró las pruebas sometidas a los autos por NIFA, pero sostuvo en una base superficialmente absurda que MSDIA había renunciado a su derecho a contar con prueba alguna, peritos cantidades materiales de pruebas sobre los hechos y opiniones de expertos que concluyentemente desmintieron las reclamaciones de NIFA⁷⁰³.

392. Por lo tanto, en todo momento, el tribunal de primera instancia y los tribunales de apelación discriminaron reiteradamente en contra de MSDIA, y rechazaron o ignoraron la evidencia presentada por MSDIA y se negaron a proporcionarle a MSDIA el mismo debido proceso que se le dio a NIFA.

393. En suma, las decisiones de los tribunales ecuatorianos, sosteniendo que MSDIA era responsable en virtud de una disposición de la Constitución Política de Ecuador de 1998, que no era ni nunca se había concluido que era de aplicación directa, y que manifiestamente no abarcaba y nunca antes había sido aplicado a la competencia desleal, fueron arbitrarias. Por otra parte, las actuaciones en los tribunales eran abiertamente discriminatorias y desfavorecían a MSDIA en comparación con el actor ecuatoriano. La conducta de Ecuador afectaba los esfuerzos de MSDIA para disponer de su inversión en la planta del Valle de los Chillos, y en consecuencia violaron las obligaciones del Ecuador en virtud del Artículo II (b)(3) del Tratado.

C. Ecuador incumplió su obligación de proporcionarle a MSDIA los “medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar sus derechos”

394. El artículo II(7) del TBI EE.UU. - Ecuador exige que los Estados Partes proporcionen los “medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones”⁷⁰⁴. Un poder judicial que es corrupto e de otra manera no es capaz de ofrecer a los litigantes debido proceso no puede cumplir con esta norma. Ecuador ha violado sus obligaciones en virtud del artículo II (7).

1. En virtud del Artículo II(7), Ecuador tiene la obligación positiva de proporcionar un medio eficaz de hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos

395. El artículo II(7) del TBI EE.UU. - Ecuador dispone:

Cada parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión.

⁷⁰² Véase *supra* en párrs. 85-117. Véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez en párrs. 43-45.

⁷⁰³ Véase *supra* en párrs. 121-123. Contrariamente al hallazgo de renuncia de la corte de apelaciones, MSDIA nunca renunció a su dependencia en la evidencia. Véase *supra* en párrs. 122-123; véase también Declaración Testimonial de Ponce Martínez, párr. 52.

⁷⁰⁴ Anexo C- 1, TBI entre los EE.UU. - Ecuador, art. II (7).

396. El imperativo “**establecerá**” deja en claro que la obligación de proporcionar los “medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones” no pueden ser satisfechos por un Estado al simplemente evitar la mala conducta en el contexto de un caso particular. Más bien, el artículo II(7) afirmativamente obliga al Ecuador **aproporcionar**, mediante el establecimiento y el mantenimiento, de “medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos”⁷⁰⁵. Según lo explica el Tribunal de *Chevron c. Ecuador (Chevron I)*:

“[L]a obligación del artículo II (7) se establece como una **obligación positiva** del Estado de acogida para proporcionar medios eficaces, en lugar de una obligación negativa de no interferir con el funcionamiento de dichos medios”⁷⁰⁶.

397. Los tribunales Inversionista- Estado han interpretado la frase “medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos” al “exigir que un Estado tanto establezca un marco procesal y jurídico adecuado y se asegure de que el marco está disponible y es aplicado significativamente por su poder judicial cada vez que un inversor extranjero pretende proteger su inversión a través de litigios. Según explicaron los tribunales de *Chevron I* y *White Industries c. India*, el estándar de “medios eficaces” “requiere tanto que el Estado de acogida establezca un sistema adecuado de leyes e instituciones y que los sistemas funcionen correctamente en cada caso”⁷⁰⁷. Del mismo modo, según explicó el tribunal en *AMTO c. Ucrania* (en la interpretación de una disposición análoga bajo la Carta de la Energía), la obligación de “medios eficaces” obligación tiene dos elementos “fundamentales”: “la ley y el Estado de Derecho”⁷⁰⁸.

