

## **Novedades jurisprudenciales sobre el uso de cortes estadounidenses para obtener pruebas a ser utilizadas en arbitrajes extranjeros**

Camille R. Rieber<sup>1</sup>

La posibilidad de que una corte en Estados Unidos preste ayuda, con facultades coercitivas, para obtener pruebas a ser usadas en arbitrajes conducidos en otros países, puede ser un sueño o una pesadilla, dependiendo de la persona a la que se le pregunte. La interpretación que de esta facultad podría hacer próximamente la Corte Suprema de los Estados Unidos determinará el grado de potencial “americanización” de las pruebas ante la posible (e indeseable) importación de tediosos procedimientos de “*discovery*”<sup>2</sup> probatorios al arbitraje o, en cambio y como consideramos deseable, el uso racional y constructivo del apoyo o auxilio judicial al arbitraje.

Este tema es de particular importancia ante las limitadas posibilidades con las que usualmente cuentan los árbitros para obtener o practicar pruebas en procedimientos arbitrales en caso de falta de colaboración de las partes.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> El llamado “*discovery*” estadounidense es definido en la Regla 26(b)(1) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, la cual indica “Ámbito General. A menos que sea de alguna forma limitado por una orden de la corte, el ámbito del *discovery* será el siguiente: Las partes pueden obtener *discovery* respecto de cualquier asunto no protegido por un privilegio, que sea relevante para el reclamo o defensa de esa parte y proporcional a las necesidades del caso, considerando la importancia de los asuntos en juego en la acción, el monto en controversia, el relativo acceso de las partes a la información relevante, los recursos de las partes, la importancia del *discovery* para resolver esos asuntos y si la carga o gasto del *discovery* propuesto excede sus posibles beneficios. La información abarcada por el *discovery* no necesariamente debe ser información admisible como evidencia para estar sujeta al *discovery*”.

La regla original en inglés lee:

“Rule 26(b) Discovery Scope and Limits.

(1) Scope in General. Unless otherwise limited by court order, the scope of *discovery* is as follows: Parties may obtain *discovery* regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the *discovery* in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed *discovery* outweighs its likely benefit. Information within this scope of *discovery* need not be admissible in evidence to be discoverable.”

Como vemos para que una pieza de información pueda ser requerida, no es necesario demostrar que la misma vaya siquiera a ser admisible en el juicio como prueba, bastando que sea únicamente relevante para el reclamo, lo que amplía considerablemente el ámbito de la información “sujeta a *discovery*”.

### **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 estatuto 28 U.S.C. §1782(a) (“Estatuto” o “§1782(a)”) constituye una de las herramientas procesales más particulares de derecho estadounidense. El mismo permite que una corte en Estados Unidos pueda ser usada por una de las partes en un procedimiento, en otra jurisdicción, para requerir pruebas de una persona o empresa ubicada en Estados Unidos (para su uso en el procedimiento en la otra jurisdicción). La parte relevante del 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”<sup>3</sup>.

Su propósito legislativo es “proveer ayuda eficiente a los participantes en litigios internacionales y promover que los otros países brinden a las cortes estadounidenses una ayuda similar”<sup>4</sup>. Este es el llamado doble propósito del Estatuto, con respecto del cual se ha planteado la duda de si un tribunal extranjero o internacional incluye arbitrajes.

<sup>3</sup> 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.” 28 U.S.C.A. § 1782.

<sup>4</sup> “Its legislative purpose is to provide efficient assistance to participants in international litigation and encourage foreign countries to provide domestic courts with similar assistance.” Deborah Sun, “Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.: Putting ‘Foreign’ Back into the Foreign Discovery Statute” U.C Davis Law Review (noviembre 2005), citando *Advanced Micro Devices, Inc. v. Intel Corp.*, 292 F.3d 664, 669 (9th Cir. 2002); *In re Bayer AG*, 146 F.3d 188, 191-92 (3d Cir. 1998); *In re Malev Hungarian Airlines*, 964 F.2d 97, 99 (2d Cir. 1992).

Para sustentar una solicitud bajo el Estatuto, que debe ser presentada en un tribunal federal estadounidense de primera instancia, se debe demostrar: (i) que la persona de la cual se pretenda obtener testimonio o documentos reside o puede ser encontrada en el distrito en el cual la corte tiene jurisdicción, (ii) que la información buscada es para uso en un procedimiento ante un tribunal extranjero o internacional, y (iii) que la solicitud es efectuada por una persona interesadas.

