



1717 K Street, N.W.
Washington, DC 20036-5342

202 223 1200 teléfono principal
202 785 6687 fax

Mark A. Clodfelter
Socio
202 261 7363 *teléfono directo*
mclodfelter@foleyhoag.com

VÍA CORREO ELECTRÓNICO

13 de agosto de 2016

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

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

Juez Bruno Simma
Parsbergerstrasse 5a
D-81249 Munich
Alemania

Sr. Martin Doe
Consejero legal
Corte Permanente de Arbitraje
Palacio de la Paz
Carnegieplein 2
2517 KJ La Haya, Países Bajos

Re: *Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. c. La República del Ecuador* - Arbitraje ante la
CNUDMI - Caso CPA No. 2012-10

Estimados miembros del Tribunal:

Escribimos en relación al oficio CPA con fecha 11 de agosto de 2016, por medio del cual el Tribunal solicitó a la Demandada: a) "responder tan rápido como le sea posible" a la

pregunta planteada en el oficio de la Demandante con fecha 10 de agosto de 2016 en referencia a si la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales se aplica a la sentencia del 4 de agosto de 2016 de la Corte Nacional de Justicia ("CNJ" o la "Corte") e (b) "indicar al Tribunal [...] las medidas que se han adoptado para cumplir con el párrafo 2 de la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales"¹, así como "cualquier otra medida que se haya adoptado en virtud del párrafo 1.A de la misma Decisión."² En respuesta a las solicitudes del Tribunal, Ecuador remite lo siguiente.

En respuesta a la primera petición del Tribunal: Ecuador no considera que la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales deba aplicarse a la sentencia de la CNJ con fecha 4 de agosto de 2016, en vista de que la decisión no "restituy[e] en su totalidad o de forma parcial las sentencias del Tribunal de Primera Instancia o de la Corte de Apelaciones."³ Por esta razón, Ecuador no ha tomado ninguna medida en relación a ello, ni tampoco considera que está obligado a tomar alguna medida sobre el tema, en virtud del párrafo 1.A de la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales.

La Demandante ha admitido que, según la ley ecuatoriana, "cuando la CNJ anula una Decisión de una Corte inferior, la CNJ puede actuar como una Corte de instancia y emitir una *nueva* decisión."⁴ De hecho, según el experto de la Demandante, el Profesor Páez, cuando "la CNJ aparta la sentencia impugnada [...] [la CNJ] debe emitir *una nueva sentencia u orden en su lugar*",⁵ la cual "*sustituy[a] la sentencia que fue anulada*."⁶ Considerando que la sentencia del 4 de agosto otorgó en parte la petición de casación realizada por MSDIA, la sentencia de la CNJ no restituye, de acuerdo con la ley ecuatoriana, en su totalidad ni de forma parcial, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia o de la Corte de Apelaciones.

¹ El párrafo 2 de la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales dice: "**Ordena adicionalmente** que Ecuador está en la obligación de comunicar sin demora esta Orden a la Corte Nacional de Justicia y a cualquier otra autoridad con jurisdicción para ejecutar las sentencias [del Tribunal de Primera Instancia o de la Corte de Apelaciones en el litigio de PROPHAR contra MSDIA] "(énfasis en el texto original).

² Oficio de la CPA a las Partes (11 de agosto de 2016), p. 3, párrafo 1.A de la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales dice: "Ecuador asegurará inmediatamente, por medios que el propio país escoja, que todos los procedimientos y acciones ulteriores que se dirijan a la ejecución de las sentencias [del Tribunal de Primera Instancia o de la Corte de Apelaciones en el litigio entre PROPHAR en contra de MSDIA] se suspendan hasta la entrega del Laudo Final por parte del Tribunal, e informe al Tribunal de la acción que se ha adoptado para tal efecto".