398. La obligación de “medios eficaces”, pues, tiene dos aspectos:

- a. **En primer lugar**, la obligación exige la existencia de un “**medio** de hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos”. Más específicamente, como explicó el tribunal en *AMTO*, las leyes de un Estado deben proporcionar “para el reconocimiento y la ejecución de los derechos de propiedad y contractuales”⁷⁰⁹ y deben incluir “normas secundarias de procedimiento para que los principios y objetivos de los litigios pueden ser traducidos por el inversor en acciones efectivas en los tribunales nacionales”⁷¹⁰. Según ha reconocido el tribunal de *Duke Energy c. Ecuador*, la

⁷⁰⁵ El término “establecerá” exige que la acción especificada se “**debe**” tomar. Véase Anexo C -220, Diccionario de Inglés Oxford, en 2-3 (la negrita es nuestra). El término “establecerá”, a su vez, significa “poner a disposición”. Anexo C -221, Diccionario Inglés de Oxford, en 4.

⁷⁰⁶ Anexo CLM- 111, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. República del Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Parcial de Fondo, de fecha 30 de marzo de 2010, párr. 248.

⁷⁰⁷ Anexo CLM- 114, *White Industries Australia Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Laudo, de 30 de noviembre de 2011, párr. 11.3.2 (b).

⁷⁰⁸ Anexo CLM- 112, *Ltd. Liability Co. AMTO v. Ukraine*, Caso SCC N° 080 / 2005, Laudo Final, de fecha 26 de marzo de 2008, párr. 87.

⁷⁰⁹ Anexo CLM- 112, *Ltd. Liability Co. AMTO v. Ukraine*, Caso SCC N° 080 / 2005, Laudo Final, de fecha 26 de marzo de 2008, párr. 87.

⁷¹⁰ Anexo CLM- 112, *Ltd. Liability Co. AMTO v. Ukraine*, Caso SCC N° 080 / 2005, Laudo Final, de fecha 26 de marzo de 2008, párr. 87.

obligación de “medios eficaces” requiere mínimamente “la existencia y disponibilidad” del sistema judicial de un Estado a los inversores extranjeros que buscan reivindicar su derechos⁷¹¹.

- b. *En segundo lugar*, la obligación de “medios eficaces” requiere que el sistema de justicia no sólo exista, sino que “*funcione de manera efectiva*” en un caso determinado⁷¹². Esto significa que la simple existencia de leyes e instituciones capaces de proteger los derechos de un inversor no es suficiente, sino que esas leyes deben ser impuestas constantemente por el sistema judicial de un Estado de una manera eficaz. La determinación de la “eficacia” en un caso concreto es altamente contingente sobre los hechos específicos, pero los tribunales, por ejemplo, han considerado “[d]emora indebida” en la resolución de un litigio particular, como una violación del artículo II (7) en que la demora “equivale a una denegación de acceso a los medios [eficaces]”⁷¹³. Del mismo modo, no puede seriamente discutirse que una de las partes se ve privada de un acceso efectivo a los tribunales, por lo que no puede hacer ejecutar sus derechos de forma efectiva, si se le priva de la oportunidad de ser escuchada sobre un reclamo o una defensa dispositiva, o si el tribunal desconoce sumariamente toda susalegaciones de hecho o derecho⁷¹⁴.

399. La obligación de “medios eficaces” en el artículo II(7) constituye *lex specialis* y “no una mera reformulación de la ley de la denegación de la justicia”⁷¹⁵. Entre otras cosas, el

⁷¹¹ Anexo RLM- 18, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil SA c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, de fecha 18 de agosto de 2008, párr. 392.

