

El uso de cortes estadounidenses para obtener pruebas fuera de Estados Unidos

Uno de los elementos más interesantes del estatuto 28 U.S.C. §1782(a) (“Estatuto” o “§1782(a)”)i y sobre el cual se ha renovado el interés recientemente, es su clara doble extraterritorialidad. En efecto, una solicitud bajo el Estatuto, no solo nace con base en un procedimiento en un tribunal extranjero sino que también puede extenderse a producción de documentos ubicados fuera de Estados Unidos, convirtiéndose el Estatuto en una especie de vaso comunicante entre la jurisdicción del procedimiento original y aquella de las pruebas requeridas.

No sin razón, esta posibilidad ha causado gran controversia. En caso de cumplirse con los tres requisitos para la presentación de una solicitud bajo §1782(a)ii y en caso de superarse el análisis discrecional que la corte de primera instancia debe efectuariii, una norma procesal de una jurisdicción en la que ningún evento relevante ha sucedido, puede ser usada por una parte en un procedimiento en una segunda jurisdicción para obtener pruebas ubicadas en una tercera jurisdicción.

En agosto de 2016, la Corte de Apelaciones del Onceavo Circuito se pronunció sobre este asunto en la decisión *Sergeeva v. Tripleton Int'l Ltd.*iv (*Sergeeva*). En este caso, el Onceavo Circuito indicó que una aplicación bajo §1782(a) puede ser usada para obtener documentos ubicados fuera de Estados Unidos.

En este caso, la petición bajo §1782(a) se inició a raíz de un divorcio en Rusia. Una de las partes, Anna Sergeeva solicitó a la empresa Trident Corporate Services, Inc. (“*Trident*”), basada en Atlanta, información sobre las compañías *off shore* de su esposo ubicadas principalmente en las Bahamas y que serían manejadas por la filial de *Trident* en Bahamas. Como era de esperarse, *Trident* refirió a la no aplicación extraterritorial de las normas y argumentó que §1782 no aplica a documentos ubicados fuera de Estados Unidos ya que “no se pretende que las cortes estadounidenses sirvan de cámara de compensación para información de cortes y litigantes en todas partes del mundo”. Este argumento fue calificado por la Corte como una cuestión de “primera impresión”, es decir, que nunca antes había sido planteada y sobre la cual no habría norma vinculante (“*controlling law*”).

Miami

848 Brickell Ave., Suite 1000 Miami, Florida, 33131, USA.
+1 (305) 988.80.02 | +1 (786) 395.90.84

Caracas

Av. Francisco de Miranda, Centro Seguros Sudamérica, piso 10,
ofic. 10-A, El Rosal, Caracas 1060, Venezuela. +58 (212) 953.40.06

El razonamiento de la corte de primera instancia del Distrito Norte de Georgia, afirmado por el Onceavo Circuito respecto de la permisible aplicación extraterritorial de esta norma, fue sencillo. La letra del Estatuto indica, en su última parte, que “[s]iempre que la orden no prevea lo contrario, el testimonio deberá ser tomado y los documentos u objetos producidos de acuerdo con las Reglas Federales de Procedimiento Civil”.

La regla 45(a)(1)(A)(iii) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, respecto de la forma y contenido de la citación, indica que ésta debe “requerir a cada persona a la que es dirigida, a (...) producir determinados documentos, información almacenada de forma electrónica, u objetos tangibles que se encuentren en su posesión, custodia o control (...)”v.

A efectos probatorios, indicó el Onceavo Circuito, el estándar aplicable para definir “control” sería el desarrollado por ese Circuito en *SeaRock v. Stripling*^{vi}, esto es, si la persona a la que se le solicita el documento “tiene el derecho legal de obtenerlo en caso de requerirlo”, lo cual puede ser establecido en el caso de entidades afiliadas^{vii}. De esta manera, el criterio aplicable para poder obligar a una persona a producir documentos no se refiere a la ubicación geográfica de los mismos y por lo tanto no involucra un análisis de extraterritorialidad sino a la posibilidad legal de obtenerlos, lo que refiere al análisis sobre el control.

