

La asistencia judicial en el arbitraje comercial internacional en EE UU ¿una nueva oportunidad?*

Ana Isabel BLANCO GARCÍA** y
María Aránzazu GANDÍA SELLENS***

Sumario: I. Introducción. II. Asistencia judicial en EE UU: evolución de la sección 1782 del Código estadounidense. III. Análisis jurisprudencial. 1. Era Pre-*Intel*. 2. *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.* 3. Era Post-*Intel*. IV. Sentencia *in re Consorcio Ecuatoriano*. 1. Bases fácticas de la decisión. 2. Respuesta jurídica a la situación planteada. V. Valoración.

RESUMEN: La asistencia judicial en el arbitraje comercial internacional EE UU ¿una nueva oportunidad?

El largo debate abierto en torno a la cuestión de si la Sección 1782 del Título 28 del *United States Code* – que regula el auxilio judicial en procesos internacionales – incluye a los órganos arbitrales dentro de su ámbito de aplicación, ha dado un paso firme en pro del arbitraje en estos últimos tiempos, aunque no sin dificultades. En 2004, la sentencia dictada en el caso *Intel* marcó el inicio de una nueva era tras interpretar el Tribunal Supremo americano de forma extensiva la Sección 1782, facilitando su aplicación a los arbitrajes foráneos. Sin embargo, y a pesar de sentar las bases para la determinación de qué se debe considerar un “proceso en un tribunal extranjero o internacional”, no supuso la homogeneidad en cuanto a la inclusión de los órganos arbitrales en el ámbito de aplicación de la Sección 1782, dictándose *a posteriori* por diversos tribunales de Circuito varias sentencias de contradictorio contenido. Esta situación parece ahora haber llegado a un punto de inflexión. La reciente sentencia *In re Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones*, de 25 de junio de 2012, ha implicado la consolidación de lo estipulado en el caso *Intel* por el Tribunal Supremo norteamericano, adoptándose esa interpretación amplia de la previsión legal y admitiendo, expresamente, la asistencia judicial a un arbitraje internacional en materia probatoria.

* Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC/DER2010–17126: “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI”.

** Becaria MICINN FPI Departamento de Derecho administrativo y procesal.

*** Becaria MEC FPU Departamento de Derecho internacional “Adolfo Míaja de la Muela”, Universitat de València.

PALABRAS CLAVE: 28 U.S.C. § 1782 – ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – ARBITRAJE – PRUEBA – TRIBUNAL EXTRANJERO.

ABSTRACT: *Judicial Assistance in International Commercial Arbitration in the U.S. A New Opportunity?*

*The long lasting debate related to the question of whether the Section 1782 of Title 28 of the United States Code – which regulates judicial assistance in international processes– includes arbitral bodies within its scope, has taken a firm step towards in favor of arbitration in these latter times, albeit not without challenges. In 2004, the ruling of the Intel case marked the beginning of a new era after the U.S. Supreme Court interpreted extensively Section 1782, by facilitating its application to foreign arbitrations. However, despite the consolidation of the basis for determining what should be considered as a “process in a foreign or international court”, it didn’t manage to establish the sufficient homogeneity with regard to the inclusion of arbitral bodies in the scope of Section 1782, by pronouncing a posteriori contradictory rulings by different Circuit Tribunals. This situation now seems to have reached a tipping point. The recent decision of *In re Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones*, of June 25th, has supposed the consolidation of several criteria established within the Intel case settled by the United States Supreme Court, thus accepting the broader interpretation of the legal provision and granting, in an express manner, judicial assistance for international arbitration regarding evidentiary matters.*

KEY WORDS: 28 U.S.C. § 1782 – INTERNATIONAL JUDICIAL ASSISTANCE – ARBITRATION – EVIDENCE – FOREIGN TRIBUNAL.

I. Introducción

El enorme crecimiento y desarrollo de nuevas formas de comercio internacional trae como una de sus principales consecuencias el surgimiento de numerosos conflictos que requieren ser resueltos de una manera rápida y eficaz, algo que no siempre los tribunales estatales aseguran¹. Los mecanismos ADR, entre los que destaca el arbitraje, se presentan así como un medio de resolución de conflictos adecuado a las nuevas necesidades que tanto caracterizan a nuestra sociedad tec-

¹ O. Chukwumerije, “International Judicial Assistance: Revitalizing Section 1782”, *The George Washington Int’l L. Rev.*, n° 37, 2005, pp. 649–650. Como señala P.J. Martínez-Fraga, “[e]l arbitraje internacional es necesario y continuará siéndolo para dicha función [la función de la resolución de controversias internacionales] hasta la fecha en que se creen tribunales transnacionales de procedimientos civiles”. *Vid.* P.J. Martínez-Fraga, “Adán, ¿no te apetece dar un segundo mordisco a la manzana? Revisando la necesidad de uniformizar la aplicación del principio de cosa juzgada (res judicata) en el arbitraje comercial y de inversiones”, *Arbitraje*, vol. 5, n° 2, 2012, p. 408. También resulta interesante, tal como apunta el mencionado autor, valorar la conveniencia de la disminución del papel del Estado en la administración de justicia, *vid.* P.J. Martínez-Fraga, “Globalization and Developments in the Apportionment of Jurisdiction between Arbitrators and Courts Concerning International Commercial Arbitration”, *Arbitraje*, vol. 2, n° 1, 2009, p. 163.

nológica y de consumo. En el ámbito de la actividad comercial internacional, el arbitraje adquiere un protagonismo especial y se presenta como una alternativa a la lenta vía judicial. Un mecanismo extremadamente flexible en el que las partes son libres para diseñar el procedimiento arbitral. Sin embargo, en no pocas ocasiones, para lograr una óptima resolución del litigio, el acceso a documentos o testimonios localizados fuera de la jurisdicción del árbitro o del juez que está conociendo del caso concreto, implica la imperiosa necesidad de que exista una cooperación judicial para la obtención de dichas pruebas.

Los EE UU, plenamente conscientes de la gran importancia que pueden adquirir las pruebas en la correcta resolución de un caso, han desempeñado un papel fundamental en la asistencia judicial a otros tribunales mediante la Sección 1782 del Título 28 (en adelante, la Sección 1782) del *United States Code*² (en adelante, Código estadounidense), cuyo tenor es el que sigue:

“28 USC 1782 - *Asistencia a los tribunales extranjeros e internacionales y a los litigantes ante dichos tribunales.*

(a) El Tribunal de Distrito del distrito en el que una persona reside o se encuentra puede ordenarle que preste su testimonio o declaración o que presente o reproduzca un documento u otra cosa para su uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional, incluidas las investigaciones penales llevadas a cabo antes de la acusación formal. La orden puede dictarse de conformidad con un exhorto o carta rogatoria, o a solicitud de un tribunal extranjero o internacional o a petición de cualquier persona interesada y se podrá ordenar que se preste el testimonio o declaración, o que se presente el documento u otra cosa, ante una persona nombrada por el tribunal. En virtud de su nombramiento, la persona designada tiene la facultad de administrar cualquier juramento pertinente y tomar testimonio o declaración. La orden puede prescribir la práctica y el procedimiento, que podrá ser en su totalidad o parcialmente proveniente de las prácticas y procedimientos del país extranjero o del tribunal internacional, para tomar el testimonio o la declaración o presentar el documento u otra cosa. En la medida en que la orden no establezca lo contrario, el testimonio o declaración se tomarán, y el documento u otra cosa producidas, de conformidad con las Reglas Federales de Procedimiento Civil.

Una persona no podrá ser obligada a prestar testimonio o declaración o a producir un documento u otra cosa en violación de cualquier privilegio legalmente aplicable.

(b) Este capítulo no impide que una persona en los Estados Unidos de manera voluntaria preste su testimonio o declaración, o produzca un documento u otra cosa, para

² 28 USC § 1782. Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals. (June 25, 1948, ch. 646, 62 Stat. 949; May 24, 1949, ch. 139, § 93, 63 Stat. 103; Pub. L. 88-619, § 9(a), Oct. 3, 1964, 78 Stat. 997; Pub. N. 104-106, div. A, title XIII, § 1342(b), Feb. 10, 1996, 110 Stat. 486).

su uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional ante cualquier persona y de cualquier manera aceptable para la misma”³.

Pero aunque el Código estadounidense date de 1948, para la primera referencia legal a la cooperación judicial internacional debemos remontarnos a 1855⁴, lo que significa que esta versión de la Sección 1782 es el resultado de un proceso de casi 150 años. Una larga historia que corrobora el interés de dicho país en esta temática y la plena conciencia de su relevancia. Pero no hablamos sólo de historia, sino también de esfuerzo; un esfuerzo realizado por los congresistas que a lo largo de dicho periodo han ido dándole forma y adaptándola a las nuevas realidades. Todo este proceso ha concluido con la versión vigente de la Sección 1782, que se ha convertido en la herramienta legal más importante con la que cuentan los tribunales extranjeros y los litigantes para recabar pruebas en EE UU. Un instrumento que se aproxima por algunos como una de las siete grandes contribuciones de EE UU al desarrollo procesal del Derecho internacional privado (DIPr), en concreto “las metodologías para obtener documentos y declaraciones juradas en los Estados Unidos a los fines de asistir a tribunales extranjeros”⁵.

Al amparo de esta regla, en caso de que alguna de las partes no cumpla con su obligación de aportar las pruebas, es decir, no esté dispuesta a proporcionar los documentos necesarios o a otorgar el testimonio requerido, se hará necesario el recurso a la justicia ordinaria. En otras palabras, la regla general de este precepto legal es que la solicitud de asistencia internacional debe ser realizada por un tribunal extranjero o internacional, así como el testimonio o material que en ella se solicita debe servir de prueba en el proceso que esté conociendo dicho tribunal. Pero la Sección 1782 habla de tribunal, no de árbitro, siendo que a través de esta institución se asegura de forma creciente el acceso a la justicia en el comercio internacional. La cuestión es, si al amparo de la norma, el recurso a un tribunal estadounidense,

³ Traducción no oficial realizada por las autoras. Para mayor información sobre las *Federal Rules of Civil Procedure* a las que se hace referencia, en lo que concierne a la obtención de prueba y a los procedimientos previstos para ello, incluyendo la carta rogatoria, *vid.*, C. Platto y S.S. Sullivan, “United States”, en C. Platto, y W.G. Horton: *Enforcement of foreign judgments worldwide*, Londres, Graham & Trotman: International Bar Association Series, 1993, pp. 153–160, y P.J. Martínez-Fraga, “Good Faith, Bad faith, But not Losing Faith: A Commentary on the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”, *Georgetown J. Int’l L.*, n° 43, 2012, pp. 387–431.

⁴ Act of Mar. 2, 1855, ch. 140, §2, 10 Stat. 630.

⁵ P.J. Martínez-Fraga y D.E. Vielleville, *Hacia la unificación del Derecho procesal internacional*, Pamplona, Aranzadi, The Global Law Collection, 2006, pp. 18–19.

sito fuera del país sede del arbitraje, para la solicitud de pruebas y documentos que se encuentran en EE UU, debe hacerse mediante la aplicación de la Sección 1782⁶. Es en este supuesto donde ha surgido un gran debate, aún hoy abierto. Un debate que gira en torno a la posibilidad de que, con base en la Sección 1782, los tribunales estadounidenses puedan obtener testimonios o documentos, pero en nombre de organismos gubernamentales extranjeros cuya finalidad sea llevar a cabo investigaciones relacionadas con controversias judiciales o cuasi-judiciales. El *quid* de la cuestión reside en averiguar si el propósito de todas las enmiendas y modificaciones realizadas sobre el contenido de la Sección 1782, en especial la operada en 1964, era o no ampliar el ámbito de aplicación de la versión anterior de la propia Sección y, en consecuencia, extender la asistencia judicial internacional a órganos arbitrales, es decir, si buscaba cubrir la asistencia judicial internacional cuando nos encontremos ante un arbitraje extranjero o internacional.

En cualquier litigio de carácter civil o mercantil, basado habitualmente sobre el principio de disponibilidad, ya sea arbitral o judicial, la fase probatoria resulta ineludible y esencial, pues el fallo, la decisión final, se justifica con base en la prueba. Para resolver la disputa, el juez o, en su caso, el árbitro, debe comprobar que los datos y hechos que las partes alegan son fehacientes, y las normas sobre prueba coadyuvan, precisamente, a este fin⁷. Esta afirmación, asumida con carácter general en las distintas jurisdicciones, plantea un problema especial en el ámbito transnacional debido, entre otras razones, al hecho de que existen muy relevantes diferencias en materia de prueba entre el *common law* y el *civil law*, siendo los mecanismos

⁶ En España, por ejemplo, el conocimiento por parte de los árbitros de esta norma legal resulta de gran utilidad, puesto que entre nuestras normas relativas a los arbitrajes no encontramos grandes referencias a la producción de pruebas. De hecho, la obtención de pruebas en el arbitraje suele devenir consecuencia de un acuerdo entre las propias partes del contrato. Sin embargo, podemos encontrar casos en los que este acuerdo resulte inalcanzable, y dado que no existen otras reglas sobre la obtención de prueba que rijan dichos contratos, los árbitros tienen la posibilidad de mantener ese poder de discrecionalidad que les permite decidir sobre esta materia. En especial si es necesaria la obtención de una prueba que está en poder de alguien que se halla en EE UU, *vid.* C.A. Hamilton, "What U.S.C. §1782 Means for International Commercial Arbitrations in Spain", *Revista del Club español del Arbitraje*, 3/2008, pp. 31-33.

⁷ M. Virgós Soriano, y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 473.

de este último sistema más limitados que los previstos en el *common law*⁸.

Las principales diferencias se relacionan con las prácticas del *discovery* y del *cross-examination*. Ambas son propias de los sistemas de *common law*. La primera de ellas, permite a las partes acceder a los documentos en posesión de la contraparte, siempre que no estén protegidos por secreto, antes del trámite de audiencia⁹. La segunda consiste en el interrogatorio oral que realiza el abogado de una de las partes a los testigos aportados por la contraparte, siguiendo un método determinado a la hora de realizar las preguntas¹⁰. Sin embargo, en este artículo solamente nos centraremos en la técnica del *discovery*. Un mecanismo cuyos fundamentos resultan relativamente simples de partida, ya que cada parte debe suministrar a las otras todos los documentos o cualquier otra información que pueda ser relevante para la resolución del caso, aunque dicha información pueda tener, incluso siendo evidente, un efecto negativo sobre la posición de la parte requerida¹¹.