Una vez efectuada una solicitud que cumple con los requisitos anteriores, según indicó la Corte Suprema en la decisión *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*<sup>6</sup> (*Intel*) en 2004, la corte federal de primera instancia tiene discreción para concederla. En ejercicio de dicha discreción se deben analizar cuatro factores<sup>7</sup>: (i) si la persona de la cual se requiere información es participante en el procedimiento en el extranjero, (ii) la naturaleza del tribunal extranjero y el carácter del procedimiento, (iii) si la aplicación esconde un intento de evadir restricciones o políticas extranjeras relativas a la recopilación de pruebas, y (iv) si la búsqueda de la información pretendida resulta indebidamente intrusiva o difícil.

Como veremos de seguidas, una interpretación restrictiva del término “foreign or international tribunal” llevó a que inicialmente las cortes estadounidenses se opusieran a permitir el uso del §1782(a) con respecto de arbitrajes<sup>8</sup>. Una posterior referencia al arbitraje en la decisión *Intel*, referida arriba, dio pie a decisiones mixtas a este respecto. Más recientemente, dos decisiones, *Abdul Jameel Latif Transp. Co. Ltd. v. FedEx Corp.*<sup>9</sup> (*FedEx*) y *Servotronics, Inc. v. Boeing Co.*<sup>10</sup> (*Servotronics*), del Sexto y Cuarto Circuito respectivamente, han en cambio acogido una interpretación amplia e inclusiva de este término, permitiendo el uso del §1782(a) con respecto de arbitrajes. La Corte Suprema podría tener pronto una nueva oportunidad de pronunciarse sobre el particular y así lograr zanjar una controversia de criterios jurisprudenciales que tiene ya más de veinte años.

<sup>5</sup> Ver entre otros *In re Bayer*, 146 F.3d p. 193, *Application of Esses*, 101 F.3d 873 (2d Cir. 1996).

<sup>6</sup> 542 U.S. 241, 249 (2004).

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> Hoy en día no es debatido que el §1782 aplique a arbitrajes internacionales de inversión (también conocidos como “treaty-based”, “public arbitration” o “investor-state arbitration”), por lo que en esta nota no nos referiremos a éstos. Esta nota se limita al tratamiento de una solicitud bajo §1782 en el marco de un arbitraje comercial, conocido también como arbitraje institucional, privado o contractual, ya sea entre partes privadas o entre un privado y un Estado actuando como un ente privado, por lo que cada vez que hagamos referencia a un arbitraje, debe entenderse que nos referimos a uno de esta última clase.

<sup>9</sup> 939 F.3d 710 (6th Cir. 2019).

<sup>10</sup> 2020 WL 1501954 (4th Cir. 30 de marzo de 2020).

a. “Tribunal Extranjero o Internacional” Hasta *Intel*.

En 1999, el Segundo Circuito<sup>11</sup> resolvió la apelación de una solicitud efectuada bajo el §1782(a) (concedida en primera instancia) para obtener información a ser usada en un arbitraje en México, auspiciado por la Cámara Internacional de Comercio. En esta decisión, conocida como *Nat'l Broadcasting Co. v. Bear Stearns & Co.*<sup>12</sup> (*National Broadcasting*), el Segundo Circuito indicó que la historia legislativa de la norma en cuestión dejaba claro que la misma se entendía destinada a cubrir tribunales arbitrales gubernamentales o intergubernamentales, así como cortes convencionales y otros cuerpos adjudicadores del Estado, y que el silencio respecto de tribunales privados era relevante ya que, de pretenderse abarcados por el §1782(a), el Congreso los habría mencionado expresamente<sup>13</sup>. Con base en ese razonamiento, la corte concluyó que “no fue la intención del Congreso que el estatuto aplicase a un tribunal arbitral establecido por partes privadas”<sup>14</sup>.

Posteriormente el mismo año, en *Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int'l*<sup>15</sup> (*Kazakhstan*), el Quinto Circuito, al resolver la apelación respecto de una solicitud de asistencia para un arbitraje llevado a cabo ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, siguió el razonamiento de *National Broadcasting* para indicar que el §1782(a) no aplicaba a arbitrajes internacionales. Señaló la corte que el término “tribunal” es impreciso y requiere ser interpretado de forma consistente con el propósito del Estatuto y que “no existe evidencia que el Congreso contempló extender el §1782(a) a la entonces novedosa área de arbitraje comercial internacional”<sup>16</sup>.

A pesar de esto, el Quinto Circuito citó en un pie de página al profesor Hans Smit, quien fue líder del grupo de la Universidad de Columbia que apoyó al Comité sobre Reglas Internacionales de Procesos Judiciales<sup>17</sup> que trabajó en la enmienda del Estatuto en 1964. Smit indicó en diversos artículos doctrinarios que los arbitrajes comerciales se encontraban abarcados por la referencia a “tribunal” hecha en el Estatuto. Eso, sin embargo, no fue suficiente para que la corte de apelaciones arribase a la misma conclusión.