Así, a una empresa estadounidense (con presencia en la jurisdicción de la corte federal de primera instancia ante la cual se presenta la solicitud bajo §1782(a)), afiliada de una empresa extranjera que no realiza actividades en Estados Unidos, puede requerírsele solicite a su afiliada documentos que ésta mantiene en otra jurisdicción, a fin de ser presentados en el procedimiento principal, llevado a cabo en aún otra jurisdicción.

El Segundo Circuito también se pronunció sobre la aplicación extraterritorial del Estatuto en el caso *In re del Valle Ruiz*^{viii} (“*Del Valle*”) del 7 de octubre de 2019. Este caso es uno de los muchos capítulos del enrevesado conflicto entre Banco Popular Español (“BPE”), Santander y los inversionistas originales de BPE, entre ellos Del Valle Ruiz y dos firmas estadounidenses encargadas de manejo de activos. Este conflicto se originó luego que el Banco Central Europeo declarase la inviabilidad del BPE y con base en ello la Junta Única de Resolución instruyese al Fondo de Reestructuración Ordenada ejecutar las “medidas de resolución previstas” que, en el caso concreto sería la subasta de BPE. Todos conocemos el fin de esta historia en el que el BPE fue subastado pocas horas luego de esta decisión y finalmente adjudicado al Banco Santander (único que pudo enviar una propuesta en el poco tiempo otorgado), por un valor simbólico de un Euro, medida que anuló el valor de las acciones pertenecientes a los accionistas originales de BPE señalados arriba.

Dichos accionistas reclamaron fuera de Estados Unidos la legalidad de la operación con Santander con base en varios argumentos, entre ellos que apenas un mes antes de la subasta, Santander habría hecho el due diligence sobre BPE a fin de comprarlo privadamente y habría estado preparado para ofrecer cerca de tres billones de Euros. Son esos accionistas originales los que presentaron en el distrito sur de Nueva York una petición bajo §1782(a) a fin de obtener, de varias afiliadas de Santander basadas en Nueva York, la información que tendrían sobre la situación económica de BPE y las comunicaciones de estas entidades con los reguladores encargados de su subasta, parte de la cual se encontraría fuera de Estados Unidos.

La Corte de Apelaciones afirmó la decisión de la corte de distrito que negó la solicitud respecto de todas las entidades excepto respecto de Santander Investment Securities, Inc. ya que ésta sería la única entidad que cumpliría con los requisitos de jurisdicción. Luego de pronunciarse sobre la adecuada interpretación del requerimiento “residir o encontrarse” dentro de los parámetros constitucionales de jurisdicción y debido proceso, con base en lo cual fueron negadas las otras solicitudes, el Segundo Circuito se enfocó en la segunda pregunta que se le planteó respecto de la posibilidad de aplicación extraterritorial de §1782(a) a fin de obtener evidencia ubicada fuera de Estados Unidos.

A este respecto, indicó que la presunción contra la aplicación extraterritorial de una norma no juega rol alguno en ese caso ya que esta presunción sólo se usa para determinar si una ley que “regula la conducta” aplica fuera del territorio estadounidense^{ix} pero el Estatuto es “simplemente un mecanismo para obtención de pruebas que no genera responsabilidad en una persona”^x. De hecho, llegó el Segundo Circuito a afirmar, en un pie de página, que aunque se concluyese que la presunción contra la aplicación extraterritorial de la norma encontrase cabida en el caso de §1782(a), la corte igualmente habría concluido que la referencia que el Estatuto hace a las Reglas Federales de Procedimiento Civil, las cuales permiten recabar pruebas fuera de Estados Unidos, sería suficiente para desvirtuar esta presunción inicial.