Por otra parte, en los sistemas civilistas continentales no se concibe el acceso a las pruebas antes de la fase oral; sólo se presentan las prue-

⁸ *Vid.* M. Illmer y B. Steinbrück, "U.S. Discovery and Foreign Private Arbitration: The Foreign Lawyer's Perspective", *J. Int'l Arb.*, vol. 25, n° 3, 2008, pp. 329-343; M. Müller-Chen, "The use of evidence obtained in US-American Discovery in international civil procedure law and arbitration in Switzerland", *ASA Bulletin*, vol. 27, n° 2, 2009, pp. 196-212.

⁹ G. Bernini, "The Civil Law Approach to Discovery: a Comparative Overview of the Taking of Evidence in the Anglo-American and Continental Arbitration Systems", en L.W. Newman y R.D. Hill (ed.), *The Leading Arbitrators' Guide To International Arbitration*, Nueva York, Juris Publishing, Inc., 2008, p. 265, nota al pie 1. E. Gaillard, "Part IV. The Arbitral Procedure", en E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 689. J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 1581.

¹⁰ B.M. Cremades, y D.J.A. Cairns, "Cross-Examination in International Arbitration: Is It Worthwhile?", en L.W. Newman y B.H. Sheppard, *Take the Witness: Cross-Examination in International Arbitration*, Nueva York, Juris, 2010, p. 223. *Vid.* también S.H. Elsing y J.M. Townsend, "Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 18, n° 1, 2002, p. 62; R. Pietrowski, "Evidence in International Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 22, n° 3, 2006, p. 375.

¹¹ "The basics of discovery are very simple: [...] Each party is to supply the other parties with all documentary or other information that may be relevant to the outcome of the case, even if the information may have or even evidently does have a negative effect on the position of the requested party" (cf. H. Raeschke-Kessler, "Discovery in International Commercial Arbitration?", en K. H. Böckstiegel, K.P. Berger y J. Bredow (eds.), *The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, Carl Heymanns Verlag, 2010, p. 45).

bas en presencia de ambas partes, de modo que el principio de contradicción se ejercite en ese momento de forma conjunta por las partes¹².

En EE UU, a través de la Sección 1782, el *discovery* juega un papel importante en la litigiosidad transnacional, y aquí entra en juego el debate antes mencionado y, en tanto en cuanto se trata de una norma creada y pensada para su aplicación en la vía judicial, ha sido en varios ocasiones extrapolada al arbitraje comercial internacional y la razón de esta extrapolación radica en la voluntad de ampliar el coto del arbitraje y el acceso a la justicia por las partes. El arbitraje se configura como un medio de resolución de conflictos, en continuo y significativo auge, complementario a dicha justicia estatal, al que las partes recurren de forma más habitual¹³.

La problemática planteada, además, se ve afectada por la realidad actual. Pese a estas diferencias en el plano judicial, en la práctica arbitral internacional, se tiende a utilizar un proceso uniforme¹⁴, de modo que la fase escrita se basa, esencialmente, en el procedimiento civilista continental, mientras que la fase oral está más influida por las técnicas propias del sistema de *common law*¹⁵. Ello plantea un problema a la hora de su aplicación al arbitraje. Se asume que este medio de solución de controversias debe mantenerse lo más neutral y flexible posible en términos de procedimiento, sobre todo teniendo en cuenta que los usuarios del arbitraje provienen normalmente de diferentes culturas y tradiciones legales¹⁶. Así, se puede determinar que la utilidad de este método reside en su capacidad de adaptación a las circunstancias del caso concreto y a las necesidades de las partes¹⁷.

La práctica en la materia ha sido extensa, y no siempre rectilínea, y en ella subyace, además, una de las cuestiones más relevantes que acompañan al arbitraje desde su implosión en las últimas décadas, la

¹² J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina: *Tratado de Derecho arbitral*, *op. cit.*, pp. 1581–1582. También *vid.* S.H. Elsing y J.M. Townsend, “Bridging the Common Law–Civil Law Divide in Arbitration”, *loc. cit.*, pp. 60–61.

¹³ S.P. Finizio, “Discovery in International Arbitration: Frankenstein’s Monster in the Digital Age”, en K. H. Böckstiegel, K.P. Berger y J. Bredow (eds.), *The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pp. 73–76.

¹⁴ E. Gaillard, “Part IV. The Arbitral Procedure”, *loc. cit.*, p. 690. También *vid.* S. La China, “Problemas de prueba en el arbitraje internacional”, *Revista vasca de Derecho procesal y arbitraje*, vol. 11, n.º 2, 1999, p. 257.

¹⁵ E. Gaillard, “Part IV. The Arbitral Procedure”, *loc. cit.*, pp. 690–691. *Vid.* también S.H. Elsing y J.M. Townsend, “Bridging the Common Law–Civil ...”, *loc. cit.*, p. 65.

¹⁶ B.M. Cremades y D.J.A. Cairns, “Cross–Examination in International Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 242.

¹⁷ E. Gaillard, “Part IV. The Arbitral Procedure”, *loc. cit.*, p. 689.

ausencia de *imperium* por parte del árbitro y la necesidad de recurrir a las autoridades estatales como forma de solventar esta limitación. La reciente sentencia en el asunto *In re Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. v. JAS Forwarding (USA), Inc.*¹⁸, se incardina en esta línea y suscita, precisamente, la problemática de la interpretación de la Sección 1782 en relación con los arbitrajes internacionales.

Un entendimiento pleno de lo que implica esta sentencia de 2012 exige valorar, en primer lugar, la evolución del precepto legal en aras de lograr un mejor entendimiento de los cambios de fondo llevados a cabo a lo largo de su historia. Lo combinaremos, en segundo lugar, con un análisis de la línea jurisprudencial existente en este ámbito entre los que destaca el caso *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.*, (en adelante, *Intel*)¹⁹, que marcó en su día un auténtico cambio de era, de ahí que le dediquemos una especial atención.

II. Asistencia judicial en EE UU: evolución de la sección 1782 del Código estadounidense

Como se ha indicado *supra*, el Congreso estadounidense (el Congreso), ha modificado el contenido de la Sección 1782 en varias ocasiones a lo largo de estos 150 años, avanzando hacia la consecución de un doble objetivo²⁰: por un lado, proporcionar medios eficaces de cooperación judicial para la obtención de prueba a los litigantes extranjeros y, por otro, estimular a los países extranjeros para proporcionar medios similares de asistencia a los tribunales de EE UU²¹. No obstante, este doble objetivo no ha sido todavía conseguido plenamente, puesto que los tribunales estadounidenses no han alcanzado un consenso respecto a alguno de los aspectos fundamentales sobre los que se asienta la Sección 1782, como, por ejemplo, qué se entiende

¹⁸ 685 F 3D 987 (11th Cir. 2012).

¹⁹ *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 159 L. Ed. 2d 355, 124 S. Ct. 2466, 2004 U.S. LEXIS 4570

²⁰ Senate Report No. 88-1580 (1964), reimpresso en 1964 U.S.C.C.A.C.

²¹ Este doble objetivo es visto como “dos metas gemelas”, relacionadas entre sí: “[...] (i) crear un medio eficiente de asistencia a personas interesadas, que estén inmiscuidas en disputas en otras jurisdicciones para poder tener acceso a la ayuda de tribunales federales, y (ii) alentar a tribunales extranjeros a establecer medios de asistencia del mismo carácter que aquellos disponibles en tribunales estadounidenses en materia de obtención de documentos e información” (cf. P.J. Martínez-Fraga y D.E. Vielleville, *Hacia la unificación del Derecho procesal internacional*, *op. cit.*, p. 174). *Vid.* también P.J. Martínez-Fraga, *International Commercial Arbitration, United States Doctrinal Developments and American Style Discovery*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 81 ss.

por tribunal extranjero. Por ello, los grandes beneficios que podrían haberse obtenido gracias a la aplicación de este precepto no parecen haberse logrado plenamente por culpa de una falta de interpretación homogénea del mismo²².

El procedimiento de cooperación judicial para la obtención de un testimonio o prueba ha evolucionado a lo largo de todo este tiempo. Muchos de estos cambios han favorecido un libre acceso a esta asistencia judicial, con mínimas restricciones.

Con anterioridad al año 1855, no contaba EE UU con un procedimiento formal y estandarizado para la obtención de asistencia judicial internacional. Existía, sin embargo, un sistema para proveer a otros tribunales de dicha asistencia, la llamada carta rogatoria²³. Ahora bien, aunque era muy utilizada, no estaba establecido legalmente que fuera el procedimiento a seguir.

Como consecuencia de ello, el Congreso, en 1855, dispuso legalmente, y por primera vez, la cooperación judicial para los litigantes extranjeros cuando las solicitudes de asistencia revestían la forma de exhorto o carta rogatoria, que debían ser remitidas por vía diplomática²⁴. Sin embargo, y contrariamente a lo que se pudiera pensar, esta disposición normativa no fue utilizada por los tribunales estadouni-

²² Vid. D.J. Rothstein, "A Proposal to Clarify U.S. Law on Judicial Assistance in Taking Evidence for International Arbitration", *The American Review of International Arbitration*, vol. 19, n° 1, 2009, pp. 61–89; J. Fellas y D. Zaslowsky, *Obtaining Evidence Located in the U.S. for use in foreign litigation: 28 U.S.C. § 1782*, Litigation & Administrative Practice Course Handbook, NY, Practising Law Institute, series 129–130, 2007; B.M. Cogan y D.A. Sifre, "United States Federal Courts: No Longer Available to Compel Discovery in Connection with Non-United States", *Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, n° 4, 1999, pp. 290–295. H. Smit, "American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals: Section 1782 of Title 28 of the U.S.C. Revisited", *Syracuse J. Intl L. and Commerce*, vol. 25, 1998, pp. 1–20.

²³ Al respecto, *vid.*: <http://www.hagueservice.net/Spanish/lr.html>, http://portal3.sre.gob.mx/english/index.php?option=com_content&task=view&id=21&Itemid=23, <https://law.lexisnexis.com/infopro/zimmermans/dispatch.aspx?z=1629>, consultadas el día 5 de noviembre de 2012. *Vid.* también, W.B. Stahr, "Discovery under 28 U.S.C. § 1782 for Foreign and International Proceedings", *Virginia J. Intl L.*, vol. 30, 1989, pp. 597–620; H.L. Jones, "International Judicial Assistance: Procedural Chaos and a Program for Reform", *The Yale L. J.*, vol. 62, n° 4, 1953, pp. 515–562.

²⁴ Act of Mar. 2, 1855, ch. 140, §2, 10 Stat. 630: "Where the letters rogatory shall have (been) addressed, from any court of a foreign country to any circuit court of the United States, and a United States commissioner designated by said circuit court to make the examination of witnesses in said letters mentioned, said commissioner shall be empowered to compel the witnesses to appear and depose in the same manner as to appear and testify in court."

denses²⁵. Una de las posibles causas alegadas para su falta de aplicación fue la ignorancia de su existencia por parte de estos Tribunales debido a errores de indexación²⁶.

Años después, en 1863, el Congreso elaboró una ley mucho más restrictiva sobre la ejecución de la carta rogatoria. En ella se establecieron tres límites para la asistencia judicial internacional, dado que la demanda extranjera que trataba de conseguir la prueba debía, en primer lugar, plantearse con la finalidad de recuperar el dinero y las propiedades; en segundo lugar, proceder de un país en paz con EE UU y; en tercer lugar, involucrar al país extranjero como parte interesada. Por tanto, la aplicación de esta ley quedaba restringida a las acciones civiles, relativas a dinero o a la propiedad, pendientes en un tribunal extranjero en los cuales la soberanía extranjera acreditara tener un interés.

El precepto estuvo vigente hasta 1948, año en que el Congreso procedió a enmendarlo²⁷, incluyendo una provisión para regular el “*testimonio para su uso en un país extranjero*”. Esto conllevó, lógicamente, la eliminación del requisito anterior de que el gobierno extranjero fuera parte interesada en el procedimiento extranjero. Y además, trataba de permitir la asistencia judicial para cualquier procedimiento judicial, aunque, sin embargo, seguía estando limitada a las acciones civiles pendientes en tribunales extranjeros.

Un año más tarde, en 1949, el Congreso amplió de nuevo el ámbito de aplicación de este sistema de obtención de prueba más allá de una mera acción civil. Para ello sustituyó el término “*acción civil*” por la expresión “*procedimiento judicial*”. Y, en 1958 dio comienzo el proceso de promulgación de la versión moderna de la Sección 1782. Debido al importante auge del comercio internacional, el Congreso

²⁵ The Committee On International Commercial Disputes (dir. por H. Smit), “28 U.S.C. § 1782 as a means of obtaining discovery in aid of international commercial arbitration—applicability and best practices”, *Record of the Association of the Bar of the City of New York*, vol. 63, n° 3, 2008, p. 752.

²⁶ H. L. Jones, “International Judicial Assistance: Procedural Chaos and a Program for Reform”, *loc. cit.*, pp. 540.

²⁷ La nueva versión (original) de la Sección 1782 rezaba así: Act of June 25, 1948, Pub. L. No. 80-773, ch. 646, § 1782, 62 Stat. 869, 949: “*The deposition of any witness residing within the United States to be used in any civil action pending in any court in a foreign country with which the United States is at peace may be taken before a persona authorized to administer oaths designated by the district court of any district where the witness resides or may be found. The practice and procedure in taking such depositions shall conform generally to the practice and procedure for taking depositions to be used in courts of the United States*”.

creó la Comisión sobre las normas internacionales del procedimiento judicial. Esta Comisión se encargó de la investigación de los procedimientos de cooperación judicial, con la finalidad de que el procedimiento de obtención de prueba se convirtiera en un proceso más rápido, eficiente, económico y expeditivo.

En el año 1964, siguiendo las recomendaciones de esta Comisión²⁸, asistida por un equipo de académicos dirigido por el profesor Smit, (*"The Columbia Law School Project on International Procedure"*), el Congreso adoptó la versión completa de la Sección 1782. El texto vigente, transcrito *supra*, refleja el doble objetivo al que hemos hecho referencia, el de proporcionar una cooperación judicial eficiente a los litigantes extranjeros y el de animar e impulsar a los demás países a proporcionar medios similares para la asistencia judicial²⁹. El objetivo de esta última modificación fue liberalizar, en la mayor medida posible, la asistencia otorgada por los tribunales americanos a los tribunales extranjeros e internacionales³⁰. Así, es esta última revisión la que supuso, por tanto, la máxima asistencia judicial para la obtención de prueba para un tribunal extranjero.