<sup>11</sup> Cuando mencionamos un “circuito”, nos referimos a la corte federal de apelaciones de dicha circunscripción judicial.

<sup>12</sup> 165 F.3d 184, 185 (2d Cir. 1999).

<sup>13</sup> “legislative history reveals that when Congress in 1964 enacted the modern version of § 1782, it intended to cover governmental or intergovernmental arbitral tribunals and conventional courts and other state-sponsored adjudicatory bodies. The legislative history's silence with respect to private tribunals is especially telling because we are confident that a significant congressional expansion of American judicial assistance to international arbitral panels created exclusively by private parties would not have been lightly undertaken by Congress without at least a mention of this legislative intention.” *Nat'l Broad. Co. v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184, 190 (2d Cir. 1999).

<sup>14</sup> *Nat'l Broad. Co. v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184, 191 (2d Cir. 1999).

<sup>15</sup> 168 F.3d 880, 881 (5th Cir. 1999). En este caso, Kazakstán solicitó a la corte de distrito que requiriese la deposición y presentación de documentos por parte de un individuo que no era parte del procedimiento que se estaba llevando a cabo ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

<sup>16</sup> “There is no contemporaneous evidence that Congress contemplated extending § 1782 to the then-novel arena of international commercial arbitration.” *Republic of Kazakhstan*, 168 F.3d p. 882.

<sup>17</sup> El nombre original en inglés es “U.S. Commission and Advisory Committee on International Rules of Judicial Procedure.”

*Kazakhstan* también se refirió a los riesgos que pudieran derivarse de permitir esta clase de asistencia en un proceso arbitral y, más concretamente, a la posibilidad de que el arbitraje se viese desvirtuado de su naturaleza rápida, económica y efectiva en caso de permitirse que los árbitros o las partes busquen asistencia judicial por medios auxiliares como lo sería el §1782(a). Temió la corte que, de sucumbir las partes a discusiones sobre complicadas solicitudes de información, podrían quedar destruidas las principales ventajas del arbitraje.

La conclusión del Segundo y Quinto Circuitos no ha quedado sin crítica. Se ha señalado que la frase “tribunal internacional o extranjero” es clara y que el término “tribunal” incluye a los tribunales arbitrales, privados o no<sup>18</sup>.

Cinco años después, en 2004, llegó la decisión *Intel* donde la Corte Suprema apoyó una interpretación amplia del concepto “tribunal internacional”, la cual fue entendida por algunos como incluyente del arbitraje. Esta referencia en *Intel* ha sido usada eventualmente para indicar que *National Broadcast* y *Kazakhstan* ya no son precedentes válidos aunque, como veremos, la controversia permanece abierta.

*Intel* involucró una denuncia presentada por Advanced Micro Devices, Inc. (“AMD”) contra Intel Corp. ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. A pesar de la naturaleza administrativa del órgano y de sus actuaciones, la Corte Suprema, al revisar la decisión de la Corte de Apelaciones respecto de la solicitud bajo §1782(a) presentada por AMD, indicó que “el estatuto autoriza, aunque no requiere, que las cortes federales de distrito provean asistencia a un reclamante en un procedimiento ante la Comisión Europea que lleve a una decisión de fondo, i.e. una acción administrativa como consecuencia de la denuncia y revisable en corte”. Considerando que la única oportunidad para recabar pruebas sería durante la fase de investigación de la Comisión, la cual, además, tenía la potestad de tomar una decisión, concluyó la Corte Suprema que “la Comisión es un ‘tribunal’ de conformidad con el estatuto [ya que] actúa como órgano decisor de primera instancia”.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema acudió al reporte del Senado emitido en 1964 cuando se enmendó el Estatuto y se sustituyó la frase “en cualquier procedimiento judicial pendiente en cualquier corte en un país extranjero” por la frase “en un procedimiento en un tribunal internacional o extranjero”. El Senado indicó en dicho reporte que se incorporó la palabra “tribunal” para asegurar que la “asistencia no fuese restringida a procedimientos ante cortes convencionales” y que se extendiese a “procedimientos administrativos y quasi-jurisdiccionales”<sup>19</sup>. El reporte del Senado no refirió al arbitraje en específico, y la idea de que *Intel* soporta la aplicación del §1782(a) al mismo se deriva de otros dos elementos.

<sup>18</sup> Ver Arthur W. Rovine “Section 1782 and International Arbitral Tribunals: Some Key Considerations in Key Cases”. American Review of International Arbitration 2012.