Luego de este razonamiento, el Segundo Circuito indicó que se veía persuadido por el razonamiento del Onceavo Circuito en *Sergeeva*, al cual se sumó. Sin embargo, el Segundo Circuito efectuó una precisión importante al señalar que “una corte puede, y debe, considerar la ubicación de los documentos y otra evidencia al decidir ejercer su discreción para autorizar el discovery”. Así, si bien no existe una prohibición automática para el requerimiento de evidencia ubicada fuera de Estados Unidos en uso del Estatuto, la corte de primera instancia que debe revisar la solicitud tiene la obligación, dentro de su discrecionalidad, de al menos considerar la ubicación de dichas pruebas^{xi}.

En definitiva, las cortes parecen estar ampliando y expandiendo la aplicación del §1782(a), lo cual debe ser tomado en cuenta por empresas internacionales con afiliadas o presencia en el Segundo (Nueva York, Vermont y Connecticut) y Onceavo Circuitos (Alabama, Florida y Georgia).

Camille R. Rieber^{xiii}
Julio 2020

ⁱ El Estatuto indica textualmente:

“§1782. Asistencia a tribunales extranjeros e internacionales y a litigantes ante dichos tribunales.

(a) La corte de primera instancia del distrito en el cual una persona resida o sea encontrada, puede ordenarle presentar testimonio o producir documentos u objetos para uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional, incluyendo en investigaciones criminales conducidas antes de una acusación formal. La orden puede ser dictada con base en carta rogatoria enviada, o solicitud efectuada, por el tribunal extranjero o internacional o mediante solicitud efectuada por cualquier persona interesada, y puede indicar que el testimonio sea presentado o el documento u objeto producido ante una persona nombrada por la corte. En virtud de dicho nombramiento, ésta persona tiene el poder de juramentar y recibir el testimonio. La orden puede establecer las prácticas y procedimientos a seguirse, que pueden ser en todo o en parte los usados por el país extranjero o tribunal internacional para tomar testimonio, producir documentos u objetos. Siempre que la orden no prevea lo contrario, el testimonio deberá ser tomado y los documentos u objetos producidos de acuerdo con las Reglas Federales de Procedimiento Civil”.

El original en inglés lee:

“§1782. Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals:

(a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.”

ⁱⁱEstos son:

- (i) que una persona interesada,
- (ii) presente una solicitud de asistencia para uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional,
- (iii) para forzar a una persona que resida o sea encontrada en el distrito en el cual la corte federal ante la cual se ha presentado la solicitud tiene jurisdicción, a dar testimonio o producir documentos u objetos.

En ocasiones se ha indicado que no son tres requisitos sino cuatro, a saber:

- (i) la solicitud debe ser efectuada por un tribunal internacional o extranjero o por una persona interesada,
- (ii) la solicitud debe ser para obtener testimonio o producción de documentos,
- (iii) la evidencia debe ser para uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional, y
- (iv) la persona de la cual se pretenden obtener pruebas debe residir o ser encontrada en el distrito de la corte ante la cual se presentó la solicitud.

Ver *In re Clerici*, 481 F.3d 1324, 1331 (11th Cir. 2007) citado por *Consortio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. v. JAS Forwarding (USA), Inc.*, 747 F.3d 1262, 1269 (11th Cir. 2014) y más recientemente por *In re Novoship (UK) Ltd.*, No. 20-60876-MC, 2020 WL 3286308 (S.D. Fla. June 18, 2020).

A pesar de lo anterior, creemos que esto es sólo una diferencia de forma y que el segundo y tercer requisito en caso de entenderse que son cuatro, están incluidos en el segundo requisito en caso de sostener que son únicamente tres.

Cada uno de estos tres requisitos ha sido objeto de largas interpretaciones.

Respecto del primero, la decisión *Intel* indicó que “cualquier persona interesada” incluye no sólo los litigantes en el proceso original pero también cualquier persona que posea un “interés razonable” en obtener la ayuda requerida.

La frase “tribunal extranjero o internacional” del segundo requisito es aún objeto de interpretaciones contrarias, respecto de la inclusión o no de paneles arbitrales privados (ver nuestro artículo titulado “Novedades jurisprudenciales sobre el uso de cortes estadounidenses para obtener pruebas a ser utilizadas en arbitrajes extranjeros” que puede encontrarse en <https://recorrieber.com/publications>).