En esta enmienda, el Congreso reemplazó la palabra "corte" o "juzgado" (*"court"*) por "tribunal" (*"tribunal"*), y además extendió el ámbito de aplicación de la asistencia judicial de "cualquier procedimiento pendiente en otro juzgado en un país extranjero" al "*procedimiento en otro tribunal extranjero o internacional*" (*"foreign or international tribunal"*), eliminando el requisito de que el procedimiento debía estar "*pendiente*". En general se entendió que, tras esta modificación, subyacía la intención de procurar asistencia más allá de los procedimientos llevados ante tribunales convencionales, por lo que, tras esta enmienda, se podía entender extendida la aplicación de la Sección 1782 a los órganos de otra naturaleza, diferente a la jurisdiccional, entre los que se hallaban los arbitrales³¹, sobre todo teniendo en cuen-

²⁸ H.R. Doc. No. 88-88 (1963).

²⁹ *Vid.* L.A. Pérez y F. Cruz-Álvarez, "28 U.S.C. § 1782: The most powerful discovery weapon in the hands of a foreign litigant", *Florida Int'l Univ. L. Rev.*, n° 5, 2009-2010, pp. 177-180, y M. Bernet, "Obtaining Evidence in the U.S. for Use in International Arbitration - 28 U.S.C. § 1782 and International Arbitration: Recent Developments and Trends", en C. Müller y A. Rigozzi (eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2008*, Ginebra, Schulthess, 2008, pp. 126-128.

³⁰ H. Smit, "American Judicial Assistance to International Arbitral Tribunals", *Am. Rev. Int'l Arb.*, n° 8, 1997, p. 153.

³¹ El Informe del Senado (*Senate Report*) No. 88-1580, (1964), reimpresso en 1964 U.S.C.C.A.C., pp. 3782-3788, rezaba así: "[...] *explain[ing] that Congress introduced the word 'tribunal' to ensure that 'assistance is not confined to proceedings before conventional courts,' but extends also to 'administrative and quasi-judicial proceedings'*".

ta el auge que estos sistemas de resolución de conflictos han experimentado en los últimos tiempos, en especial, en el marco del comercio internacional³².

El profesor Smit³³ explicó que el término “tribunal” hacía referencia a todos los cuerpos u órganos con poderes jurisdiccionales, no sólo del orden civil o penal, sino también del orden administrativo. Pero además, entendió que la palabra tribunal incluía a los órganos arbitrales o a los árbitros y que, por tanto, debían ser provistos de la misma cooperación o asistencia que los tribunales judiciales³⁴. No obstante, y es aquí donde radica el debate, no todos los Tribunales Federales aceptaron esta interpretación del precepto legal, negándose, en consecuencia, a proporcionar asistencia judicial a los procedimientos arbitrales extranjeros.

Sin embargo, y con independencia del debate originado en torno a la cuestión de si los órganos arbitrales internacionales o extranjeros son o no tribunales de conformidad con los términos de la Sección 1782, lo que sí quedaba patente es que esta enmienda supuso la apertura y extensión de los poderes de los tribunales estadounidenses para proporcionar la tan necesaria asistencia judicial a órganos competentes. El análisis de los cambios sufridos por el contenido de dicho precepto, y

³² La Comisión se hizo eco de esta nueva realidad y lo reflejó en su Informe de la siguiente manera: *“the Word “tribunal” is used to make it clear that assistance is not confined to proceedings before conventional courts. In view of the constant growth of administrative and quasi-judicial proceedings all over the world, the necessity for obtaining evidence in the United States may be as impelling in proceedings before a foreign administrative tribunal or quasi-judicial agency as in proceedings before a conventional foreign court”* (énfasis añadido).

³³ H. Smit, “International Litigation under the United States Code”, *Columbia L. Rev.*, vol. 65, 1965, pp. 1015–1026. *“At the present time, thirty eight countries, including the United States, have accepted the compulsory competence of the International Court of Justice and a great many more countries are signatories to treaties before an international tribunal. The availability of United States assistance in the administration of justice before such tribunals would stress the generally favorable disposition of the United States toward peaceful settlement of international disputes [...]”*. Como se observa, se hace alusión al término “tribunal internacional” utilizado también en el Informe del Senado. Se indica la necesidad de proveer cooperación judicial a los tribunales arbitrales, aún no siendo éstos órganos judiciales, propios del ámbito de aplicación de la Sección 1782. *Vid.* también, H. Smit, “Assistance Rendered by the United States in Proceedings before International Tribunals”, *Columbia L. Rev.*, vol. 62, 1962, pp. 1264–1276.

³⁴ Al respecto, *vid.*, J.M. Godfrey, “Americanization of Discovery: Why Statutory Interpretation Bars 28 U.S.C. § 1782(a)’s Application in Private International Arbitration Proceedings”, *Am. Univ.L. Rev.*, vol. 60, 2010, pp. 475–516, y S.A. Hammond, “The Art of the Missed Opportunity: How U.S. Courts Declined to Assist Private Arbitral Tribunals under the U.S. Law Authorizing Discovery in Aid of Foreign and International Proceedings”, *J. Int’l Arb.*, vol. 17, 2000, pp. 131–143.

en relación con las versiones anteriores, permite destacar varias conclusiones, entre las que resalta la expansión de su ámbito de aplicación para proveer asistencia judicial en los procedimientos que conocen otros tribunales extranjeros o internacionales, no sólo para conseguir un documento o un testimonio, sino también para obtener cualquier otra clase de prueba que sea requerida para la correcta resolución del conflicto. Para ello se eliminaron muchas de las formalidades como, por ejemplo, la necesidad de obtener una carta rogatoria, y también se suprimieron requisitos, entre ellos, la necesidad de que el país del tribunal al que se presta la mencionada asistencia esté en paz con los EE UU.

Finalmente, la última de las revisiones realizada por el Congreso se llevó a cabo en 1996. Consistió en añadir, después del término “tribunal extranjero o internacional” (“*foreign or international tribunal*”), la expresión “incluidas las investigaciones penales llevadas a cabo antes de la acusación formal” (“*including criminal investigations conducted before formal accusation*”).

A la vista de esta norma, se extraen los tres requisitos indispensables para que la solicitud de prueba documental o testifical formulada sea aceptada por los tribunales estadounidenses³⁵. Estos requisitos son los que siguen: i) La petición debe ser realizada por un tribunal extranjero o internacional o también por cualquier persona interesada. ii) La petición debe realizarse en el distrito donde se encuentre o resida la persona o ente que debe otorgar su testimonio o producir alguna prueba. iii) El uso de la prueba testifical o documental debe servir exclusivamente para un proceso llevado ante un tribunal extranjero o internacional³⁶.

³⁵ La solicitud estándar debe contener los siguientes aspectos: una explicación de los antecedentes del procedimiento extranjero y del cumplimiento de los elementos legales y factores discrecionales derivados del caso Intel, una declaración jurada o una declaración de una persona implicada en el proceso que pueda proporcionar los antecedentes del procedimiento extranjero y la necesidad del descubrimiento de las pruebas, una propuesta de orden para que el tribunal de distrito pueda firmar la concesión de la solicitud y, por último, un borrador de la citación judicial sobre la propuesta de obtención de prueba. L.S. Schaner y B.S. Scarbrough, “U.S. Discovery in Aid of International Arbitration and Litigations: The Expanded role of 28 U.S.C. § 1782”, en C. Klausegger, P. Klein, y F. Kremsehner (eds.), *Austrian Arb. Yearb. 2008*, Viena, 2008, p. 326. *Vid.* también, C.A. Hamilton, “What U.S.C. §1782 means for International Commercial Arbitrations in Spain”, *loc. cit.*, pp. 32–33.

³⁶ Al respecto, *vid.* C. Beard, “Further Update on 28 U.S.C. Section 1782: Collecting Evidence in the United States for Use in Foreign Litigation”, febrero 2002, disponible en <http://www.blankrome.com/index.cfm?contentID=10&itemID=5023&viewType=3&viewFlag=3&bioID=5023>, consultada el día 5 de noviembre de 2012; C. Beard: “Gathering Evidence in the United States for Use in Foreign Proceedings: 28 U.S.C. § 1782”, octubre

Sin embargo, la sentencia reciente de 2012 trata de disipar los interrogantes que rodean la cuestión de la aplicación de la Sección 1782 en el arbitraje internacional. El principal problema radica en el diferente tratamiento que los distintos tribunales estadounidenses han dispensado a los tribunales arbitrales, en especial en lo concerniente a su consideración o no como tribunal en el sentido de esta provisión legal.

III. Análisis jurisprudencial

En primer lugar, y con carácter previo al análisis de la línea jurisprudencial mantenida por los tribunales en EE UU, resulta imprescindible mencionar la configuración del sistema judicial estadounidense. Los 94 *distritos* judiciales (que se corresponderían con nuestros partidos judiciales) en que está dividido el país, están organizados en 12 *circuitos* regionales (entendidos como aquellas divisiones que agrupan a varios partidos judiciales), cada uno de los cuales está integrado por un tribunal de apelaciones. Estos tribunales conocen de los recursos de los llamados *Tribunales de Distrito*, que se hallan situados en su *circuito*, así como de las apelaciones contra los fallos de las *Agencias Administrativas Federales*. Además, el *Tribunal de Apelaciones del Circuito Federal* tiene jurisdicción a nivel nacional para conocer de las apelaciones en casos especiales, tales como los relacionados con las leyes de patentes y los casos resueltos por el *Tribunal de Comercio Internacional* y el *Tribunal de Demandas Federales*³⁷.

Concretamente, el *Tribunal de Apelaciones de EE UU del Undécimo Circuito Judicial* ha sido el que ha decidido, positivamente, sobre el caso *In re Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., v. JAS Forwarding (USA) Inc.*³⁸, en relación a la cuestión de la asistencia judicial a un tribunal arbitral extranjero. Este *Tribunal de Apelaciones* fue establecido por el Congreso en 1981 y tiene jurisdicción en todos

2008, disponible en: <http://www.blankrome.com/index.cfm?contentID=37&itemID=1689>, consultada el día 5 de noviembre de 2012; C. Beard, "Supreme Court Expands Scope of Discovery in the U.S. in Connection with Proceedings Abroad", noviembre 2004, disponible en: <http://www.blankrome.com/index.cfm?contentID=37&itemID=1070>, consultada el día 5 de noviembre de 2012. M. Biggers, "Mixing International Arbitration With U.S. Discovery", abril 2009, disponible en: <http://www.law.com/jsp/cc/PubArticleCC.jsp?id=1202429729069>, consultada el día 5 de noviembre de 2012.

³⁷ Vid. la página web oficial del Ministerio de Justicia estadounidense: <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/CourtofAppeals.aspx>, consultada el día 5 de noviembre de 2012.

³⁸ 2012 WL 2369166.

aquellos casos federales procedentes de los Estados de Alabama, Florida y Georgia. El circuito está formado, a su vez, por nueve juzgados de distrito, incluyendo los distritos de la zona norte, meridional y sur³⁹.

No obstante, la cuestión de la asistencia judicial a un tribunal extranjero ha sido tratada de diferente manera según el *Circuito Judicial*⁴⁰ que conociera del asunto. Así, la sentencia *Intel* fue la que marcó un antes y un después en la consideración de los arbitrajes dentro del ámbito de aplicación de la Sección 1782⁴¹. Aquí el Tribunal Supremo afirma que un panel arbitral pueda ser considerado como tribunal extranjero a efectos de la Sección 1782 sobre la obtención de pruebas, de conformidad con las Reglas Federales de Procedimiento Civil, lo que en muchos sentidos ha revolucionado la práctica procesal arbitral y ha reconfigurado todo el concepto de “obtención de pruebas”⁴².

Hasta la resolución del caso *Intel*, en 2004, la línea general seguida por los tribunales estadounidenses fue la de rechazar la extensión del ámbito de aplicación de la Sección 1782 a los tribunales arbitrales⁴³, denegando por tanto su asistencia judicial. Esta interpretación,

³⁹ <http://www.ca11.uscourts.gov/about/index.php>, consultada el día 5 de noviembre de 2012.

⁴⁰ <http://www.clm.com/publication.cfm?ID=104>, consultado el día 5 de noviembre de 2012. Para mayor información sobre el diferente tratamiento por parte de los Tribunales en los distintos Circuitos regionales, *vid.*: B.A. White, “Will the Eleventh Circuit Become a Magnet for Applications for Discovery in Aid of International Arbitrations Pursuant to 28 U.S.C. § 1782?”, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/07/05/will-the-eleventh-circuit-become-a-magnet-for-applications-for-discovery-in-aid-of-international-arbitrations-pursuant-to-28-u-s-c-%C2%A7-1782/>, consultada el día 5 de noviembre de 2012; R. Palacios y A. Davis: “The Eleventh Circuit Takes the Lead in Holding that a Private Commercial Arbitral Tribunal is a Foreign Tribunal under 28 U.S.C. § 1782”, encontrada en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/07/03/the-eleventh-circuit-takes-the-lead-in-holding-that-a-private-commercial-arbitral-tribunal-is-a-foreign-tribunal-under-28-u-s-c-%C2%A7-1782/>, consultada el día 5 de noviembre de 2012.

⁴¹ Esta sentencia del caso *Intel* permite a los tribunales de primera instancia interpretar de forma liberal el contenido de la Sección 1782, pudiendo así asistir a los tribunales extranjeros. P.J. Martínez-Fraga, *The new role of comity in Private Procedural International Law*, Pamplona, Aranzadi, The Global Law Collection, 2007, pp. 205-206: “[...] amplifies the dispositive standard by observing that pursuant to § 1782, federal district courts may adjudicate such petitions more liberally and with less restrictions [...]”.

⁴² P.J. Martínez-Fraga, “Doctrinal Development in United States Arbitration: a Metamorphosis of Paradigms Beyond Gregor Samsa’s Imagination”, *Univ. Miami Int’l Comp. L. Rev.*, n.º 15, 2007, p. 301.