³ Decisión sobre Medidas Provisionales, párrafo 1 (chapeau)

⁴ Respuesta de la Demandante, ¶ 402. El experto de la Demandante, el Profesor Páez, reconoce que la CNJ, actuando como corte de casación está obligada a revisar y anular las decisiones judiciales que contengan errores previstos en la ley de casación y que después de "anular la decisión impugnada, la corte de casación *debe [...]* emitir una *decisión de sustitución*". Opinión del Profesor Carlos Páez Fuentes (1 de octubre de 2013), ¶ 8 (se añadió énfasis).

⁵ Opinión del Profesor Carlos Páez Fuentes (1 de octubre de 2013), ¶ 17 (se añadió énfasis).

⁶ *Id.* (se añadió énfasis)

Tampoco "ratifica" la sentencia de la Corte de Apelaciones "en la mayoría de los aspectos materiales", como asevera ahora la Demandante⁷. En concreto se establece:

- No es cierto que la CNJ "ratificar[a] la responsabilidad [de la Corte de Apelaciones]" al "rechazar los argumentos de MSDIA para la impugnación de casación de [ello]".⁸ Se puede recordar que el Tribunal de Apelaciones había responsabilizado a MSDIA "exclusivamente por motivos antimonopólicos".⁹ Aunque la CNJ también considerara responsable a MSDIA, lo hizo para la consecución de un agravio no intencional, y no por motivos antimonopólicos.¹⁰
- Es falso que la CNJ "no evaluó de forma independiente las pruebas en el expediente, sino que en su lugar aceptó completamente las conclusiones probatorias realizadas por la Corte de Apelaciones."¹¹ En respaldo a su proposición errónea, la Demandante hace referencia a dos pasajes de la sentencia del 4 de agosto. Sin embargo, al afirmar que la examinación del fondo del caso subyacente "se abstendría de sopesar cualquier evidencia o determinar cualquiera de los hechos del juicio y de la apelación"¹², la CNJ se limitó meramente a observar el lenguaje del artículo 16 de la Ley de Casación, en el que se solicita a la Corte emitir su decisión de sustitución "sobre los hechos establecidos en la sentencia [anulada]."¹³ Esta disposición no le impidió a la Corte evaluar las pruebas, al actuar como Corte de instancia en el pasado, y ciertamente no le impidió hacerlo ahora. De hecho, la CNJ recontó las pruebas presentadas por las partes,¹⁴ y las evaluó para llegar a la conclusión de que dichas pruebas "[revelaban] la concurrencia, al menos con respecto a [...] los hechos importantes,"¹⁵ y obtuvo

⁷ Oficio de la Demandante (10 de agosto de 2016), p.1.

⁸ *Id.*, pp. 1-2.

⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 139 (se añadió énfasis). *Ver también id.*, ¶ 10, 137, 142, 243, 314 ("[una violación de Ley antimonopolio] fue *el único fundamento legal* de la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones" (se añadió énfasis)), 349, 385; Réplica de la Demandante, ¶¶4 ([las sentencias emitidas contra MSDIA por parte del tribunal de primera instancia y la Corte de apelaciones] impuso la responsabilidad a MSDIA por presuntas violaciones a la libre competencia"), 23, 291, 326 ("los dos tribunales inferiores encontraron a MSDIA responsable *únicamente de la libre competencia*" (se añadió énfasis)), 333, 503, 537.

¹⁰ La Sentencia de la CNJ del 4 de agosto de 2016, en el *Considerando Seis*, págs. 32-33 [Traducción en Inglés de la Demandante]. Para la CNJ, la única relevancia del artículo 244(3) de la Constitución ecuatoriana (la disposición invocada por la Corte de Apelaciones para determinar su responsabilidad) sólo sirvió para "enfatar la actitud unilateral del acusado." *Id.*, *Considerando Cinco*, p. 32 [Traducción en Inglés de la Demandante].

¹¹ Oficio de la Demandante (10 de agosto de 2016), p.3.

¹² Sentencia de la CNJ del 4 de agosto de 2016, *Considerando Dos*, pág. 27 [Traducción en inglés de la Demandante].