<sup>19</sup> Ver S.Rep. No. 1580, 88th Cong., 2d Sess., 7 (1964), U.S.Code Cong. & Admin.News7 (1964), U.S.Code Cong. & Admin. News 1964, pp. 3782, 3788; ver H.R.Rep. No. 1052, 88th Cong., 1st Sess., 9 (1963) citado en *Intel Corp.*, 542 U.S. p. 249.

El primero, que la Corte Suprema definió “tribunal” partiendo de sus características. Si un órgano es capaz de tomar una decisión que vinculará a las partes, ese órgano debe ser entendido como un tribunal a los efectos del §1782(a). Con base en esto debería concluirse que un panel arbitral sería un tribunal, al igual que lo es una comisión administrativa. El segundo, es que la Corte Suprema citó un artículo de 1965 de Hans Smit<sup>20</sup>, en el cual se indicó que “el término tribunal reúne a todos los cuerpos con poderes de adjudicación y pretende incluir no sólo cortes civiles, criminales y administrativas (compuestas por un juez único o por un panel de jueces) pero también árbitros y tribunales arbitrales”<sup>21</sup>.

Smit, por su parte, había señalado aún antes de la decisión *Intel* que esperaba “que la Corte Suprema enc[ontrase] apropiado rechazar el por ahora unánime pero claramente incorrecto criterio de las dos cortes de apelaciones respecto de la no aplicación de la Sección 1782(a) a tribunales arbitrales privados”<sup>22</sup>.

b. “Tribunal Extranjero o Internacional” Post *Intel*.

Entre 2004 y 2019 fueron muchas las decisiones de cortes inferiores que interpretaron “tribunal internacional o extranjero” en sentidos opuestos, a efectos de su aplicación al arbitraje<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Hans Smit indicó públicamente varias veces que si alguien quería saber la historia legislativa de §1782 debían preguntarle a él pues él lo escribió y siempre fue su intención que el estatuto aplicase a arbitrajes. Ver Arthur W. Rovine “Section 1782 and International Arbitral Tribunals: Some Key Considerations in Key Cases”. *American Review of International Arbitration* 2012.

<sup>21</sup> “The term tribunal encompasses all bodies that have adjudicatory power, and is intended to include not only civil, criminal, and administrative courts (whether sitting as a panel or composed of a single judge), but also arbitral tribunals or single arbitrators. International tribunals are specifically named in order that in these times of increasing adjudication on the international level an international adjudicatory body should be granted the same assistance as tribunals of individual countries.” Hans Smit, “International Litigation Under the United States Code”, 65 *Colum. L. Rev.* 1015, 1021 (1965).

<sup>22</sup> Ver Hans Smit “The Supreme Court Rules on the Proper Interpretation of Section 1782: Its Potential Significance for International Arbitration” 14 *American Review of International Arbitration* (2003), citado también por Arthur Rovine.

<sup>23</sup> Descartando la posición de Smit se pronunció la corte de primera instancia del Distrito Sur de Texas en su decisión *La Comision Ejecutiva Hidroeléctrica Del Rio Lempa v. El Paso Corp.* 617 F. Supp. 2d 481, 486 (S.D. Tex. 2008), *aff'd* sub nom. *El Paso Corp. v. La Comision Ejecutiva Hidroelectrica Del Rio Lempa*, 341 F. App'x 31 (5th Cir. 2009) al indicar “[E]sta es la trampa para el viajero distraído. Ya que, entre estar de acuerdo con el reporte del Congreso que indica que §1782 aplica a agencias administrativas y quasi-jurisdiccionales, Smit, no el Congreso, y no la Corte Suprema opinó que §1782 también aplicaba a tribunales arbitrales. La Corte Suprema no indicó que estuviese de acuerdo con Smit en este asunto (...) Smit no habla por la Corte Suprema”.

Ver también *In re Arbitration between Norfolk S. Corp., Norfolk S. Ry. Co., & Gen. Sec. Ins. Co. & Ace Bermuda Ltd.*, 626 F. Supp. 2d 882, 885 (N.D. Ill. 2009) donde se indicó que “aunque el tribunal arbitral privado en consideración probablemente puede ser identificado como ‘un cuerpo que ejerce poderes de adjudicación’ el lenguaje de la Corte en *Intel* no apoya una definición tan amplia de ‘tribunal’. En consecuencia, interpreto que la referencia de la Corte *Intel* a ‘tribunales arbitrales’ incluye cuerpos arbitrales promocionados por un estado pero excluye arbitrajes meramente privados”; *In re Dubey*, 949 F. Supp. 2d 990, 993–94 (C.D. Cal. 2013) donde se indicó que “Luego de revisar *Intel* y los casos relevantes, la Corte encuentra que arbitrajes privados no encuadran en la definición de ‘tribunal extranjero o internacional’ bajo §1782. Primero, la Corte sigue las decisiones de las cortes de distrito que concluyen que *Intel* no pretendió expandir el significado de ‘tribunal extranjero o internacional’ para incluir arbitrajes privados. La corte *Intel* nunca determinó este asunto y más bien enfocó su discusión en determinar si un ‘tribunal’ incluye ‘agencias quasi-jurisdiccionales’ tales como la Comisión