⁴³ C.M. Baker y K.H. Romman, “Court Assistance in Obtaining Discovery in International Arbitration Proceedings: Applications Under 28 U.S.C. § 1782”, en K.H. Böck-

en sentido negativo, de la aplicación de la Sección 1782 era seguida por el Segundo Circuito⁴⁴ y el Quinto Circuito⁴⁵. Por un lado, el Segundo Circuito excluía los arbitrajes privados de la aplicación de la Sección 1782, puesto que entendía que las características del arbitraje no eran compatibles con las de este procedimiento judicial. Y por otro lado, el Quinto Circuito no asimilaba a los tribunales arbitrales como tribunales en el sentido establecido en la Sección 1782.

Tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo, otros Circuitos Judiciales han considerado que la obtención de prueba solamente es posible al amparo de la Sección 1782. Estos Circuitos son el Primer Circuito, el Circuito del Distrito de Columbia, y, en especial, el Undécimo Circuito.

La trascendencia de la sentencia *Intel* hace que pueda hablarse de dos momentos, antes y después de la misma, aunque como veremos, alguna modulación existe al respecto. Tomando como punto de referencia el caso *Intel*, se van a exponer los argumentos esgrimidos por los tribunales estadounidenses en algunos de los casos de mayor relevancia, prestando una especial atención a esta resolución del caso *Intel* dictada por el Tribunal Supremo de EE UU.

1. Era Pre-Intel

Como se ha señalado *supra*, hasta la decisión del Tribunal Supremo de 2004, la regla general seguida por los tribunales estadounidenses era el rechazo a extrapolar el contenido de la Sección 1782 a los arbitrajes internacionales. Destacan las sentencias del Segundo y Quinto Circuitos, en las que se excluye, con alguna excepción, la asistencia judicial a los arbitrajes privados, esgrimiendo, además, argumentos similares para fundamentar su decisión.

En el caso *AAOT Foreign Economic Association (VO) Technostroy Export v. International Development and Trade Services, Inc.*⁴⁶, de 1994, el Segundo Circuito Judicial resolvió una disputa cuyo origen radicaba, por un lado, en los contratos de venta de minerales entabla-

stiegel, K.P. Berger y J. Bredow (eds.), *The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration... op. cit.*, p. 10.

⁴⁴ B. Garfinkel e Y. Miller, "The Supreme Court's Reasoning in Intel Calls Into Question Circuit Court Rulings on Inapplicability of 28 U.S.C. Section 1782 to International Commercial Arbitration", *Mealey's Int'l L. Arb. Report*, 2004, pp. 19-27.

⁴⁵ <http://www.ca11.uscourts.gov/about/index.php>, consultada el día 5 de noviembre de 2012.

⁴⁶ 853 F. Supp. 695 (S.D.N.Y. 1994).

dos por las partes, y por otro, en el contrato de agencia, en donde incluyeron cláusulas de sometimiento a arbitraje⁴⁷.

Ante el nacimiento de una controversia en el proceso de adquisición por *International Development and Trade Services (IDTS*, en adelante) de grandes cantidades de minerales sin sufragar los costes, *Technostroy Export* inició un arbitraje sito en Moscú contra *IDTS*, a pesar de que el contrato origen de dicho conflicto era el de agencia y, por tanto, debía haberse iniciado en Estocolmo.

Technostroy Export solicitó, con base en la Sección 1782, la obtención de documentos y el otorgamiento de testimonios del presidente y del director de la compañía de Nueva York, pruebas que estaban localizadas en EE UU. Se invocó por *Technostroy Export* el hecho de que la Sección 1782 autoriza a un Tribunal de Distrito de EE UU a requerir la producción de pruebas para ser utilizadas con posterioridad en un arbitraje extranjero, considerando equiparables, por tanto, los órganos arbitrales a los tribunales judiciales.

Al respecto, el Tribunal de Distrito del Segundo Circuito coincidió con *Technostroy Export* y señaló que los órganos arbitrales pueden ser considerados tribunales en los términos establecidos por la Sección 1782. En otras palabras, los órganos arbitrales quedaban incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Sección 1782 con el requisito de que autoricen expresamente la obtención de prueba en el territorio de los EE UU. No obstante, es necesario realizar una puntualización en este caso. A pesar de que este Tribunal concluyera que la Sección 1782 englobaba también los órganos arbitrales, las leyes rusa y sueca disponían que fueran los propios árbitros, y no los tribunales, quienes deben realizar la solicitud de obtención de pruebas para ser utilizadas en otro procedimiento, no pudiendo, por tanto, acudir las partes directamente a los tribunales.

Por todo ello, el Tribunal de Distrito decidió finalmente denegar la asistencia judicial al no cumplirse el requisito, específico para este caso en concreto, de que dicha obtención de prueba en EE UU haya sido previamente autorizada por el propio órgano arbitral, de forma que el órgano jurisdiccional estadounidense pueda ordenar la asistencia judicial, con base en dicha autorización.

⁴⁷ En caso de conflicto surgido en el marco de los contratos de compraventa, éste debía ser solucionado mediante un arbitraje celebrado en Moscú (Rusia), mientras que todas las controversias o disputas surgidas como consecuencia del desarrollo de la actividad comercial en el marco del contrato de agencia debían ser resueltas mediante arbitraje, concretamente, en Estocolmo (Suecia).

Sin embargo, años más tarde, entre 1997 y 1999, otros dos Tribunales del Segundo Circuito y uno del Quinto Circuito, resolvieron, en sentido negativo, las solicitudes de asistencia judicial a arbitrajes extranjeros, puesto que, al contrario que en el caso anterior y que supone la excepción, consideraron que un panel de arbitraje no es un “*tribunal*” a los fines de la Sección 1782 y que la asistencia judicial no está disponible para los arbitrajes internacionales.

El caso más relevante fue el dirimido por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, que enfrentaba a *National Broadcasting Company, Inc.* y *NBC Europe, Inc.* v. *Bear Stearns & Co., Inc.; Merrill Lynch & Company; Salomon Brothers, Inc.; SBC Warburg, Inc.; Violy Byorum & Partners; y TV Azteca S.A. de C.V.*⁴⁸.

El conflicto nació en el marco del proceso de adquisición de unas acciones por parte de *National Broadcasting Company* (en adelante, *NBC*) a *TV Azteca S.A. de C.V.* (en adelante, *Azteca*). De conformidad con los contratos establecidos entre ambas, cualquier controversia surgida debía ser resuelta por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) en México, bajo las reglas de la CCI y la ley mexicana. Para poder aportar las pruebas pertinentes a este arbitraje, *NBC* solicitó la asistencia judicial, en primer lugar, ante el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York y en segundo, ante el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito. Dicho Tribunal analizó la tan relevante cuestión de si un arbitraje con sede en México, bajo el auspicio de la CCI (organización privada con sede en Francia), se puede considerar “*un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional*” en los términos de la Sección 1782. Para poder resolver dicha cuestión, se analizaron varios aspectos. En primer lugar, se aludió al hecho de que el sentido de la expresión “*tribunal extranjero o internacional*” se caracterizaba por su ambigüedad. Esto era así porque no viene definido en el propio estatuto; de ahí las grandes dificultades y divergencias en su interpretación.

En segundo lugar, y como base de la argumentación en contra de proporcionar asistencia judicial, se esgrimió que, a pesar de que la palabra “*tribunal*” es utilizada en este contexto para aclarar que la asistencia no queda restringida a los procedimientos ante jueces y tribunales convencionales⁴⁹, en la redacción de las enmiendas, en

⁴⁸ 165 F.3d 184, (2d Cir. 1999).

⁴⁹ H.R. Rep. No. 88–1052 ..., *cit.*, p. 9 y S. R. No. 88–1580 ..., *cit.*, p. 3788: “[t]he word ‘tribunal’ is used to make it clear that assistance is not confined to proceedings before conventional courts [...]. The new § 1782 would facilitate the collection of evidence for use before a foreign administrative tribunal or quasi-judicial agency”.

especial la llevada a cabo en 1964, se estaba pensando solamente en entidades gubernamentales, como son las administrativas o las instrumentales. Esto significa que la solicitud de asistencia judicial, con base en la Sección 1782, podía ser interpuesta no solamente en el marco de procedimientos conocidos por tribunales judiciales sino también por aquéllos de carácter administrativo o cuasi-judicial extranjeros.

En tercer lugar, y también en relación con la evolución del contenido de la previsión legal, se analizó con mayor detenimiento la intención que subyacía de las diferentes enmiendas, afirmando que la no inclusión de referencias a los procedimientos de resolución de conflictos sugiere que el Congreso no los consideró cuando enmendó la Sección 1782, sobre todo la efectuada en 1964. Al respecto, el Tribunal de Apelaciones coincide con el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York en el caso *Medway Power Limited* (en adelante, *Medway*)⁵⁰, en donde también se analizó si un arbitraje privado constituía o no “*un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional*”. En este sentido, se estableció que el propósito de la Sección 1782 era la asistencia y auxilio a los cuerpos gubernamentales y oficiales que tuvieran potestad jurisdiccional, facultad de la que carecen los órganos arbitrales. Además, se arguyó que no se podía extraer, de la evolución histórica de la dicción del precepto, conclusión que implicara la subsunción de los órganos arbitrales privados y no oficiales dentro del término “*tribunal*”. La razón estriba en que la naturaleza jurídica de los acuerdos arbitrales es contractual y las obligaciones impuestas por los árbitros tienen que ser ejecutadas por un órgano judicial.

En cuarto lugar, con respecto al hecho de que *GE* no era parte en el arbitraje extranjero, la sentencia del caso *Medway*, al no ser *Medway* tampoco parte, lo resolvió afirmando que no existe la posibilidad de autorizar la solicitud de producción de pruebas en el marco de la Sección 1782 en tanto en cuanto el demandante no se constituye como parte en el arbitraje extranjero.

Pero no solamente encontramos estos argumentos para sustentar la negativa de proveer asistencia judicial a los arbitrajes extranjeros o internacionales. En el caso *Republic of Kazakhstan v. Biedermann*

⁵⁰ 985 F. Supp. 402 (S.D.N.Y. 1997). El Tribunal del Distrito Sur de Nueva York resolvió en 1997 la solicitud de asistencia judicial, consistente en la solicitud de presentación y entrega de unos documentos que se encontraban en manos de *General Electric Company*, (en adelante, *GE*), con la finalidad de utilizarlas en un arbitraje sito en Reino Unido contra las empresas *TBV Power Limited* y *Marubeni Europower Limited*. Nótese que en este caso *GE* no era parte en dicho arbitraje, sino que participó en calidad de tercero procesal.

*Internationals*⁵¹, resuelto en 1999 por el Tribunal del Quinto Circuito, se alude también a la pérdida de todas las ventajas en costes y en eficiencia del arbitraje en caso de que se otorgara la asistencia judicial al citado arbitraje. Otro aspecto que sustenta este escepticismo reside en el hecho de que la extensión de la Sección 1782 a los órganos arbitrales internacionales resulta de la comparación con la regulación del arbitraje doméstico en EE UU, ya que, en este tipo de arbitrajes y bajo ciertas circunstancias, se puede solicitar la asistencia judicial. Sin embargo, se afirma que no por ello se puede pretender que los órganos arbitrales internacionales se beneficien de las ventajas o prerrogativas de los arbitrajes domésticos o nacionales⁵².

Por tanto, tras el estudio de estos casos tan relevantes y que son un referente en la era pre-*Intel*, podemos extraer las bases que fundamentaron el rechazo de la solicitud de asistencia judicial en el marco de un arbitraje extranjero o internacional: en primer lugar, el significado y alcance de la noción “*tribunal*” en los términos de la Sección 1782 no incluye a los arbitrajes privados; en segundo lugar, la historia y las enmiendas del año 1964 reflejan la intención de extender el alcance de la Sección 1782 a las agencias y órganos gubernamentales que ejerzan funciones jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales; y, por último, la ausencia de mención expresa de los arbitrajes privados supone la confirmación de que no deben ser considerados como tribunales a los efectos de la Sección 1782⁵³.

⁵¹ 168 F.3d 880 (5th Cir. 1999). Esta sentencia señala la posibilidad de dar apoyo judicial a un procedimiento arbitral con sede en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo entre la República de Kazajstán y la empresa *Biedermann International, Inc.* La solicitud de asistencia judicial con base en la Sección 1782 fue interpuesta por la República de Kazajstán ante el Distrito Sur de Texas. Esta petición versaba sobre la necesidad de una orden contra Murdock Baker Jr., que no era parte en el arbitraje, para la presentación de documentos en relación a la parte contraria, Biedermann International, Inc. Se optó en la sentencia por seguir la misma línea que la establecida en el Segundo Circuito, negándose así que la Sección 1782 fuera aplicable a los arbitrajes privados internacionales.

⁵² *Vid.* la parte del texto original de la sentencia, en la que se explica este argumento: “*Skepticism about extending s 1782 to private international arbitrations also results from a comparison with domestic United States arbitration procedure. [...] domestically constituted arbitration panels, but not any “interested party,” can invoke federal court jurisdiction to compel discovery in limited circumstances. Further, federal courts have a duty to enforce arbitrators’ summonses only within the federal district in which the arbitrators, or a majority of them, are sitting. It is not likely that Congress would have chosen to authorize federal courts to assure broader discovery in aid of foreign private arbitration than is afforded its domestic dispute-resolution counterpart.*” (620 F.2d at 324).

⁵³ El Tribunal explicaba estos argumentos de la siguiente manera: “[...] *First, it determined that the plain meaning of “tribunal” generally did not include private arbitration,*

2. Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.

Hasta 2004, todos los casos relativos a la interpretación y ámbito de aplicación de la Sección 1782 habían sido resueltos por tribunales de primera instancia y Tribunales de Apelación. Sin embargo, de dicho año data la primera y única sentencia referente a la Sección 1782 dictada por *The Supreme Court of the United States*, (en adelante, Tribunal Supremo de EE UU), hasta la actualidad y que supuso un antes y un después en la interpretación del estatuto legal.

Concretamente fue el día 20 de abril de 2004 cuando el Tribunal Supremo de EE UU dictó sentencia en el caso nº 02-572, *Intel Corporation* contra *Advanced Micro Devices, Inc.*⁵⁴.

Advanced Micro Devices (en adelante, *AMD*) e *Intel Corporation* (en adelante, *Intel*), eran competidores directos en la industria mundial de los microprocesadores. El conflicto surgió en el marco del Derecho de la competencia. En octubre del año 2000, *AMD* demandó a su competidor por la supuesta violación de las normas de Derecho de la competencia ante la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea (DG de la Competencia), alegando que *Intel* había abusado de su posición de dominio en el mercado europeo. Por ello solicitó la aportación de documentos que *Intel* había elaborado previamente para anteriores juicios ante el Tribunal Federal de Alabama, solicitud que, sin embargo, fue rechazada por la DG de la Competencia.