⁷¹² Anexo CLM- 111, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. República del Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Parcial de Fondo, de fecha 30 de marzo de 2010, párr. 248 (el subrayado es nuestro). Véase también Anexo CLM- 114, *White Industries Australia Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Laudo, del 30 de noviembre de 2011, párr. 11.4.9 (“Porque White no sugiere que la India no ha establecido un sistema de leyes e instituciones, la pregunta es, por lo tanto, si el Tribunal Superior de Delhi trabajó efectivamente en el manejo de la solicitud de aplicación de White.”); Anexo RLM -18, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil SA c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, del 18 de agosto de 2008, párr. 392 (“Como observación preliminar, el Tribunal señala que la existencia y disponibilidad del sistema judicial ecuatoriano y del recurso de arbitraje bajo la Ley de Mediación y Arbitraje no están en juego aquí. Lo que está en juego y debe ser revisado por el Tribunal es cómo estos mecanismos operan...”); Anexo CLM- 112, *Ltd. Liability Co. AMTO v. Ucrania*, Caso SCC N ° 080 / 2005, Laudo final, de fecha 26 de marzo de 2008, párr. 88 (sostiene que los “[f]allos individuales “ del sistema de justicia puede que no califiquen ellos mismos como un incumplimiento de la disposición de medios efectivos de la Carta de la Energía, pero que sin embargo, “podría ser evidencia de deficiencias sistemáticas”).

⁷¹³ Anexo CLM- 111, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. República del Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Parcial de Fondo, de fecha 30 de marzo de 2010, párr. 250.

⁷¹⁴ Véase *supra* en párrs. 122-123. Como explica el profesor Paulsson, el artículo II (7) puede ser invocado “por un demandante en un arbitraje internacional de inversiones que fue el demandado en los procesos internos que constituyen el objeto del litigio internacional. Un inversionista debe igualmente ser capaz de “hacer efectivos los derechos *en defensa de un reclamo iniciado contra él ante un tribunal nacional*”. Informe Pericial del Profesor Paulsson, en párr. 32 (la negrita es nuestra).

⁷¹⁵ Anexo CLM- 111, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. República del Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Parcial de Fondo, de fecha 30 de marzo de 2010, párr. 242 (el subrayado es nuestro). Véase también el informe pericial del Profesor Paulsson, párr. 33 (“el artículo II (7) es un ejemplo de una disposición de un tratado, que puede generar la responsabilidad del Estado por actos del poder judicial sin la aplicación de la prueba para denegación de justicia en el derecho internacional consuetudinario”.);

artículo II(7) no impone necesariamente la misma carga de la prueba o el requisito de agotamiento de la reclamante al igual que la ley de la denegación de justicia⁷¹⁶. El tribunal de Chevron explicó:

“En vista del [origen y propósito] y el lenguaje del artículo II(7), el Tribunal está de acuerdo con los Demandantes de ***que una prueba específica y potencialmente menos exigente es aplicable en virtud del [Artículo II (7)] con respecto a la denegación de justicia conforme el derecho internacional consuetudinario***. El criterio para determinar si una denegación de justicia contempla, según argumenta el Demandado, un umbral alto. Si bien la norma es objetiva y no requiere de una demostración evidente de mala fe, no obstante, requiere la demostración de “una carencia especialmente grave” y la conducta atroz que “choque, o al menos sorprenda, un sentido de la decora judicial”. ***Por el contrario***, en virtud del artículo II(7), ***un fallo de los tribunales nacionales para hacer valer los derechos efectivamente constituiría una violación del artículo II(7), que no siempre puede ser suficiente para hallar una denegación de justicia en virtud del derecho internacional consuetudinario***”⁷¹⁷.

“[Además,] [e]l Tribunal concluye que el ***requisito cualificado de agotar los recursos internos*** aplica en el marco del estándar ‘medio eficaz’ del artículo II (7)... [E]n la consideración de si los medios previstos por el Estado para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos son lo suficientemente “efectivos”, el Tribunal debe considerar si un reclamante determinado ha hecho su parte mediante el uso correcto de los medios puestos a su disposición. Un fallo en usar estos medios puede impedir la recuperación ***si impide una evaluación adecuada de la “eficacia” del sistema para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos***”⁷¹⁸.

400. En efecto, en ambos *Chevron* I como *White Industries*, el Tribunal consideró que las demoras excesivas del Estado demandado en resolver las reclamaciones presentadas ante los tribunales no dan lugar a la responsabilidad por denegación de justicia, pero ***aun así***, constituyen una falta de ***“establecer los medios eficaces para hacer valer las***

Ibidem. párr. 31 (señalando que los tribunales de *Chevron* y *White* “sostuvieron que el artículo II (7) impone una obligación general para los Estados de las normas del derecho internacional consuetudinario relativo a la denegación de justicia.”).