Recientemente, el 25 de febrero de 2019, la corte de primera instancia del Distrito Sur de Nueva York resolvió una solicitud de asistencia bajo el §1782(a) para ser usada en un proceso ante la China International Economic and Trade Arbitration Commission (“CIETAC”). La CIETAC, aunque establecida originalmente por el gobierno chino era, al momento de dictarse la decisión, una institución privada de arbitraje<sup>24</sup>. La corte aplicó *National Broadcasting* para concluir que el CIETAC no calificaba como tribunal internacional a efectos del §1782(a) e indicó expresamente que el argumento del solicitante según el cual el precedente a seguir sería *Intel*, no era convincente ya que *Intel* se refirió al arbitraje solo al mencionar una fuente secundaria que incluyó arbitraje en la definición de tribunal (el artículo de Smit) lo cual bastaría para revertir *National Broadcasting*, también del Segundo Circuito<sup>25</sup>.

Esta decisión fue apelada y mediante sentencia del 8 de julio de 2020, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito reafirmó la decisión de la corte de primera instancia del Distrito Sur de Nueva York. En su razonamiento, el Segundo Circuito indicó que el criterio de *National Broadcasting* “sigue siendo vinculante en este Circuito”<sup>26</sup>. Apuntó además la Corte de Apelaciones, que *Intel* no revirtió o anuló el criterio de *National Broadcasting* ya que la pregunta sobre si un panel arbitral califica como tribunal a efectos de §1782(a) no fue analizada por la Corte Suprema en dicho caso.

El Segundo Circuito, sin embargo, no olvidó mencionar las decisiones del Sexto y Cuarto Circuitos en los casos indicados abajo y que como veremos soportan la presentación de una solicitud bajo §1782(a) para uso en un arbitraje. A estos efectos, señaló la Corte de Apelaciones que si bien estas decisiones concluyen en la extensión de esta herramienta al arbitraje, las mismas no indican que *Intel* haya socavado el criterio de *National Broadcasting* o que se requiera una lectura del Estatuto que incluya al arbitraje.

Europea”. Ver en sentido opuesto *In re Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A.*, 685 F.3d 987 (11th Cir. 2012) donde el Onceavo Circuito en una opinión ahora anulada indicó que los arbitrajes privados calificaban para solicitudes de información usando el Estatuto; *In re Ex Parte Application of Kleimar N.V.*, 220 F. Supp. 3d 517, 521 (S.D.N.Y. 2016) donde la corte de primera instancia del Distrito Sur de Nueva York indicó que la Asociación de Arbitraje Marítimo de Londres califica como tribunal a efectos de §1782.

<sup>24</sup> Ver *In re Application of Hanwei Guo for an Order to Take Discovery for Use in a Foreign Proceeding Pursuant to 28 U.S.C. §1782*, 2019 WL 917076, p.\*1 (S.D.N.Y. 25 de febrero de 2019).

<sup>25</sup> A pesar de esto, indica la corte en *Guo*, que varias cortes del mismo Segundo Circuito han rechazado aplicar el criterio de *National Broadcasting* en favor del criterio *Intel*. Ver *In re Children’s Inv. Fund Found. (UK)*, 2019 WL 400626, p. \*5 (S.D.N.Y. 30 de enero de 2019); o *In re Kleimar N.V.*, 220 F. Supp. 3d 517, 521-22 (S.D.N.Y. 2016).

<sup>26</sup> “We now clarify that NBC remains binding law in this Circuit” *In Re: Application and petition of Hanwei Guo for an order to take Discovery for Use in a Foreign Proceeding Pursuant to 28 U.S.C. 1782*. No. 19-781 (2nd Cir, 8 de julio de 2020).

Por su parte, la corte federal de primera instancia de Delaware, el 17 de marzo de 2020, en el caso *In re EWE Gasspeicher GmbH*<sup>27</sup>, decidió una solicitud de anulación de una orden emitida *ex parte* en la cual, en aplicación del Estatuto, se requirió a Halliburton Company proveer información para uso en un arbitraje en Alemania. En este caso, indicó la corte que dado que la solicitud de asistencia era para uso en un arbitraje y no en un procedimiento judicial o quasi-jurisdiccional, el razonamiento de *Intel* no era aplicable ya que “un arbitraje comercial privado no es un ‘tribunal’ dentro del significado que de este provee §1782”<sup>28</sup>. El 24 de abril de 2020 se apeló esta decisión ante la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito.