Como consecuencia de esta negativa, *AMD* solicitó al Tribunal del Distrito Norte de California la aportación de dichos documentos al amparo de la Sección 1782. Esta vez también fue declinada su solicitud al entender este Tribunal que la Sección 1782 no permitía tal producción de pruebas. Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Federal de Apelación del Circuito Judicial Noveno revocó la anterior resolu-

according to a Webster's dictionary definition. [...] Second, it surveyed the legislative history of the statute, determining that the 1964 revision reflected a legislative intent to extend Section 1782 assistance to "foreign governmental agencies exercising a judicial or quasi-judicial function. [...] the legislative history was silent on private arbitrations specifically".

⁵⁴ *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 159 L. Ed. 2d 355, 124 S. Ct. 2466, 2004 U.S. LEXIS 4570. El caso había sido previamente enjuiciado y resuelto en el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito en el año 2002. [*Advanced Micro Devices, Inc. v. Intel Corp.*, 292 F.3d 664 (9th Cir. 2002)].

ción y la devolvió al Tribunal de Distrito para su nuevo enjuiciamiento, concediendo además un *certiorari*⁵⁵.

Posteriormente, el Tribunal Supremo vino a confirmar un aspecto de la Sección 1782 al que ningún otro tribunal inferior había hecho alusión. De la redacción de la Sección 1782 no se podía derivar la obligación de conceder la aportación de pruebas por parte del Tribunal Federal, sino que, por el contrario, se trata de una facultad discrecional para negar dichas solicitudes⁵⁶. Esto es, aunque el Tribunal Federal tenga la autoridad suficiente para conceder la petición bajo la Sección 1782, no está obligado a ello gracias al poder discrecional que le ha sido conferido a este respecto.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo, al compás de la resolución del caso planteado, procedió a perfilar los requisitos necesarios para poder aplicar la Sección 1782. Estos requisitos⁵⁷ deberían ser analizados por todos los Tribunales de Distrito para ejercer ese poder discrecional en cuanto a su decisión de proveer de asistencia judicial. En concreto identificó tres:

i) Determinar si la persona o entidad a la que se solicita la obtención y revelación de pruebas es parte en el procedimiento extranjero. Si la respuesta es afirmativa, la necesidad de asistencia judicial generalmente no es tan aparente como cuando las pruebas se solicitan a una tercera parte que no está implicada en tal proceso.

⁵⁵ El término *certiorari* proviene del latín “ser informado”. El *writ of certiorari* se define como una orden, una petición discrecional del Tribunal de apelación mediante la cual ordena el traslado de la causa desde el tribunal inferior. Consistía en un procedimiento en el Tribunal Supremo para revisar las decisiones o acciones de un oficial o cuerpo público, como pueden ser los Tribunales Federales (cf. E. Oteiza, “El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por el Tribunal Supremo de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n° 1, abril 1998, pp. 71–73). Para una completa información sobre el procedimiento y las bases jurídicas de este recurso *vid.* J.M. Biedma Ferrer: “El trámite de admisión del recurso de amparo constitucional en el proyecto de reforma de la LOTC. ¿Hacia el *certiorari* estadounidense?”, encontrado en: http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=293#_ftnref30, consultada el día 5 de noviembre de 2012.

⁵⁶ El argumento original de la sentencia señala: “*Section 1782 (a) ’s language, [...] that the provision authorizes, but does not require, a federal district court to provide assistance to a complainant in a Commission proceeding, that leads to a dispositive ruling. – the Court therefore rejects the categorical limitations Intel would place on the statute ’s reach.*”

⁵⁷ *Vid.* L.S. Schaner y B.S. Scarbrough, “U.S. Discovery in Aid of International Arbitration and Litigations: The Expanded role of 28 U.S.C. § 1782...”, *loc. cit.*, pp. 317–320, y P.J. Martínez–Fraga: *International Commercial Arbitration...*, *op. cit.*, pp. 86 ss.

ii) Analizar la naturaleza del tribunal extranjero, el carácter del procedimiento y la receptividad del gobierno extranjero, tribunal o agencia, para la asistencia de un tribunal federal.

iii) Determinar si la solicitud de obtención de pruebas es un esfuerzo destinado a eludir metodologías de otros países respecto a restricciones en la práctica de pruebas u otras políticas de un país extranjero o de los EE UU y también si dicha revelación resulta ser extraordinariamente hostil u onerosa⁵⁸.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo no sólo determinó los requisitos cuyo cumplimiento se consideró necesario para otorgar asistencia judicial, sino también estableció las bases de las que se derivó una serie de normas que han devenido relevantes para una mayor y más adecuada interpretación del contenido de la Sección 1782. Estas reglas son las que siguen:

i) El término “*persona interesada*” al que refiere la provisión legal, debe ser interpretado de una forma más amplia a la que se venían realizando por parte de los tribunales inferiores. En este sentido, es posible la inclusión, no sólo de las partes del litigio extranjero, sino también de cualquier otra persona con un interés razonable en la obtención de asistencia judicial en el ámbito de la prueba, aunque no fuera parte en dicho litigio⁵⁹. Por ello, en este caso concreto, el Tribunal consideró que un denunciante ante la DG de la Competencia es calificado como “*parte interesada*” en los términos de la Sección 1782.

ii) En relación con el procedimiento extranjero con respecto al cual se solicitan las pruebas con base en la Sección 1782, es necesario tener

⁵⁸ En la Sentencia viene expresado de la siguiente manera: “3. [...] *To guide the District Court on remand, the Court notes factors relevant to that question. First, when the person from whom discovery is sought is a participant in the foreign proceeding, as Intel is here, the need for § 1782(a) aid generally is not as apparent as it ordinarily is when evidence is sought from a nonparticipant in the matter arising abroad. [...] Second, a court presented with a § 1782(a) request may consider the nature of the foreign tribunal, the character of proceedings underway abroad, and the receptivity of the foreign government, court or agency to federal-court judicial assistance. [...] Specifically, a district court could consider whether the § 1782(a) request conceals an attempt to circumvent foreign proof-gathering limits or other policies of a foreign country of the United States. Also, unduly intrusive or burdensome requests may be rejected or trimmed.*”

⁵⁹ M. Bernet, “Obtaining Evidence in the U.S. for Use in International Arbitration – 28 U.S.C. § 1782 and International Arbitration: Recent Developments and Trends”, *loc. cit.*, p. 129.

en cuenta que, tal y como quedó confirmado tras la enmienda de 1964, ya no existe la necesidad de que éste esté pendiente o sea inminente.

iii) Previamente al caso *Intel*, una de las cuestiones que mayor controversia suscitaba radicaba en si existía, bajo la Sección 1782, la posibilidad de admitir la producción de pruebas en EE UU aun cuando las mismas no pudieran ser obtenidas de conformidad con los procedimientos aplicables en la jurisdicción extranjera que estuviera conociendo del litigio principal. En este sentido, se estableció que, siempre que la prueba fuera necesaria, se podría admitir la obtención de pruebas con independencia de las legislaciones extranjeras.

iv) El aspecto más importante, y que ha dado lugar a la interpretación extensiva del contenido de la Sección 1782 es el hecho de que la DG de la Competencia debía ser considerada como “*tribunal*” a los efectos de la Sección 1782. El fundamento jurídico para tal afirmación reside en que la DG de la Competencia constituye un ente que actúa como órgano de primera instancia con capacidad para tomar decisiones.

Una curiosidad de esta sentencia es que en ella se hizo expresa mención a un artículo doctrinal escrito por el profesor Smit para sustentar el mencionado argumento⁶⁰. En el mismo se aludía a la consideración de los órganos arbitrales como tribunales en los términos de la Sección 1782. Éste ha sido, sin duda alguna, el aspecto más controvertido de esta sentencia, pero al mismo tiempo, el de mayor repercusión. Al considerar la DG de la Competencia como “*tribunal*” se abrió la puerta a la cooperación o asistencia judicial a otros órganos de distinta naturaleza a la judicial, por lo que, al no hacer expresa mención a las clases de órganos que sí consideraba incluidos en la Sección 1782, esta interpretación se hizo extensiva también a los arbitrajes extranjeros o internacionales. Esta postura fue adoptada por diferentes tribunales en posteriores enjuiciamientos, tal y como veremos más adelante.

En relación a esta cuestión, tal y como se ha apuntado ya, previamente a *Intel*, los Tribunales de Apelación, destacando los del Segundo y Quinto Circuitos, habían rechazado la aplicación de esta previsión legal a los arbitrajes comerciales internacionales. El argumento

⁶⁰ H. Smit, “International Litigation under the United States Code ...”, *loc. cit.*, pp. 1015-1021.

básico esgrimido era que el panel arbitral no podía ser considerado como un tribunal al no ser el árbitro un órgano establecido por el Estado, sino consecuencia de un acuerdo privado entre las partes. Sin embargo, es posible rebatir este argumento arguyendo que el arbitraje internacional es una institución legal (*ex lege*) que en muchas ocasiones tiene como origen un tratado internacional⁶¹.

A nuestro juicio, lo que se trataba de conseguir con la interpretación en sentido amplio de la Sección 1782 era no sólo dispensar una mayor protección a las partes del conflicto, sino también potenciar el arbitraje como medio alternativo de resolución de las controversias nacidas en el marco del comercio internacional.

No obstante, a pesar de la luz que el caso *Intel* arrojó sobre el tema, no hizo referencia expresa a la cuestión de si la Sección 1782 podía extrapolarse o no a los arbitrajes extranjeros o internacionales. Por ello, con posterioridad a esta resolución, continuó sin existir el tan esperado consenso. Los diferentes Tribunales continuaron proporcionando interpretaciones contradictorias. Así, encontramos tribunales que continuaron negando la posibilidad de otorgar asistencia judicial a los arbitrajes internacionales y tribunales que, por el contrario, adoptaron este nuevo enfoque. Pero lo que sí podemos afirmar es que, la resolución del caso *Intel*, fijó las bases necesarias para determinar si los arbitrajes pueden ser asistidos judicialmente con base en la Sección 1782.

3. *Era Post–Intel*

Previamente a la resolución del caso *Intel*, la línea general, representada por los Tribunales del Segundo y Quinto Circuitos era la de rechazar de pleno la aplicación de la Sección 1782 en relación a arbitrajes privados extranjeros. Sin embargo, tras la resolución del Tribunal Supremo, algunos Tribunales de Distrito han interpretado la Sección 1782 en el mismo sentido considerando los arbitrajes extranjeros. Encontramos dos ejemplos en los que los Tribunales de Distrito han admitido sendas solicitudes de asistencia judicial en la obtención de pruebas para su posterior utilización en arbitrajes internacionales. En el caso *In re Oxus Gold PL (en adelante, Oxus)*⁶², resuelto el 2 de

⁶¹ “*Como es el caso de los arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas Inversiones (CIADI), existiendo más de 2000 tratados bilaterales de inversiones en el mundo*”. P.J. Martínez-Fraga, “La obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense (*Discovery*) y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional”, *Revista Peruana de arbitraje*, n° 8, 2009, p. 82.

⁶² 2007 WL 1037387 (D.N.J. Apr. 2, 2007).

abril de 2007 por el Tribunal Distrito de Nueva Jersey, y, en el caso *Roz Trading Ltd.*, (en adelante, *Roz Trading*)⁶³, resuelto el 20 de enero de ese mismo año por el Tribunal del Distrito Norte de Georgia, se coincidió en admitir la asistencia judicial a un procedimiento arbitral sito en un país extranjero. Sin embargo, y a pesar de contar ya con una sentencia del Tribunal Supremo, el Tribunal de Apelación del Quinto Circuito no modificó su línea argumental y denegó, en agosto de 2009, la asistencia judicial a un arbitraje extranjero en *La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa v. El Paso Corporation*⁶⁴.

En el caso *Oxus*, el Tribunal de Distrito de Nueva Jersey resolvió favorablemente la solicitud presentada en 2006 por *Oxus*, para obligar a *SIG Overseas Ltd.*, una Compañía de Finanzas Corporativas, y a su director ejecutivo, a prestar la ayuda necesaria para la obtención de pruebas que fueran utilizadas en el procedimiento arbitral iniciado *ad hoc* contra la República de Kirguistán. Este arbitraje estaba sometido a las normas del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁶⁵ (Uncitral), de conformidad con el Tratado Bilateral de Inversiones (BIT) firmado entre el Reino Unido y la República de Kirguistán, con base en la Ley Modelo de la Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985⁶⁶ (LMU). Concretamente, este BIT establecía que las disputas entre nacionales de los dos países debían ser resueltas por medio del arbitraje regido por normas de Derecho internacional privado.

La cuestión principal era si el arbitraje, basado en un Tratado Bilateral y guiado por las normas de la Uncitral podía ser considerado como “*un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional*” en los términos de la Sección 1782.

Si bien en un principio la sentencia recoge las interpretaciones del Segundo y Quinto Circuito, en los casos explicados *supra*, se hace hincapié en que éstos datan de 1999, anteriores, por ende, a 2004, a la

⁶³ 2007 WL 120844.

⁶⁴ 617 F Supp. 2D 481. Apelación contra la sentencia dictada por el 20 de noviembre de 2008 por el Tribunal del Distrito Sur de Texas.

En un primer momento el Tribunal del Distrito Sur de Texas concedió la asistencia judicial, aunque en una revisión de la misma anuló su propia resolución y denegó dicha cooperación.

⁶⁵ Resolución 31/98 de la Asamblea General de Naciones Unidas que aprobó el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 1976. Disponible en la sede electrónica de la Uncitral: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1976_Arbitration_rules.html, consultada el día 20 de noviembre de 2012.

⁶⁶ Documento de Naciones Unidas A/40/17, Anexo I, Suplemento n° 17.

resolución del caso *Intel* por el Tribunal Supremo. Por ello, considera inapropiado adoptar tales argumentos. Pero aunque no aborda las razones de su revocación de forma exhaustiva, sí se desmarca de dichos casos al advertir que en ellos solamente se consideraron los arbitrajes privados comerciales. En contra, en este supuesto nos hallamos ante un arbitraje regido por un Tratado bilateral de inversiones basado en un convenio vinculante para ambos países. Así pues, el Tribunal de Distrito consideró que el panel arbitral constituía un “tribunal no privado”⁶⁷ a efectos de la Sección 1782, por lo que entendió que ese arbitraje se incluía en la expresión “procedimiento en un tribunal extranjero o internacional”.