⁷¹⁶ Anexo CLM- 111, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. República del Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Parcial de Fondo, de fecha 30 de marzo de 2010, párr. 242. Véase también Informe pericial del Profesor Paulsson párr. 31.

⁷¹⁷ Anexo CLM- 111, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. República del Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Parcial de Fondo, de fecha 30 de marzo de 2010, párr. 244. (el subrayado es nuestro).

⁷¹⁸ Anexo CLM- 111, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. República del Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Parcial de Fondo, de fecha 30 de marzo de 2010, párrs. 323-324 (cursivas en el original y se omite la cita).

reclamaciones y respetar los derechos”⁷¹⁹.

2. Ecuador ha violado el artículo II (7)

401. Como se explica más adelante, Ecuador no ha logrado establecer un “medi[o] eficaz para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos”. El poder judicial de Ecuador está obligado a aplicar las leyes sustantivas del Ecuador de manera imparcial, pero los jueces ecuatorianos consistentemente han sucumbido a la parcialidad y la corrupción, incluido en el litigio *NIFA c. MSDIA*.

402. Un poder judicial que es corrupto o de otra manera susceptible a influencias indebidas no puede proporcionar un “medi[o] eficaz para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos”⁷²⁰. La corrupción en favor de una parte permite que prevalezca el sesgo sobre el Estado de Derecho⁷²¹. Con el fin de hacer valer efectivamente las reclamaciones y hacer cumplir sus derechos, el inversor debe estar seguro de que el tribunal considere sus argumentos y pruebas de manera justa e imparcial y tome una decisión sobre la base del estado de derecho⁷²².

403. Según se expuso en detalle anteriormente, los procesos judiciales en Ecuador son marcados frecuentemente por la corrupción y las influencias externas indebidas, lo que resulta en sentencias inconsistentes con los hechos, la ley, y la justicia⁷²³. De hecho, el presidente Correa de Ecuador ha reconocido que: “**Nosotros tenemos un problema concreto que nadie duda, un sistema judicial totalmente ineficiente y corrupto que se está cayendo en pedazos**”⁷²⁴.

⁷¹⁹ Ambos tribunales también sostuvieron, en contra del argumento de Ecuador, que las pretensiones en virtud del artículo II (7) no están sujetos a la misma exigencia de agotamiento como una reclamación basada en denegación de justicia. Véase CLM- 111, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. República del Ecuador (Chevron I)*, Caso PCA No. 2007-2 (CNUDMI), Laudo Parcial de Fondo, de fecha 30 de marzo de 2010, párrs. 323-324; Anexo CLM- 114, *White Industries Australia Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Laudo, del 30 de noviembre de 2011, párr. 11.3.2 (g) (adoptando el análisis de Chevron).

⁷²⁰ Véase, por ejemplo, Anexo CLM- 138, *Petrobart Ltd. c. República Kirguisa*, Caso SCC N° 126 /2003, Laudo, de fecha 29 de marzo de 2005, en 75 (“El Tribunal Arbitral considera que el oficio del Ministro Silayev debe considerarse como un intento del Gobierno para influir en una decisión judicial en perjuicio de Petrobart... El Tribunal Arbitral considera que esta intervención del Gobierno en los procesos judiciales no es conforme con el Estado de Derecho en una sociedad democrática y que es una falta de respeto de los derechos de Petrobart como un inversor que tiene una inversión en el marco del Tratado”).

⁷²¹ Véase Anexo CLM- 138, *Petrobart Ltd. c. República Kirguisa*, Caso SCC N° 126 /2003, Laudo, de fecha 29 de marzo de 2005.

⁷²² Véase Anexo CLM- 112, *Ltd. Liability Co. AMTO v. Ucrania*, Caso SCC N° 080 / 2005, Laudo final, de fecha 26 de marzo de 2008, párr. 87 (identificando “la ley y el Estado de derecho”, como dos elementos “fundamentales” de la obligación de medios eficaces).

⁷²³ Véase *supra* en párrs. 161-198.

⁷²⁴ Anexo C- 110, *Presidente Correa: querían desacreditar al Gobierno y no pudieron*, OPINIÓN, 13 de noviembre de 2011 (el resaltado es nuestro); Anexo C- 100, *Correa reitera que pondrán las manos sobre la Corte y su campaña del Sí*, EL UNIVERSO, 26 de enero de 2011.