¹³ Artículo 16 de la Ley de Casación (**CLM-185**).

¹⁴ *Id.*, *Considerando Tres*, pp. 27-30 [Traducción en Inglés de la Demandante].

¹⁵ *Id.*, *Considerando Cuatro*, pp. 30-32 [Traducción en Inglés de la Demandante].

ciertas conclusiones fácticas de ellas¹⁶, las cuales están en correspondencia con las reglas legales que consideraron aplicables.¹⁷ La Corte revisó la evidencia en los procedimientos realizados por las Cortes inferiores, sobre lo cual interpretó necesario establecer varios hechos que respalden sus conclusiones sobre la responsabilidad, incluyendo la "[reconsideración] [del] caso desde el punto del proceso precontractual."¹⁸ Aun cuando declarara expresamente que la "disputa entre las partes no pueden llevar [a] la ponderación de las pruebas ", la Corte procedió precisamente a ello: descartó el valor probatorio de los testimonios porque "se obtuvo principalmente de personas involucradas en el proceso de negociación, quienes habían ocupado cargos o habían adquirido compromisos con [MSDIA], a varios niveles y en distintos momentos"; basó ciertas "conclusiones fácticas" en la "copiosa documentación que se intercambiò por correo electrónico entre las partes, la cual se consideró auténtica y tienen valor probatorio en el proceso judicial"; y analizó los documentos que en última instancia se rechazaban por no tener relación con la negociación entre Prophar y MSDIA.¹⁹

- Es falso que a la CNJ "no se le permitió opinar sobre la decisión de la Corte de apelaciones [...] para acreditar el informe de [Cabrera]".²⁰ Aunque el informe de Cabrera fuera "sopesado y aceptado"; *es decir*, evaluado para ser *admisible* ("calificado" en el texto original en Español), por parte de las Cortes inferiores, que no "obstaculizaron la revisión de la [CNJ],²¹ esto eventualmente resultó en la corrección del "error cometido por la Corte de Apelaciones, en relación con el monto de compensación exagerado que ordenó."²²
- Por último, no es cierto que en su sentencia, la CNJ "haya expresamente considerado y rechazado la aplicación de la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales."²³ En primer lugar, la Decisión del Tribunal no impuso ninguna limitación a la función judicial de la CNJ, sino solamente a la aplicación de su sentencia "en caso de que [se] restablezca total o parcialmente las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la Corte de Apelaciones"; *es decir*, en el caso de que la sentencia de la CNJ desestime las peticiones de casación de las partes y deje la sentencia de la Corte de Apelaciones en su lugar, lo que no ocurrió. En segundo lugar, la CNJ sostuvo únicamente que, en

¹⁶ *Id.*, *Considerando Cinco*, p. 31 [Traducción en Inglés de la Demandante].

¹⁷ *Id.*, *Considerando Seis*, pp. 32-33 [Traducción en Inglés de la Demandante].

¹⁸ *Id.*, *Considerando Siete*, pp. 33-34 [Traducción en Inglés de la Demandante].

¹⁹ *Id.*, *Considerando Nueve*, p. 34 [Traducción en Inglés de la Demandante].

²⁰ Oficio de la Demandante (10 de agosto de 2016), p.4.

²¹ Sentencia de la CNJ del 4 de agosto de 2016, *Considerando Diez*, pág. 37 [Traducción en inglés de la Demandante].

²² *Id.*

²³ Oficio de la Demandante (10 de agosto de 2016), p.5.

la medida en que la Decisión del Tribunal intentaba interferir con la "autonomía interna" y "externa" de la CNJ²⁴, esta violaba las disposiciones de la Constitución ecuatoriana.²⁵ La Corte no dijo nada acerca de las acciones de la Corte de primera instancia, ni las privó de ninguna manera.