El caso *Roz Trading* viene a corroborar ese giro hacia una interpretación más amplia de la Sección 1782 donde tienen cabida los arbitrajes extranjeros o internacionales. La empresa *Roz Trading* interpuso una solicitud de asistencia judicial ante el Tribunal del Distrito Norte de Georgia, al amparo de la Sección 1782, para exigir a *Coca-Cola* la revelación de documentos para ser posteriormente aportados como prueba en el arbitraje. Arbitraje que estaba pendiente en Viena ante un panel arbitral designado por el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Económica de la Federación de Austria. El origen de este arbitraje residió en las reclamaciones por incumplimiento de contrato alegadas por *Roz Trading* contra *The Coca-Cola Export Company* (en adelante, *CCEC*), contrato que fue firmado con el objetivo de crear una *Joint-Venture* entre ambas empresas y el gobierno de Uzbekistán.

Esta sentencia, que seguía las bases establecidas en *Intel*, además de considerar que el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Económica de la Federación de Austria era un “tribunal” a los efectos de la Sección 1782, al entender que este órgano cumplía con los requisitos de un tribunal de primera instancia, estableció cuatro premisas que guiaron su razonamiento y que sirvieron de fundamento para la admisión de la solicitud de asistencia judicial.

En primer lugar, al igual que se indicara en la sentencia del caso *Oxus*, las sentencias del Segundo Circuito y del Quinto son anteriores al caso *Intel*, por lo que no habían podido seguir el criterio fijado por el Tribunal Supremo y, en consecuencia, extrapolar la Sección 1782 a los arbitrajes. En segundo lugar, los mencionados Circuitos habían basado su razonamiento en el carácter ambiguo del término “tribunal” para negar la aplicación de la Sección 1782 a los arbitrajes ex-

⁶⁷ 2007 WL 1037387, at 14.

tranjeros o internacionales. En tercer lugar, y más destacable por dar lugar a diferentes y opuestas interpretaciones, refiere a la intencionalidad del Congreso en el proceso de elaboración de las enmiendas, en especial la de 1964. Todos los Circuitos judiciales han coincidido, al menos, en afirmar que la intención del Congreso era la de ampliar el ámbito de aplicación de la Sección 1782 más allá de los tribunales estrictamente judiciales. Sin embargo, aquí radica uno de los aspectos esenciales para la consideración como “tribunal” a un arbitraje. En este sentido, los Circuitos Segundo y Quinto habían manifestado que el propósito de la Sección 1782 era la asistencia y auxilio a los cuerpos gubernamentales y oficiales que tuvieran potestad jurisdiccional. Por el contrario, en esta sentencia, el Tribunal del Distrito Norte de Georgia señala que la intención del Congreso no era esa, sino la de disponer que esta asistencia judicial estuviese disponible con independencia de que el proceso extranjero o internacional fuera una investigación de carácter penal, civil, administrativa o de cualquier otra naturaleza, teniendo cabida, por ende, el arbitraje. Por último, también incluyó uno de los argumentos esgrimidos en *Intel*, según el cual un tribunal se define por la medida en que actúa como un foro de primera instancia con la responsabilidad de adjudicar pretensiones expresadas en una demanda, requisitos que eran cumplidos por el panel arbitral del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Económica de la Federación de Austria.

No obstante, a pesar de que todo parecía indicar que los tribunales estadounidenses habían adoptado la interpretación extensiva fijada por el Tribunal Supremo, en 2009, el Tribunal de Apelaciones resolvió, negativamente, una solicitud de aplicación de la Sección 1782 en un arbitraje internacional. Concretamente fue el Quinto Circuito el que conoció del caso *La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa v. El Paso Corporation*⁶⁸.

Nejapa Power Co. (en adelante, *NPC*), inició un arbitraje, con sede en Ginebra (Suiza), contra *La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa* (en adelante, *CEL*); arbitraje que estaba regido por la LMU. En el marco de este arbitraje, *CEL* presentó una solicitud para conseguir una orden urgente en el Tribunal del Distrito Sur de Texas, en EE UU, para citar a un tercero, *El Paso Corp.*, empresa relacionada con *NPC*, y para que presentara documentos y prestara declaración,

⁶⁸ 617 F Supp. 2D 481. Apelación contra la sentencia dictada por el 20 de noviembre de 2008 por el Tribunal del Distrito Sur de Texas. En un primer momento el Tribunal del Distrito Sur de Texas concedió la asistencia judicial, aunque en una revisión de la misma anuló su propia resolución y denegó dicha cooperación.

pruebas que serían posteriormente utilizadas en el arbitraje pendiente en Suiza.

Este Tribunal del Quinto Circuito siguió el mismo criterio que en la era pre-*Intel*, haciendo especial hincapié en el hecho, ya mencionado, de que dejó numerosas cuestiones sin resolver, entre ellas, si la Sección 1782 era o no aplicable a los arbitrajes extranjeros e internacionales, puesto que en ningún momento, y como ya hemos indicado, se hizo referencia a los tribunales arbitrales⁶⁹. A pesar de ello, con buen criterio, a nuestro juicio, sirvió de base para una interpretación extensiva de la Sección 1782 a órganos no estrictamente judiciales. Sin embargo, y contrariamente a lo que entendieron los Tribunales en los casos *Oxus* y *Roz Trading*, este Tribunal entendió que dicha interpretación era válida, pero también limitada a la DG de la Competencia, no siendo posible, por tanto, concluir que cualquier arbitraje extranjero o internacional quedaba incluido en la expresión “*procedimiento en un tribunal extranjero o internacional*”.

Por otro lado, este Tribunal volvió a argüir, para fundamentar el rechazo de la solicitud de asistencia judicial, al igual que hiciera en el caso *Republic of Kazakhstan v. Biedermann International*, que el hecho de que la legislación de EE UU permita la asistencia judicial en materia de prueba a los arbitrajes domésticos no significa que los arbitrajes internacionales se beneficien de dicha regulación. Este argumento tiene su razón de ser en el hecho de que si a las partes, en un arbitraje internacional, se les ofreciera la posibilidad de obtener pruebas a través de los órganos jurisdiccionales, esto destruiría las principales ventajas del arbitraje (se considera un medio rápido, económico y eficaz)⁷⁰.

A la vista de todas estas resoluciones, comprobamos que *Intel* marcó una nueva era en la interpretación de la Sección 1782. Sin embargo, dado que no estableció expresamente si los arbitrajes privados internacionales quedaban o no incluidos en el ámbito de aplicación de la citada previsión legal, han seguido produciéndose resoluciones contrarias.

⁶⁹ El fragmento original indica: “*The Supreme Court in Intel shed no light on the issue. In fact, the Supreme Court has not addressed the application of § 1782 to arbitral tribunals, not even in dicta. Intel never mentions arbitral tribunals in the text of the opinion itself.*”

⁷⁰ En la propia sentencia se hace referencia a estos adjetivos, al igual que hiciera el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito Judicial en el caso *Biedermann International*: “*the Court may find it determinative that “[a]rbitration is intended as a speedy, economical, and effective means of dispute resolution.*”

No obstante, la sentencia de 2012 *In re Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones*, viene a llenar ese vacío, dado que se refiere, expresamente y en sentido positivo, a la asistencia judicial a los arbitrajes extranjeros o internacionales y a su consideración como “tribunal” a los efectos de la Sección 1782.

IV. Sentencia *in re consorcio ecuatoriano*

Esta sentencia del Undécimo Circuito de este mismo año constituye la primera resolución, tras la del caso *Intel*, en la que un Tribunal Federal de Apelaciones ha extendido el alcance de la Sección 1782 en aras de resolver la cuestión de si los tribunales arbitrales privados intencionales caben en su ámbito de aplicación. De ahí su trascendencia. La sentencia sigue los principios y requisitos establecidos por el Tribunal Supremo en el caso *Intel*, lo que no hace sino corroborar y asentar las pautas establecidas en dicho caso para considerar a los órganos arbitrales como tribunales a los efectos de la Sección 1782.

1. Bases fácticas de la decisión

Dado que, como hemos indicado, esta decisión sigue el camino iniciado por *Intel*, la analizaremos comparándola con aquélla. El día 25 de junio de 2012, el Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito Judicial dictó sentencia en el asunto n° 11-12897, *application of Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. contra JAS Forwarding (USA), INC. y Jet Air Service Ecuador S.A.*

Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones, S.A., (CONECEL), era una empresa privada operadora de telecomunicaciones inalámbricas en Ecuador, cuyo nombre comercial es *Claro*⁷¹. Su red móvil proveía cobertura a aproximadamente el 85% de la población ecuatoriana. Por otra parte, *Jet Air Service Ecuador, S.A., (JASE)*, era una multinacional privada dedicada a la logística y transporte internacional de mercancías. En su relación comercial con *CONECEL* era la encargada del servicio de logística y transporte de teléfonos móviles y accesorios de ésta. Mientras que en *Intel* se planteó un litigio en materia de Derecho de la competencia, en este caso, el conflicto tuvo su origen en un incumplimiento contractual. *JASE*, en 2008, alegó el impago de diversas facturas emitidas a nombre de *CONECEL*. Por

⁷¹ http://www.bnamericas.com/company-profile/es/Consorcio_Ecuatoriano_de_Telecomunicaciones,_S.A.-Porta, consultada el día 5 de noviembre de 2012.

ello, inició un procedimiento arbitral contra *CONECCEL* ante la Cámara de Comercio de Guayaquil (Ecuador). Asimismo, *CONECCEL* realizó una auditoría interna en ese mismo año. Según las alegaciones de dicha empresa, *JASE* no tenía en cuenta los valores estipulados en el contrato para la elaboración de los presupuestos, sino que discrecionalmente los elaboraba, por lo que los importes de las facturas emitidas eran superiores a los pactados en su día por ambas sociedades. La diferencia en los importes supuso una cuantía de millones de dólares. En todo este suceso estaban implicados dos trabajadores de *CONECCEL*, relacionados con la verificación y pago de estas facturas.

Estando pendiente el procedimiento arbitral, *CONECCEL* solicitó, de conformidad con la Sección 1782, la cooperación judicial del Tribunal del Distrito Sur de Florida para la obtención de las pruebas necesarias, en este caso documentales, para verificar las diferencias en los cargos emitidos por los servicios de transporte prestados por *JASE*. Estos documentos estaban en poder de *JAS Forwarding (USA), INC.*, (*JAS USA*), una filial de *JASE* en EE UU. *CONECCEL*, además de presentar esta documentación como prueba en el procedimiento arbitral pendiente con *JASE*, tenía la intención de iniciar acciones legales en la ciudad de Quito (Ecuador), tanto civiles como criminales, contra los dos antiguos trabajadores implicados en la aparente alteración de las cuentas de las partes.

Esta resolución coincide aquí con el caso *Intel*, en el sentido de manifestar la necesidad de aportación de pruebas por una de las partes y que ésta no tiene en su poder (pues aquí reside la verdadera función de la Sección 1782). No obstante, mientras que en el caso *Intel* las pruebas se solicitaron de la contraparte en el litigio, en el supuesto que ahora analizamos los documentos se hallaban en poder de un filial de una de las empresas implicadas (un tercero procesal).

El Juez del Tribunal del Distrito Sur de Florida dictó resolución favorable a *CONECCEL*, concediéndole su petición de producción de prueba, contra la cual *JASE* interpuso un recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación del Undécimo Circuito, que tiene jurisdicción sobre casos originados o radicados en los Estados de Alabama, Florida y Georgia.

2. Respuesta jurídica a la situación planteada

El Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito en su sentencia de 2004 esgrime los argumentos que han servido de base para alcanzar el fallo y que suponen un paso adelante hacia una interpretación

homogénea del ámbito de aplicación de la Sección 1782 y de su extrapolación a los órganos arbitrales.

En primer lugar, el Tribunal aproxima la cuestión de si los órganos arbitrales son tribunales. En este sentido, sigue la argumentación de *Intel*, analizando y reproduciendo una serie de fundamentos que aparecen en la misma, con la finalidad de determinar si es posible, o no, la equiparación de la noción de “órgano arbitral extranjero” a la de “tribunal extranjero”. En lo que respecta al término “tribunal”, se hace hincapié en que el Congreso, en el año 1964, utilizó esta palabra en sustitución de la expresión “procedimiento judicial” (*judicial proceeding*), tomando como base el Informe del Senado que señalaba que la asistencia judicial, en materia de prueba, no quedaba limitada a los procedimientos iniciados ante los tribunales en sentido restrictivo, sino que se ampliaba también a los procedimientos administrativos y cuasi-judiciales. Esta extensión del concepto estaba íntimamente relacionada con el objetivo de facilitar la asistencia judicial en EE UU en relación con los procesos de naturaleza administrativa y cuasi-judicial que se desarrollan en el extranjero. De ahí que el Congreso optara por transformar la expresión “procedimiento judicial” en “procedimiento en un tribunal extranjero o internacional”.

Consecuencia de ello, y continuando la línea establecida en el caso *Intel*, la doctrina del Tribunal Supremo suponía la inclusión de los órganos arbitrales en el ámbito de aplicación de la Sección 1782. Si bien es cierto que en *Intel* se hacía referencia a la Comisión Europea, afirmando que era un órgano de recopilación de pruebas y también de resolución de conflictos en primera instancia, concluyéndose que actuaba como un auténtico tribunal, y no existiendo por ello razón alguna para que se denegara la asistencia judicial a este órgano, no es menos cierto que uno de los argumentos que sirvió de base a este pronunciamiento fue la reproducción de la doctrina del profesor Smit, en el sentido de que todos los cuerpos con poderes jurisdiccionales podían considerarse tribunales, incluidos, por tanto, los árbitros.

De hecho, el Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito consideró en *In re Consorcio Ecuatoriano* que, aunque en el caso *Intel* no se discutía acerca de si un órgano arbitral privado se englobaba en el ámbito de aplicación de la Sección 1782, la amplia y ambigua definición de “tribunal” allí provista constituía una guía para concluir positivamente sobre esta cuestión.

Asentada la posición de este Tribunal al respecto, es interesante ahondar también en el análisis doctrinal de la cuestión. En este punto la doctrina se encuentra dividida. Se erigen opiniones tanto a favor

como en contra sobre la determinación de si los órganos arbitrales son tribunales a los efectos de la Sección 1782.