404. El litigio *NIFA c. MSDIA* muy probablemente se vio afectado por influencias indebidas. Según se ha expuesto en detalle anteriormente, diversos actores directamente involucrados en el caso, incluyendo al Gerente General de NIFA, Miguel García; el Juez Toscano Garzón, quien presidió el tribunal de instancia sobre los procedimientos de apelación; el Juez Temporal Chang- Huang Castillo, el Juez Temporal que dictó la sentencia del tribunal de instancia de \$ 200 millones a favor de NIFA, y el juez Palacios, quien redactó la sentencia de la corte de apelaciones de \$ 150 millones a favor de NIFA - todos han sido sujetos de investigación y censura por corrupción en relación con otros casos⁷²⁵. En efecto, en reconocimiento de la evidente falta de fundamento jurídico de su decisión, el Juez temporal Chang- Huang admitió al abogado de MSDIA en Ecuador (entre otros) que su decisión había sido producto de la influencia indebida por personas ajenas, como el Juez Toscano Garzón, el primer juez que presidió el caso en el tribunal de instancia⁷²⁶.

405. Por otra parte, en el litigio *NIFA c. MSDIA*, los tribunales emitieron sentencias a favor de NIFA que no estaban basadas en un estado de derecho. Por el contrario, según se detalla anteriormente, los procesos en todos los niveles del poder judicial sufrieron de una toma de decisiones irracional y arbitraria⁷²⁷. Estas incluyeron la decisión irracional de la corte de apelaciones para rechazar a los peritos calificados simplemente porque habían emitido decisiones favorables a MSDIA, la decisión de la corte de apelaciones de excluir una consideración de todas las pruebas invocadas por MSDIA, la decisión del tribunal inferior de hallar responsabilidad sobre la base de una ley de defensa de la competencia que no existía, y la conclusión de la CNJ de responsabilidad sobre la base de conclusiones de hecho de un tribunal que era evidentemente sesgado que (y sin ningún tipo de sustentos de manera incompatible con el Estado de Derecho) ignoró todas las pruebas de la parte perdedora y una ley de competencia desleal, que no existía. Como tal, el sistema judicial ecuatoriano violó el artículo II (7) con una toma de decisiones sobre la base de prejuicios o influencias indebidas y no sobre la base del estado de derecho.

406. Además, con el fin de proporcionar un medio eficaz para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos, el tribunal debe decidir no sólo sobre la base del estado de derecho, sino que debe fundamentar su decisión en un expediente de hechos, de manera completa e imparcial. La notificación y oportunidad de ser escuchados, por lo tanto, elementos indispensables de tales “medios eficaces.” Sin previo aviso, el acusado no está en condiciones de identificar las pruebas pertinentes o principios jurídicos. Sin la oportunidad de ser escuchado, el acusado no puede garantizar que el tribunal tendrá en cuenta la evidencia y la ley al adoptar su decisión. Aun cuando están en su lugar reglas probatorias neutrales, es indiscutible que las reglas no se aplican eficazmente cuando el tribunal o bien los ignora o los aplica de manera parcial.

407. El litigio *NIFA c. MSDIA* proporciona un claro ejemplo de la incapacidad del sistema judicial ecuatoriano de proporcionar el debido proceso que se requiere de un medio eficaz que haga valer las reclamaciones y respete los derechos. Como se ha descrito en detalle anteriormente, MSDIA sufrió una multitud de violaciones procesales del debido

⁷²⁵ Véase *supra* en párrs. 177-198.

⁷²⁶ Declaración Testimonial Marcelo Santamaría y el informe adjunto.

⁷²⁷ Véase *supra* en párrs. 44-153.

proceso en todas las etapas del litigio, incluyendo una falta absoluta de notificación y la oportunidad de ser escuchado ante la CNJ⁷²⁸. El resultado acumulativo de estas irregularidades fue la creación de un registro de la causa irremediablemente viciado y una dependencia de la CNJ sobre ese registro.