La Decisión del Tribunal sobre las Medidas Provisionales impone al Ecuador una tremenda e incluso desproporcionada responsabilidad²⁶ si se aplica. Por lo tanto, no se puede suponer que el uso por parte del Tribunal de los términos "restituir total o parcialmente las sentencias del Tribunal de Primera Instancia o de la Corte de Apelaciones" fuera casual o no intencional. Pero, eso es exactamente lo que asume la débil interpretación de esos términos por parte de la Demandante. Es decir, la posición de la Demandante es que los términos debían captar, no solo una decisión de la CNJ, que legalmente restableció una de las dos sentencias de la Corte inferior (como habría sido el caso si la CNJ hubiese negado la casación, por ejemplo), sino cualquier decisión de la CNJ que encontrara responsabilidad y concediera daños y perjuicios. Por supuesto, si hubiera sido esa la intención, se puede fácilmente imaginar innumerables frases que habrían expresado tal resultado, que serían muy diferentes a las palabras en particular elegidas por el Tribunal.

Cada uno de los miembros del Tribunal sabe en su propia cabeza lo que pretendía acordar con los términos del párrafo 1 de la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales. Sin embargo, sería insostenible presuponer que una Parte pudiera razonablemente haber entendido que tenían un significado drásticamente más amplio que los términos reales utilizados.

En consecuencia, Ecuador no considera que la sentencia del 4 de agosto de 2016 de la CNJ "[restituya] totalmente o parcialmente las sentencias del Tribunal de Primera Instancia o de la Corte de Apelaciones" y que tenga la obligación de tomar medidas en relación con ellas, en virtud del párrafo 1.A de la Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales.

En respuesta a la segunda petición del Tribunal: El Tribunal recordará que, Ecuador informó al Tribunal el 12 de marzo de 2016, mediante oficio del Procurador General del Estado, con fecha 11 de marzo de 2016, dirigido a los Jueces Asociados de la Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Nacional de Justicia y al Juez Presidente de la Unidad Judicial Civil del Distrito Metropolitano de Quito (y copias a los Presidentes de la Corte Nacional de Justicia, del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Judicatura), que se transmitió la

²⁴ Considerando que Ecuador comprende la Decisión del Tribunal, esta no fue la intención del Tribunal porque la Decisión no solicitó a ningún "funcionario gubernamental de otra rama del Gobierno u otro órgano judicial que interfiera en la administración de justicia [por la CNJ], "ni" a ningún funcionario del gobierno que sea parte del mismo Poder Judicial que [interfiera] con la jurisdicción [de la CNJ]". La sentencia del 4 de agosto de 2016, p. 4 [Traducción en Inglés de la Demandante]. La referencia de la CNJ sobre las sanciones previstas en el artículo 86 (4) de la Constitución ecuatoriana debe entenderse en este contexto.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Ver, por ejemplo,* la Oposición de la Demandada a la Primera petición de Medidas Provisionales de la Demandante, ¶¶ 176-195.

Decisión del Tribunal sobre Medidas Provisionales y que en su versión en español allí presente Ecuador cumplió con la obligación que le impone el párrafo 2 de la Decisión del Tribunal.²⁷

La Demandada agradece al Tribunal por la atención prestada a esta correspondencia.

Respetuosamente,

[Firma Legible]

Dra. Blanca Gómez de la Torre
Directora Nacional, Dirección Nacional
de Asuntos Internacionales y Arbitraje
Procuraduría General del Estado

[Firma Legible]

Mark Clodfelter
Foley Hoag LLP

cc: Gary Born: por correo electrónico: Gary.Born@wilmerhale.com
David Ogden: por correo electrónico: David.Ogden@wilmerhale.com
Rachael D. Kent: por correo electrónico: Rachael.Kent@wilmerhale.com
Dr. Diego García Carrión: por correo electrónico: dgarcia@pge.gob.ec
Dra. Christel Gaibor: por correo electrónico: cgaibor@pge.gob.ec
Ab. Diana Terán: por correo electrónico: dteran@pge.gob.ec

²⁷ Oficio de la Demandada al Tribunal (12 de marzo de 2016), p.1.