La doctrina que se posiciona en contra viene liderada por Rivkin y Legum, quienes, para negar que, en el ámbito de aplicación de la Sección 1782, se englobe a los órganos arbitrales, señalan los siguientes motivos. En primer lugar, la historia legislativa de la Sección 1782 nunca ha mencionado el arbitraje privado comercial en materia de asistencia judicial en el ámbito de la prueba. En segundo lugar, en ninguna de las definiciones de “tribunal” encontradas en varios de los más importantes diccionarios legales se alude a los órganos arbitrales. Y por último, la ventaja que supone el arbitraje en relación con los costes económicos y temporales en comparación con la jurisdicción ordinaria se vería mermada si se otorgara a las partes la posibilidad de acudir a los órganos judiciales para reclamar asistencia en materia de obtención de pruebas. Además, las partes, al escoger el arbitraje como método de resolución de controversias deben tener en cuenta que no van a disponer del acceso a muchos de los procedimientos disponibles en el plano judicial⁷².

Esta posición mantenida desde hace ya casi dos décadas cuenta también con apoyo en la actualidad. Para Conley, la Sección 1782 debe interpretarse en el sentido de no incluir a los órganos arbitrales, ya que, de otro modo, se daría un tratamiento diferente a los arbitrajes domésticos respecto de los internacionales⁷³. Asimismo, propone una modificación de la Sección 1782, de forma que se requiera la aprobación de

⁷² D.W. Rivkin y B. Legum, “Attempts to Use Section 1782 to Obtain U.S. Discovery in Aid of Foreign Arbitrations”, *Arb. Int'l*, vol. 14, n° 2, 1998, pp. 219–225. La consecuencia de ampliar el ámbito de aplicación de la Sección 1782 a los tribunales arbitrales privados internacionales sería imponer una pesada carga al sistema judicial federal, así como alterar el orden público. Todo ello conllevaría un favorecimiento al arbitraje privado y por tanto, se colocaría a una de las partes en una desventaja significativa. C.D. Wallace, “Extraterritorial Discovery and U.S. Judicial Assistance: Promoting Reciprocity or Exacerbating Judicial Overload?”, *International Law*, n° 37, 2003, pp. 1055–1060; J.M. Godfrey, “Americanization of Discovery: Why Statutory Interpretation Bars 28 U.S.C. § 1782(a)’s Application in Private International Arbitration Proceedings...”, *loc. cit.*, pp. 508–509: “[...] *expanding §1782(a) to private international arbitration panels would place a heavy burden on the federal court system, alter the public policy favoring private arbitration, and place certain parties at a significant disadvantage*”.

⁷³ M. Bernet, “Obtaining Evidence in the United States – 28 U.S.C. Section 1782 and International Arbitration: Recent Developments and Trends...”, *loc. cit.*, p. 142: “[...] *although the question has not yet been definitively settled, it can be assumed that nowadays § 1782 assistance is available for proceedings before purely private international arbitral tribunals. [...] Granting § 1782 assistance in the context of international arbitration could potentially deprive arbitral tribunals of control of the evidence taking process and put U.S. parties at a serious disadvantage vis-à-vis non U.S. parties*”.

los árbitros para que una de las partes pueda solicitar asistencia judicial para la obtención de pruebas, y que además la disposición contenga una referencia expresa a que sólo se permitirá dicha solicitud de asistencia judicial una vez haya comenzado el procedimiento arbitral⁷⁴.

Consideramos interesante destacar también a Kirtley, quien señala que de la historia legislativa se desprende que nunca hubo intención de aplicar la Sección 1782 a los procedimientos arbitrales. El hecho de que el Tribunal Supremo, en el caso *Intel*, citara la doctrina del profesor Smit, no crea *per se* un precedente que haya de ser obligatoriamente seguido por el resto de órganos judiciales. Asimismo, al igual que Rivkin y Legum, incide en el aumento del coste económico del arbitraje si se extendiera el ámbito de aplicación de la Sección 1782 al mismo. Esto es debido a que dicha extensión incrementaría la complejidad de los arbitrajes, haciendo por ello menos atractivo este medio de resolución de controversias. Por último, sostiene que las partes se someten a arbitraje con la intención de acudir a un medio lo más neutral posible y de eludir los demás inconvenientes que implica la jurisdicción ordinaria⁷⁵.

Frente a estos autores, también existen otros que apoyan la inclusión. Así, la doctrina que defiende la subsunción de los órganos arbitrales en el término “*tribunal*” a los efectos de la Sección 1782 viene encabezada precisamente por el mismo Smit. Respecto a la historia legislativa, este autor señala que los cambios en la dicción de la Sección 1782 se hicieron precisamente con la intención de extender la asistencia judicial en materia de prueba a todos los cuerpos con poderes decisorios en el ámbito de la resolución de disputas. Y es más, a su entender, el significado del término “tribunal, engloba inequívocamente a los órganos arbitrales”⁷⁶. Son numerosos los autores que han seguido la doctrina del profesor Smit⁷⁷. De entre ellos destaca Boesel, quien afir-

⁷⁴ A. Conley, “A New World of Discovery: The Ramifications of Two Recent Federal Courts’ Decisions Granting Judicial Assistance To Arbitral Tribunals Pursuant To 28 U.S.C. §1782”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 71–72.

⁷⁵ W.L. Kirtley, “Court-Ordered Discovery in the United States Under 28 USC §1782 for Use in Foreign International Arbitrations: Its Evolution, Current Trends, Strategic Use and Dangers”, *Int’l Arb.L. Rev.*, vol. 14, 2011, pp. 54–55.

⁷⁶ H. Smit, “American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals...”, *loc. cit.*, pp. 5–6. También *vid.* H. Smit, “The Supreme Court Rules On The Proper Interpretation of Section 1782: Its Potential Significance for International Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 14, n° 3, 2003, pp. 295–332.

⁷⁷ S.R. Boesel, “Arbitration Bodies Should Be Considered Tribunal Under §1782: An Analysis of *NBC v. Bear Stearns & Co.*”, *Albany L. Rev.*, n° 63, 1999–2000, pp. 637 ss; D.A. Losk, “Section 1782(A) After Intel: Reconciling Policy Considerations and a Proposed

ma que no era razonable esperar que el Congreso estadounidense hubiera enumerado todos los tribunales que el ámbito de aplicación de la Sección 1782 engloba⁷⁸. Y entre la doctrina actual, es necesario mencionar a Born, para quien el simple lenguaje de la Sección 1782 indica que la disposición se extiende a los “tribunales”, considerando que un órgano arbitral cuenta con poderes decisorios y obligaciones y, por ende, es un tribunal⁷⁹. Asimismo son interesantes las tesis de Hasbrouck, quien advierte que es necesario distinguir, por una parte, los motivos que permiten a un órgano judicial ejercer su poder de discrecionalidad a la hora de otorgar asistencia judicial en el ámbito de la prueba a un órgano arbitral y, por otra parte, los razonamientos que llevan a establecer una definición de tribunal⁸⁰. Además, cuando se trata de un arbitraje internacional con sede en EE UU, el órgano arbitral se puede considerar tribunal internacional a los efectos de la Sección 1782⁸¹.

Bajo nuestro punto de vista, respecto a la tan controvertida cuestión de si los órganos arbitrales se pueden incluir en el concepto “tribunal”, nuestra postura es favorable a dicha interpretación. Dejando de lado las coyunturas históricas legislativas de la Sección 1782, así

Framework to Extend Judicial Assistance to International Arbitral Tribunals”, *Cardozo L. Rev.*, vol. 27, n° 2, 2005, pp. 1035 ss; J. Fellas: “Using Section 1782 In International Arbitration”, *Arb. Int’l*, vol. 23, n° 3, pp. 379 ss; A. Moore: “Expanding the Power of U.S. Courts in Private International Arbitration – Moderation Loses to an Extreme”, *Journal of Dispute Resolution*, 2008, pp. 321 ss; P.J. Martínez-Fraga, “Estudio de los efectos del Convenio de Nueva York y la doctrina de “manifiesta indiferencia de la ley” sobre el arbitraje internacional: análisis de dos paradigmas afirmativos y defensivos”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 55 ss; J. Weekley: “Discovering Discretion: Applying Intel to §1782 Requests for Discovery in Arbitration”, *Case Western Reserve L. Rev.*, vol. 59, n° 2, 2008–2009, pp. 535 ss. G. Born: *Int’l Com. Arb.*, vol. II, 2009, pp. 1934–1935; B. Hasbrouck, “If It Looks Like a Duck...: Private International Arbitral Bodies Are Adjudicatory Tribunals Under 28 U.S.C. § 1782(a)”, *Washington and Lee L. Rev.*, n° 67, 2010, pp. 1659 ss; M.D. Orta y G. Fuentes, “What Is the Effect of International Arbitral Rules on the Availability of Assistance in the Production of Evidence Pursuant to 28 U.S.C. §1782?”, *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 4, n° 3, 2010, pp. 247 ss. K. Beale, J. Lugar y F. Schwarz, “Solving the §1782 Puzzle: Bringing Certainty to the Debate Over 28 U.S.C. §1782’s Application to International Arbitration”, *Stanford J. Int’l L.*, n° 47, 2011, pp. 109–110; T.B. Robinson “The Extraterritorial Reach of 28 U.S.C. §1782 In Aid of Foreign and International Litigation and Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 22, n° 2, 2011, p. 135 ss.

⁷⁸ S.R. Boesel, “Arbitration Bodies Should Be Considered Tribunal Under §1782: An Analysis of *NBC v. Bear Stearns & Co.*”, *loc. cit.*, p. 656.

⁷⁹ G. Born, *International Commercial Arbitration...*, *op. cit.*, pp. 1934–1935.

⁸⁰ B. Hasbrouck, “If It Looks Like a Duck...: Private International Arbitral Bodies Are Adjudicatory Tribunals Under 28 U.S.C. § 1782(a)”, *loc. cit.*, pp. 1664–1665.

⁸¹ P.J. Martínez-Fraga, “The Future of 28 U.S.C. § 1782: The Continued Advance of American-Style Discovery In International Commercial Arbitration”, *Univ. Miami L. Rev.*, October 2009, p. 100.

como las intenciones del Congreso, y centrándonos exclusivamente en el concepto de tribunal, podemos concluir que, a nuestro parecer, nada impide que se considere a un órgano arbitral como un auténtico tribunal, totalmente equiparable a los órganos judiciales compuestos por jueces. Fundamentamos esta postura, principalmente, en el hecho de que el arbitraje se configura como la alternativa *natural* a la jurisdicción civil⁸². Y aludimos a la jurisdicción civil (englobando asimismo a la mercantil y comercial) porque consideramos relativamente dudoso que el arbitraje se pueda aplicar para resolver cuestiones penales⁸³.

Por otro lado, si al aplicar la previsión de la Sección 1782 se precluye el derecho de una de las partes a presentar prueba, se puede producir una contradicción con el art. V.1º.b) del Convenio de Nueva York de 1958⁸⁴ sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras⁸⁵ (en adelante, CNY), en el momento del reconocimiento y ejecución del laudo. Conforme a este precepto, la imposibilidad de “*hacer valer sus medios de defensa*” por una de las partes, es un obstáculo al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales⁸⁶. Asimismo, el art. 3 de las *IBA Rules on the Taking of Evidence*⁸⁷ otorga al órgano arbitral poderes para requerir documentos que no están en posesión de la parte que los quiere hacer valer⁸⁸.

Todos estos argumentos o razonamientos hacen que seamos proclives a incluir los órganos arbitrales en la noción de “tribunal” y, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Sección 1782.

⁸² P. Perales Viscasillas, “Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia”, *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 6, 2005, pp. 73–74.

⁸³ Así lo entiende también la doctrina a nivel internacional, *vid.* al respecto, P. Level: “L’arbitrabilité”, *Rev. arb.*, 1992, p. 227. Asimismo, en términos más generales, D. St. John Sutton, J. Gill y M. Gearing, *Russell on Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 2007, p. 16.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 2553.

⁸⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, nº 4739. También *vid.* *BOE*, 11–VII–77.

⁸⁶ P. J. Martínez–Fraga, “The Future of 28 U.S.C. § 1782...”, *loc. cit.*, pp. 93–95.

⁸⁷ Disponibles en versión electrónica en el sitio web oficial de la IBA: <http://www.ibanet.org>, consultada el día 20 de noviembre de 2012.

⁸⁸ Las siglas IBA corresponden a la *International Bar Association*, una organización que aglutina profesionales del Derecho internacional, colegios de abogados y asociaciones jurídicas. Desde 1983 la IBA ha adoptado directrices en materia de prueba en el arbitraje. En 2010, esta organización aprobó una nueva versión de sus *Rules on the Taking of Evidence*, que se trata de un Reglamento que las partes pueden voluntariamente adoptar para regir la fase probatoria del procedimiento arbitral que dirima su controversia. *Vid.* la dirección electrónica oficial de la IBA: <http://www.ibanet.org>, consultada el día 5 de noviembre de 2012.

Como hemos indicado anteriormente, consideramos al arbitraje la alternativa *natural* a la vía judicial civil y mercantil cuando se trate de derechos disponibles, o, como lo denomina la jurisprudencia, un *equivalente jurisdiccional*, ya que las partes pueden obtener, mediante el arbitraje, el mismo propósito que acudiendo a la jurisdicción ordinaria, esto es, obtener una resolución vinculante que resuelva su controversia⁸⁹.

Además, coincidimos con parte de la doctrina en que los órganos arbitrales son tribunales en tanto en cuanto tienen poderes decisorios y obligaciones. Entendemos que el Derecho debe ser interpretado en el tiempo y en el espacio actuales, esto es, en función de los valores contemporáneos, de modo que, siendo el arbitraje comercial internacional el método extrajudicial más utilizado en la actualidad para resolver controversias mercantiles con elementos foráneos, no parece razonable negar tajantemente que los órganos arbitrales sean tribunales.

Continuando con el análisis de la Sentencia, conforme al Tribunal, el órgano arbitral debe reunir una serie de características para ser incluido en el concepto de “tribunal”. Por tanto, se debe analizar:

– Si el órgano arbitral actúa como un órgano de resolución de controversias en primera instancia.