Finalmente, si bien el requisito de residencia o mera presencia se ha interpretado frecuentemente de manera restrictiva, permitiendo obtener pruebas únicamente de partes domiciliadas en el distrito, lo cierto es que la mera presencia física en el distrito, así sea de manera temporal, será considerada suficiente (ver *In re Edelman*, 295 F.3d 171, 178 (2d Cir. 2002)).

iii Este análisis debe incluir la revisión de los cuatro siguientes factores (Ver *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 264 (2004), *In re EWE Gasspeicher GmbH*, 2020 WL 1272612, (D. Del. 17 de diciembre de 2020)):

(i) si la persona de la cual se requiere información es parte en el procedimiento en el extranjero (a este respecto, vale resaltar que cuando la parte que aplica para una petición de asistencia bajo el §1782(a) busca obtener pruebas de un no-participante en el procedimiento original que se encuentra en la jurisdicción del tribunal, este requisito se entenderá cumplido (ver *Schmitz v. Bernstein Liebhard & Lifshitz, LLP.*, 376 F.3d 79 (2d Cir. 2004)).

(ii) la naturaleza del tribunal extranjero y el carácter del procedimiento (sobre este requisito, ver nuestro artículo en <https://recorrieber.com/publications>),

(iii) si la aplicación esconde un intento de evadir restricciones o políticas extranjeras relativas a la recopilación de pruebas (en interpretación de este requisito, las cortes han señalado que quien solicite asistencia bajo §1782(a) no tiene que demostrar que ha agotado todos los remedios en la jurisdicción extranjera o que ha agotado todas las vías disponibles en la jurisdicción extranjera para la obtención de las pruebas requeridas en su solicitud bajo §1782 (ver *Mees v. Buiter*, 793 F.3d 291, 303 (2d Cir. 2015)), y tampoco se requiere demostrar que la evidencia solicitada en uso de §1782 es admisible o “discoverable” en el tribunal extranjero (ver *Brandi-Dohrn v. IKB Deutsche Industriebank AG*, 673 F.3d 76, 82 (2d Cir. 2012))), y

(iv) si la búsqueda de la información pretendida resulta indebidamente intrusiva o difícil (este requisito se refiere a los estándares de “intrusión y dificultad” desarrollados en interpretación de la Regla 26 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil).

iii 834 F.3d 1194 (11th Cir. 2016).

iv 834 F.3d 1194 (11th Cir. 2016).

v El original en Inglés lee:

“Rule 45(a)(1)(A)(iii) Subpoena:

(iii) command each person to whom it is directed to do the following at a specified time and place: attend and testify; produce designated documents, electronically stored information, or tangible things in that person's possession, custody, or control; or permit the inspection of premises; (...).”

vi 736 F.2d 650, 653–54 (11th Cir. 1984).

vii El Onceavo Circuito indicó que: “the District Court determined that ‘the legal right to obtain documents requested upon demand’ may be established where affiliated corporate entities—who claim to be providers of complimentary and international financial services—have actually shared responsive information and documents in the normal course of their business dealings.” *Sergeeva v. Tripleton Int’l Ltd.*, 834 F.3d 1194, 1201 (11th Cir. 2016).

viii 939 F.3d 520 (C.A.2 (N.Y.), 2019).

ix Ver *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108, 116, 133 S.Ct. 1659, 185 L.Ed.2d 671 (2013).

x El original en inglés lee “But § 1782 ‘is simply a discovery mechanism and does not subject a person to liability.’ See *In re Edelman*, 295 F.3d at 179.”

xi Este criterio fue reiterado por el Segundo Circuito en una decisión más reciente ver *In re Accent Delight Int’l Ltd.*, 791 F. App’x 247 (2d Cir. 2019).

xii Abogado en Venezuela y California, egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Master 2 Recherche Droit Public Approfondi de Université Paris II (Panthéon-Assas) y LLM de University of Southern California. Socia en Recor Rieber y of counsel en WDA Legal.