Sin embargo, antes de esta decisión, el 19 de septiembre de 2019, en el caso *FedEx*, cuando una parte presentó una moción basada en el §1782(a) a fin de obtener documentos y testimonio de FedEx Corp.<sup>29</sup>, la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito “conclu(yó) que dicha provisión permite recabar pruebas para uso en arbitrajes comerciales privados”<sup>30</sup>. Luego de un largo análisis del término “tribunal”, la Corte indicó que “[A]quí, el texto, contexto y estructura del §1782(a) no proveen razón para dudar que la palabra ‘tribunal’ incluye paneles privados de arbitraje comercial establecidos contractualmente y con autoridad para emitir decisiones vinculantes para las partes”<sup>31</sup>. Lo interesante de este caso es que ambas partes usaron el criterio *Intel* en soporte de sus posiciones -contrarias-, tema que la corte resaltó antes de proceder a un análisis detallado de dicha decisión e indicar que ésta, lejos de arrojar una duda sobre su conclusión, es la que determinó que “§1782(a) provee asistencia para recabar pruebas en procesos no judiciales”<sup>32</sup>.

La Corte de Apelaciones del Sexto Circuito en *FedEx* también reconoció que su decisión desafiaba a *National Broadcasting* y *Kazakhstan* e indicó que el Segundo y Quinto Circuitos no debieron acudir a la historia legislativa del §1782(a) tan temprano en su proceso interpretativo ya que el uso común de la palabra “tribunal” no solo permitía concluir que los tribunales arbitrajes están incluidos sino que ésta también es la lectura más apropiada de la

<sup>27</sup> 2020 WL 1272612 (D. Del. 17 de marzo de 2020).

<sup>28</sup> “Therefore, I find that a private commercial arbitration is not a ‘tribunal’ within the meaning of § 1782.” Id. p. \*3.

<sup>29</sup> Estos documentos habrían de ser usados en dos procedimientos arbitrales pendientes contra FedEx International Incorporated, subsidiaria de FedEx Corp., uno en Dubai y el otro en Arabia Saudita.

<sup>30</sup> “Upon careful consideration of the statutory text, the meaning of that text based on common definitions and usage of the language at issue, as well as the statutory context and history of § 1782(a), we hold that this provision permits discovery for use in the private commercial arbitration at issue. Accordingly, we REVERSE the district court’s denial of ALJ’s application and REMAND for the district court to determine, in the first instance, whether the application should be granted under four discretionary factors the Supreme Court outlined in *Intel* to guide that determination.” *In re Application to Obtain Discovery for Use in Foreign Proceedings*, 939 F.3d 710, 714 (6th Cir. 2019).

<sup>31</sup> Ver *In re Application to Obtain Discovery for Use in Foreign Proceedings*, 939 F.3d 710, 723 (6th Cir. 2019).

<sup>32</sup> Vale resaltar que la representación de FedEx no niega que §1782 pueda ser usado para ayuda en un arbitraje, pero lo limita a arbitrajes de inversión sin extenderlo a arbitrajes privados. Indica, además, que el segundo factor en el análisis discrecional que deben realizar las cortes para determinar si conceden o no una medida §1782 refiere precisamente a la naturaleza del tribunal y a la receptividad del “gobierno extranjero, de la corte o de la agencia ... a la ayuda de una corte federal americana” lo que puede entenderse excluye arbitrajes privados que no guardan relación con un gobierno, agencia o corte extranjera. Ante esto, la corte indica que éste es solo un factor a considerar para tomar su decisión y que este factor es analizado luego de determinar que el procedimiento se encuentra ante un “tribunal” por lo que no altera la definición amplia que hace del mismo.



palabra en el contexto, por tanto, la consulta de fuentes adicionales (como la historia legislativa de la norma) no habría sido apropiada. Esto se encuentra alineado con la crítica doctrinal del profesor Smit, a la que referimos arriba.

A todo evento, indicó el Quinto Circuito en *FedEx* que, de haber sido apropiada tal lectura de la palabra “tribunal”, la misma sin embargo no excluiría paneles arbitrales ya que, lo que se deriva del análisis de la voluntad del legislador es la intención de expandir el uso del §1782(a) más allá de los procesos judiciales tradicionales, lo que no puede entenderse como excluyente del arbitraje.