408. En conjunto, estas diversas manifestaciones de corrupción, parcialidad y falta de debido proceso hacen abundantemente claro la falta Ecuador para proporcionar un “medi[o] efica[z] para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos”. Como explica el profesor Paulsson, “si son verdaderas las alegaciones de hecho de MSDIA sobre el proceso *NIFA c. MSDIA*, se deduce que MSDIA ha establecido [una] violación del Artículo II (7) del TBI EE.UU.- Ecuador”⁷²⁹.

VI. PETICION DE DESAGRAVIO

409. De igual manera que explicó la Corte Internacional de Justicia en el caso *Chorzów Factory*, un reclamante de denegación de justicia tiene derecho a ser indemnizado por todos los daños que sufrió como consecuencia de la violación del derecho internacional por parte del Estado:

“La reparación debe, en la medida posible, **eliminar todas las consecuencias del acto ilícito** y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido”⁷³⁰.

410. Las denegaciones de justicia cometidas por el sistema judicial de Ecuador resultaron directamente en la emisión de una sentencia de \$ 1.570.000 de la CNJ, que MSDIA se vio obligada a satisfacer. Según explica Dolzer y Schreuer, un reclamante internacional exitoso tiene derecho a recuperar las cantidades que haya incurrido como consecuencia de la conducta ilícita del Estado:

“Si un acto ilegal ha sido cometido, el principio rector es que la reparación debe, en la medida de lo posible, restablecer la situación que habría existido de no haberse cometido el hecho ilícito.... En virtud de este principio, los daños por una violación del derecho internacional deben reflejar el daño efectivamente sufrido por la víctima. En otras palabras, la situación real de

⁷²⁸ Véase *supra* en párrs. 147-152.

⁷²⁹ Informe Pericial del Profesor Paulsson, párr. 51.

⁷³⁰ Anexo CLM- 152, Caso relativo a la Fábrica de Chorzów (Alemania contra Polonia), Sentencia de 13 de septiembre de 1928, CPJI Serie A, No. 21 (1928). Tribunales inversionista- Estado consistentemente han reconocido la validez de la formulación en Chorzów. Véase Anexo CLM- 115, ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Mgmt. Ltd. contra la República de Hungría, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, de fecha 2 de octubre de 2006, en los párrafos. 486-494. Véase también el informe pericial del Profesor Paulsson párr. 57 (“Es trivial que si un Estado es responsable por conducta ilegal según el derecho internacional, está obligado a reparar íntegramente las consecuencias de su conducta ilícita y que se trata de poner la parte perjudicada en la posición en la que habría estado de no haber ocurrido el hecho ilícito.”).

la víctima debe ser comparado con la que hubiera prevalecido de no haberse cometido el acto”⁷³¹.

411. Por lo tanto, según lo explica el profesor Paulsson en su informe pericial, MSDIA tiene derecho a “la restitución de \$ 1.570.000” - la cantidad que pagó a NIFA en virtud de la sentencia de la CNJ⁷³².

412. MSDIA también tiene derecho a recuperar los honorarios legales y los costos en que incurrió en relación con su defensa en los procesos *NIFA c. MSDIA* en los tribunales de Ecuador. Como señala el profesor Paulsson en su informe pericial, “[c]on el fin de indemnizar a la víctima de acuerdo con la regla de *Chorzów*, parece justo que deben reembolsarse los costos legales echados a perder en una demanda defectuosa. ***Eso sería... los costos en los dos niveles inferiores, en este caso, con tal de que también se consumó una denegación de justicia en el nivel superior, además, los costos legales a ese nivel***”⁷³³. En efecto, el tribunal en *White Industries c. India* otorgó a la demandante los honorarios de abogados que había incurrido en el transcurso del litigio ante los tribunales del Estado demandado, razonando que “la India no había podido proporcionar [a la demandante] los “medios eficaces” para hacer valer sus pretensiones...[la demandante]... no hubiera incurrido en los costos que incurrió en seguir un litigio en los tribunales indios”⁷³⁴.

413. MSDIA estima que sus honorarios legales y los costos incurridos en conexión con el litigio *NIFA c. MSDIA* ascienden a aproximadamente \$ 6.000.000. Teniendo en cuenta las sensibilidades relacionadas con los registros de facturación, MSDIA proporcionará una cuantificación específica de sus honorarios y costos, incluyendo soporte documental, en una etapa posterior de estos procedimientos, cuando sea necesario para la cuantificación de daños por parte del Tribunal y cuando las protecciones de confidencialidad necesarias están en su lugar, según lo indicado por el Tribunal.