El criterio *FedEx* fue usado por la corte de primera instancia del Distrito Norte de California cuando, el 25 de febrero de 2020, al decidir el caso *HRC-Hainan Holding Co., LLC v. Yihan Hu*<sup>33</sup> (“HRC”) referente también a un arbitraje ante la CIETAC, esta corte analizó tanto esa decisión como *National Broadcasting* para concluir que el criterio establecido en *FedEx* era el aplicable y, por lo tanto, que la solicitud presentada bajo el §1782(a) debía ser concedida.

Indicó la corte, por una parte, al igual que el Sexto Circuito, que la historia legislativa de la norma no sugiere que el Congreso haya querido excluir al arbitraje de la aplicación del §1782(a). Por la otra parte, indicó que el §1782(a) meramente permite a la corte autorizar que cierta información sea recabada en Estados Unidos pero no requiere al tribunal extranjero aceptar esta evidencia, el cual puede simplemente rechazarla en caso que la misma afecte profundamente la eficiencia del proceso.

La apelación de esta decisión fue presentada ante el Noveno Circuito el 4 de marzo de 2020. Esperamos así que pronto en Noveno Circuito se incorpore a la batalla de interpretaciones respecto de la aplicación del §1782(a) al arbitraje.

Finalmente, el 30 de marzo de 2020, el Cuarto Circuito se sumó a la diatriba (o confusión) de criterios, con su decisión en el caso *Servotronics*. En ésta, se determinó que una parte en un arbitraje en Reino Unido podía, bajo el §1782(a), obtener testimonio de residentes en Carolina del Sur para uso en un proceso arbitral. La disputa de fondo en este caso se refiere a que Servotronics vendió a Rolls-Royce PLC una válvula que ésta instaló en un motor de avión que, a su vez, vendió a The Boeing Company. El motor se incendió en una prueba, dañando el avión de Boeing, quien demandó a Rolls-Royce. Luego de llegar estas dos partes a un acuerdo, Rolls-Royce pidió a Servotronic que le indemnizase, alegando que la falla en el motor se debió a la válvula proveída por ellos. Servotronic se negó a llegar a un acuerdo con Rolls-Royce y ésta dio inicio a un proceso arbitral en Reino Unido, en aplicación de la cláusula arbitral del contrato entre las partes, bajo las reglas del CIArb.

<sup>33</sup> No. 19-MC-80277-TSH, 2020 WL 906719 (N.D. Cal. Feb. 25, 2020).

Servotronics, en aplicación del §1782(a), solicitó a una corte en Carolina del Sur, que requiriese a tres empleados de Boeing prestar testimonio a ser usado en el arbitraje. La corte de distrito negó la solicitud, indicando que un arbitraje privado no calificaba como “tribunal” a efectos del §1782(a). La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito reversó esta decisión.

En sus argumentos en apelación, Boeing y Rolls-Royce indicaron que el término “tribunal” se refería únicamente a una entidad que ejerce autoridad conferida por el Estado, lo que no aplica a un panel arbitral que deriva su autoridad del acuerdo de las partes. Adicionalmente, señalaron que permitir el uso del §1782(a) en un arbitraje privado generaría altísimos costos y retrasos y permitiría a las partes obtener mucha más información de la que tradicionalmente se puede obtener bajo las reglas tradicionales de arbitraje.

El Cuarto Circuito analizó la ley de regulación del arbitraje en Reino Unido, comparándola con la Ley Federal de Arbitraje estadounidense y concluyó que, al existir en ambos casos (pero, señala, aún más en el caso de Reino Unido) regulación detallada y supervisión de los árbitros por las cortes (refiriéndose a la posibilidad de que una decisión arbitral sea anulada) no podría entenderse que la autoridad de los árbitros no fuese, en última instancia y de alguna manera, conferida por el Estado. Con base en esto, indicó el Cuarto Circuito que, aún en la interpretación más restringida de “tribunal internacional o extranjero” usada por *National Broadcasting y Kazakhstan* “concluiríamos que el panel arbitral en Reino Unido encargado de resolver la disputa entre Servotronics y Rolls-Royce se adapta a dicha definición”.

Respecto del segundo argumento de Boeing y Rolls-Royce, el Cuarto Circuito indicó que el §1782(a), contrario a lo tradicionalmente señalado, ni siquiera incluye el término “discovery”, y simplemente autoriza a la corte de circuito a actuar como subrogada (delegada) del tribunal extranjero y, en tal calidad, requerir testimonio o documentos. Esto, además, sólo sucedería de cumplirse con los cuatro filtros o factores discrecionales señalados en *Intel*. Finalmente, señaló la corte, que si bien el §1782(a) expande el área geográfica en la que un panel arbitral ejerce su autoridad, esto es el resultado de una decisión expresa del Congreso y que las eventuales cargas que puedan resultar de esto, pueden y deben ser manejadas por las cortes de primera instancia, en el marco de discrecionalidad que les confiere el §1782(a).

Rolls-Royce tenía en principio hasta el 28 de junio de 2020 para presentar solicitud de revisión (*certiorari*) ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Veremos si la Corte Suprema decide tomar el caso y resolver la contradicción de criterios existente entre, por una parte, el Segundo Circuito (*National Broadcasting* y más recientemente *Guo*), y el Quinto Circuito (*Kazakhstan*) que se inclinan hacia una interpretación restrictiva del término “tribunal” y por tanto de la aplicación del §1782(a) a procedimientos arbitrales privados y, por otra parte, el Cuarto Circuito (*Servotronics*) y el Sexto Circuito (*FedEx*) que al contrario se inclinan por una interpretación amplia. Esto, además de las apelaciones pendientes en el Tercer Circuito (*EWE*) y el Noveno Circuito (*HRC*).

La eventual decisión de la Corte Suprema en este asunto deberá balancear dos elementos a nuestro entender delicados. Por una parte, la naturaleza del arbitraje como método de resolución de conflictos con una base consensual, que en principio se entiende confidencial, eficaz y menos costoso. Esto podría, razonablemente, excluir la aplicación -sorpresiva, en muchos casos- de normas de una jurisdicción distinta a la escogida para la conducción del arbitraje y la posibilidad de una fase de pruebas amplia, larga y costosa, que se asimile al tedioso *discovery* propio de litigios judiciales en Estados Unidos.

Por otra parte, la voluntad del legislador estadounidense que, tal y como ha sido indicado en las decisiones recientes y como parece haber asomado ya la Corte Suprema en *Intel*, habría tenido la intención de aplicar el §1782(a) a arbitrajes de cualquier naturaleza. Puede argumentarse con seriedad, además, que el apoyo judicial es beneficioso para el arbitraje y que la naturaleza del arbitraje, al menos cuando es internacional, no lo limite a las leyes de una sola jurisdicción para todo propósito y efecto.

Respecto del primer elemento debemos resaltar que, al decidir las partes someter sus eventuales disputas a un arbitraje, éstas, al igual que determinan el órgano arbitral, número de árbitros y otros elementos del eventual procedimiento, podrían también acordar excluir expresamente la posibilidad de recurrir al §1782(a). Eso, en teoría, debería ser honrado por la corte ante la cual se haga una petición<sup>34</sup>.

Creemos que una decisión en la cual se resalte el verdadero alcance del §1782(a), explicando que su aplicación a un arbitraje no abriría la caja de pandora del conocido *discovery*; y en la que además se reafirme la necesidad de cumplir con los cuatro factores de *Intel*, entendidos como un filtro para una solicitud bajo el §1782(a), podría llevar al mantenimiento de la norma y su aplicación en o para arbitrajes de la forma en que el legislador parece haberla deseado y simultáneamente al apaciguamiento de los temores respecto de la potencial americanización del arbitraje en otras jurisdicciones.

En todo caso, si una conclusión debemos sacar de esta no finalizada controversia de criterios, es que las cortes estadounidenses continúan reconociendo y apoyando al arbitraje. Si bien algunos creen -no totalmente carentes de fundamento- que una aplicación indiscriminada del §1782(a) podría desnaturalizar el arbitraje, también es cierto que un tradicional obstáculo para que los árbitros ejerzan su labor a plenitud es lo relacionado con sus limitados poderes coercitivos respecto de la recopilación de pruebas ante la reticencia de las partes. No debemos olvidar lo señalado por la corte de primera instancia del Distrito Norte de California en el caso *HRC*, cuando acertadamente indicó que “aunque el valor de los tribunales arbitrales

<sup>34</sup> Ver Pedro J. Martinez-Fraga, *The Future Of 28 U.S.C. § 1782: The Continued Advance of American-style Discovery in International Commercial Arbitration*, 64 U. Miami L. Rev. 89 (2009) quien indica, además, que existe la posibilidad que una corte de distrito pueda encontrar que una solicitud bajo §1782 es convincente a pesar de que las partes hayan excluido esta posibilidad en su cláusula arbitral por lo que, aunque recomendable, acordar en esta exclusión no necesariamente implica que una solicitud de esta naturaleza no sea presentada y recibida.

proviene de su eficiencia y su bajo costo, también viene de su habilidad resolver disputas con base en la evidencia y si el §1782(a) puede, de vez en cuando, ayudar a esos tribunales a obtener la evidencia que necesitan para alcanzar una decisión mejor informada entonces [el Estatuto] ciertamente contribuye con el propósito de tales procesos”.