414. Por otra parte, MSDIA tiene el derecho a recuperar por el daño moral que ha sufrido como consecuencia de la tramitación prolongada del litigio *NIFA c. MSDIA*, durante el cual MSDIA ha sido inculcado públicamente por haber participado en actos que claramente no cometió. Según lo explica el tribunal *Lemire c. Ucrania*, los daños morales son una forma adecuada de compensación en caso de que la actividad del reclamante ha sufrido “***pérdida***”

⁷³¹ Anexo CLM- 162, R. & C. Dolzer Schreuer, PRINCIPIOS DE LA LEY DE INVERSIÓN INTERNACIONAL (2008), en el 272.

⁷³² Informe Pericial del Profesor Paulsson párr. 18 (a).

⁷³³ Informe Pericial del Profesor Paulsson, párr. 17 (c). (el subrayado es nuestro). Véase también *ibidem*, párrs. 64-66.

⁷³⁴ Anexo CLM- 114, *White Industries Australia Ltd. c. República de la India*, CNUDMI, Laudo, de 30 de noviembre de 2011, en la sección 14.3.3-14.3.6. (el subrayado es nuestro). Véase también Anexo CLM- 164, A.V. Freeman, THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR DENIAL OF JUSTICE (1973), en 592-593 (reconociendo que los gastos legales incurridos en los procedimientos locales pueden recuperarse en una demanda por denegación de justicia).

de reputación, crédito y posición social”⁷³⁵. Por ejemplo, se ha concluido que el “desprestigio” sufrido por una empresa como resultado de la violación de un tratado bilateral de inversiones es suficiente para conceder un daños y perjuicios por daño moral⁷³⁶. Aquí, los repetidos hallazgos de responsabilidad por los tribunales del Ecuador incorrectamente sugirieron que MSDIA había actuado deshonestamente y inapropiadamente durante sus negociaciones con NIFA, lo que resultó en un evidente daño a la reputación y el prestigio de MSDIA en Ecuador, que MSDIA había desarrollado a lo largo de casi treinta años antes del litigio.

415. En consecuencia, MSDIA solicita un laudo:

- a. Declarando que la actuación de los tribunales ecuatorianos en relación con el litigio *NIFA c. MSDIA* incumplió con las obligaciones de Ecuador en el marco del TBI EE.UU. - Ecuador;
- b. Ordenando que Ecuador pague a MSDIA \$1.570.000 dólares en compensación por el pago de MSDIA de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia;
- c. Ordenando a que Ecuador pague todos los gastos y honorarios de abogados incurridos por MSDIA en la defensa del litigio *NIFA c. MSDIA*, que se cuantifique en una etapa posterior a este procedimiento, según lo indicado por el Tribunal;
- d. Ordenando a Ecuador a pagar intereses pre y post adjudicación y los intereses sobre todas las sumas adeudadas;
- e. Ordenando a Ecuador a pagar los costos de MSDIA y honorarios de abogados en este arbitraje;
- f. Tal reparación adicional y otra reparación que pueda ser justa, incluyendo, sin limitación, a daños morales para compensar a MSDIA por el daño moral que ha sufrido como consecuencia de las violaciones de Ecuador, incluido el daño a la reputación y la buena voluntad de MSDIA, tanto dentro como fuera del Ecuador.

⁷³⁵ Anexo CLM- 130, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, de fecha 28 de marzo de 2011, párr. 333.

⁷³⁶ Anexo CLM- 123, *DLP c. Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, de fecha 6 de febrero de 2008, párr. 286 (citando el *caso Fabiani*).

Presentado respetuosamente,

[firmado]

Gary B. Born

Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP

49 Park Lane

London W1K 1PS

United Kingdom

Tel: +44 20 7872 1000

Fax: +44 20 7839 3537

David W. Ogden

Rachael D. Kent

Charles S. Beene

Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP

1875 Pennsylvania Avenue, NW

Washington, DC 20006

USA

Tel: +1 202 663 6000

Fax: +1 202 663 6363

Fecha: 2 de octubre de 2013