⁸⁹ El fundamento de esta idea lo encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que nos parece completamente extrapolable al nivel internacional, y no sólo aplicable con carácter restrictivo al plano nacional. Así, dicho órgano, en sus Sentencias 62/1991, de 22 de marzo; 288/1993, de 4 de octubre; y 174/1995, de 23 de noviembre, entiende que el arbitraje es “[...] un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil [...]”. *Vid.* también F. Carnelutti: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. I, *Introducción y función del proceso civil* (traducción de N. Alcalá-Zamora y Castillo y S. Sentís Melendo), Buenos Aires, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1944, pp. 192–194. Este autor incluye las “*sentencias arbitrales extranjeras*” en el capítulo de su obra dedicado a los “equivalentes jurisdiccionales”, y en concreto, en las páginas 192–193 indica lo siguiente “[...] si se supone, o mejor dicho, se presupone, que la sentencia de los árbitros tiene el valor y la eficacia de la sentencia de la autoridad judicial, difícilmente se comprende que hayan de ser distintas las condiciones para su reconocimiento. Es difícil comprender, por tanto, que la sentencia arbitral extranjera entre dos italianos no deba valer nunca, ni siquiera en los casos en que, sin embargo, valdría la sentencia de la autoridad judicial extranjera, cuando no se trate de litigios que, según los principios de las disposiciones preliminares, esté atribuido a la competencia exclusiva de los jueces nacionales”. Nótese que esta obra data de 1944, siendo la versión actual de la Sección 1782 del año 1996. Asimismo, *vid.* J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 19, enero–diciembre, 2005, pp. 71 ss.

- Si el órgano arbitral permite la recopilación y presentación de pruebas.
- Si el órgano arbitral tiene autoridad para identificar responsabilidades e imponer sanciones.
- Si la decisión del órgano arbitral está sujeta a revisión judicial.

1) En cuanto al primer elemento identificado por el Tribunal, esto es, si el órgano arbitral actúa como un órgano de resolución de controversias en primera instancia, a nuestro entender está íntimamente relacionado con la cuarta característica señalada, es decir, con la sujeción de la decisión del órgano arbitral a revisión judicial. De hecho, el propio Tribunal, aunque los enuncia por separado, se refiere a ambos requisitos conjuntamente.

Así, la sentencia del caso *In re Consorcio Ecuatoriano* indica que es obvio que el órgano arbitral dictara una resolución en primera instancia sobre el fondo sujeta a revisión judicial en su caso, sin que se pueda identificar razón alguna para su exclusión del ámbito de aplicación de la Sección 1782⁹⁰. Al respecto, conviene traer a colación que en el arbitraje, la posibilidad de recurso es muy limitada, siendo la regla general que el laudo dictado no pueda ser objeto de anulación⁹¹. En la mayoría de Estados desarrollados, la revisión judicial de los laudos arbitrales se limita a motivos procesales, jurisdiccionales y de orden público. Esto contrasta llamativamente con la posibilidad de anulación de las decisiones judiciales adoptadas en primera instancia bajo las distintas legislaciones nacionales, permitiéndose incluso que el caso quede sujeto a nueva decisión judicial⁹².

⁹⁰ Párrafos 7 y 8 de la mencionada sentencia.

⁹¹ La falta de apelación se considera como una manifestación del progreso conseguido por la ley y la práctica arbitral actual, lo cual no se puede ver como una desventaja del arbitraje respecto a la jurisdicción ordinaria, sino al contrario, como una ventaja. En el sistema judicial, sobre todo en países de tradición jurídica continental, la existencia de apelaciones manifiesta el sistema de jerarquías en la carrera judicial: mientras en primera instancia resuelven los casos jueces inexpertos, los casos en apelación los resuelven jueces duchos. Esto no se puede trasladar al arbitraje, pues las partes tienen la potestad de elegir árbitros avezados. Además, si es tan importante para las partes que exista la posibilidad de apelación, éstas pueden pactar que exista esta posibilidad. *Vid.* al respecto J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, p. 7; G. Born, *International Commercial Arbitration. Commentary and Materials*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, p. 1.

⁹² G. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. I, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2009, pp. 81–82: “[...] *There are both advantages and disadvantages to the general lack of appellate review mechanisms for arbitral awards. Dispensing with appel-*

En el campo de la revisión judicial de laudos (cuarto requisito, que tratamos ahora por su estrecha relación con el primero), conviene referirse a las posibilidades de anulación de las decisiones arbitrales. La casuística viene impuesta por las legislaciones nacionales⁹³, pues no hay ninguna norma a nivel internacional que regule la materia. No obstante, conviene señalar que la tendencia actual predominante entre las normas estatales es hacer coincidir los motivos de anulación con los recogidos para impedir el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales por el art. V CNY.

Sin embargo, algunos Estados no siguen esta tendencia, siendo relevante, para el presente trabajo, que EE UU se encuentre entre ellos. Efectivamente, como indica Born⁹⁴, aunque la legislación estadounidense en la materia (secciones 9 y 10 de la *Federal Arbitration Act*⁹⁵)

late review significantly reduces both litigation costs and delays (particularly when a successful appeal means that the case must be retried in the first instance court, with the possibility of yet further appeals). On the other hand, it also means that a wildly eccentric, or simply wrong, arbitral decision cannot readily (if ever) be corrected. / On balance, anecdotal evidence and empirical research indicate that business users generally consider the efficiency and finality of arbitral procedures favorably, even at the expense of foregoing appellate rights. There are also some developed legal systems in which the parties have the possibility, by contracting into or out of judicial review, to obtain a measure of appellate review of the arbitrators' substantive decisions, or to select an arbitral procedure that includes arbitral appeals. As discussed below, however, international business generally choose speed and finality over the opportunity for appellate review" (notas al pie omitidas). Vid. también, J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 7.

⁹³ G. Born, *International Commercial Arbitration...*, op. cit., p. 2553.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 2637.

⁹⁵ Se contiene en el Título 9 del *United States Code*, disponible en formato electrónico en la página web oficial del gobierno estadounidense: <http://www.gpoaccess.gov/uscode/index.html>, consultada el día 20 de noviembre de 2012. La dicción de los citados preceptos es la siguiente:

§9: "If the parties in their agreement have agreed that a judgment of the court shall be entered upon the award made pursuant to the arbitration, and shall specify the court, then at any time within one year after the award is made any party to the arbitration may apply to the court so specified for an order confirming the award, and thereupon the court must grant such an order unless the award is vacated, modified, or corrected as prescribed in sections 10 and 11 of this title. If no court is specified in the agreement of the parties, then such application may be made to the United States court in and for the district within which such award was made. Notice of the application shall be served upon the adverse party, and thereupon the court shall have jurisdiction of such party as though he had appeared generally in the proceeding. If the adverse party is a resident of the district within which the award was made, such service shall be made upon the adverse party or his attorney as prescribed by law for service of notice of motion in an action in the same court. If the adverse party shall be a nonresident, then the notice of the application shall be served by the marshal of any district within which the adverse party may be found in like manner as other process of the court".

no contiene motivos de anulación distintos a los previstos en el art. V CNY, algunos órganos jurisdiccionales han reconocido como razones de anulación otras causas, con aplicación tanto a laudos internos como internacionales dictados en territorio estadounidense. Estos motivos incluyen, entre otros, la falta de arbitrabilidad y la contradicción con el orden público (recogidos en el art. V CNY), así como errores muy graves de interpretación sustantiva de la ley o de los hechos (causa no recogida en el mencionado precepto).

Asimismo, debemos aludir a la evolución que, en EE UU, ha experimentado la doctrina de la manifiesta indiferencia de la ley (*manifest disregard of law doctrine*)⁹⁶. Conforme a la misma, las interpretaciones de la ley que realicen los árbitros no son susceptibles de revisión judicial por error en la interpretación, a diferencia de lo que ocurre si en una resolución judicial se falla con desconocimiento manifiesto de la ley. Esta doctrina fue aplicada por los órganos jurisdiccionales es-

§10: “(a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration—

(1) where the award was procured by corruption, fraud, or undue means;

(2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them;

(3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; or

(4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.

(b) If an award is vacated and the time within which the agreement required the award to be made has not expired, the court may, in its discretion, direct a rehearing by the arbitrators.

(c) The United States district court for the district wherein an award was made that was issued pursuant to section 580 of title 5 may make an order vacating the award upon the application of a person, other than a party to the arbitration, who is adversely affected or aggrieved by the award, if the use of arbitration or the award is clearly inconsistent with the factors set forth in section 572 of title 5”.

⁹⁶ *Vid.*, al respecto, T.E. Carbonneau, *Carbonneau on Arbitration: Collected Essays*, JurisNet, LLC, 2010, pp. 136–138. El autor explica la evolución de la doctrina del *manifest disregard*, desde sus orígenes en la *Collective bargaining agreement arbitration (CBA Arbitration)* hasta la actualidad. El Segundo Circuito en el caso *In Halligan v. Piper Jaffray, Inc.*, [148 F.3d 197 (2º Cir. 1998)], sostuvo que un laudo arbitral podía ser anulado por los árbitros presuntamente por caso omiso de la ley, de la evidencia o de ambos elementos. Sin embargo, en 2004, este mismo Tribunal revocó esta decisión en el caso *In Wallace v. Buttar*, [378 F.3d 182 (2º Cir. 2004)], alegando que un tribunal puede examinar el expediente de un arbitraje sólo para determinar si constituye una base plausible para la resolución del tribunal arbitral. Los estándares judiciales no sirven para controlar al árbitro en su aplicación de la ley, más bien, la norma que rige es la de cómo el árbitro medio habría interpretado la ley.

tadounidenses durante décadas, hasta que en 2008 el Tribunal Supremo de EE UU manifestó su disconformidad con la misma⁹⁷. Por tanto, se dejó la puerta abierta a una revisión judicial sobre la interpretación de la ley por parte de los árbitros, lo cual supone una verificación sobre el fondo de la resolución arbitral. Así pues, la jurisprudencia estadounidense parece que camina en la dirección de concebir a los órganos arbitrales como tribunales de primera instancia, siendo sus decisiones revisables incluso respecto al fondo. A nuestro modo de entender, nos parece que las exigencias de que el órgano arbitral debería actuar como órgano de primera instancia y de revisión judicial traen causa una visión un tanto judicializada de la tutela arbitral. No es posible pretender que en el arbitraje también existan varias instancias, al igual que en la vía jurisdiccional ordinaria, pues precisamente, de entre los principales atractivos del arbitraje destacan la ausencia de la instancia de apelación y la revisión judicial sólo respecto de defectos procesales. De otro modo, ¿qué valor añadido tendría el arbitraje respecto de los órganos judiciales? Si se permitiera una nueva revisión sobre el fondo, las ventajas de mayor celeridad y menor coste económico desaparecerían. Por tanto, creemos que la nueva posición que el Tribunal Supremo estadounidense ha adoptado en relación con la doctrina del “*manifest disregard of law*” no es la más idónea para mantener las ventajas que presenta el arbitraje.

2) Con respecto al segundo requisito, que el órgano arbitral permita la presentación y recopilación de pruebas, o dicho de otro modo, tenga potestad procesal en el ámbito de la prueba en general, la sentencia examinada se limita a señalar que el panel arbitral tiene autoridad para examinar pruebas⁹⁸. Esta postura, empero, no llama la atención, dado que la doctrina es unánime al reconocer dicho poder a los árbitros⁹⁹. Además, el arbitraje se caracteriza por la flexibilidad procesal ejercida por las partes en la disputa a través de su consenso, y desde el momento en que éste no se alcanza, son los árbitros los que deben decidir cómo proceder, lo que significa que se les confiere la plena

⁹⁷ *Vid.*, al respecto, G. Born, *International Commercial Arbitration...*, *op. cit.*, p. 2640. También *Vid.* P.J. Martínez-Fraga, “Estudio de los efectos del Convenio de Nueva York...”, *loc. cit.*, pp. 66–95, para un análisis de la doctrina de la manifiesta indiferencia de la ley a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales de Distrito.

⁹⁸ Párrafos 7 y 8 de la mencionada sentencia.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 1892. *Vid.* también J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 369; J. Waincymer: *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 748 ss.

dirección procesal¹⁰⁰. No obstante, no se trata de una facultad ilimitada. Efectivamente, los límites vienen dados por la naturaleza consensual del arbitraje y la falta de poder coercitivo de los árbitros al hacer ejecutables las decisiones que adoptan con referencia a terceros ajenos al proceso arbitral¹⁰¹. De ahí la necesidad de contar con la colaboración de los órganos judiciales.

Sin embargo, en EE UU, la legislación permite a los árbitros adoptar resoluciones en relación a la prueba que afecten a terceras partes, si bien deben contar con la asistencia de los órganos judiciales¹⁰². Por tanto, nada impide a los órganos arbitrales, en tal país, adoptar decisiones en materia probatoria; y ya no sólo en relación con las partes implicadas en la disputa, sino también respecto de terceros ajenos al proceso. No obstante, si se examinan las facultades de órganos arbitrales establecidos en un país diferente a EE UU en materia de prueba, como es el caso de la sentencia que analizamos, la situación puede ser la opuesta (pues habría que estar a lo dispuesto en la normativa del país implicado). La sentencia que analizamos no entra a examinar el Derecho ecuatoriano, pero al no haber sido éste ni alegado ni probado, no es reprochable.

Nuestra opinión en cuanto al requisito que exige que el órgano arbitral deba tener poderes en materia probatoria es que tal potestad no debería ser determinante para considerar a un órgano arbitral como tribunal. Creemos conveniente que los árbitros deben tener amplios poderes para hacer posible la recopilación y presentación de prue-

¹⁰⁰ G. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1892–1893.

¹⁰¹ J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 369.

¹⁰² §7 *Federal Arbitration Act*, disponible en formato electrónico en la página web oficial del gobierno estadounidense: <http://www.gpoaccess.gov/uscode/index.html>, consultada el día 5 de noviembre de 2012: “*The arbitrators selected either as prescribed in this title or otherwise, or a majority of them, may summon in writing any person to attend before them or any of them as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case. The fees for such attendance shall be the same as the fees of witnesses before masters of the United States courts. Said summons shall issue in the name of the arbitrator or arbitrators, or a majority of them, and shall be signed by the arbitrators, or a majority of them, and shall be directed to the said person and shall be served in the same manner as subpoenas to appear and testify before the court; if any person or persons so summoned to testify shall refuse or neglect to obey said summons, upon petition the United States district court for the district in which such arbitrators, or a majority of them, are sitting may compel the attendance of such person or persons before said arbitrator or arbitrators, or punish said person or persons for contempt in the same manner provided by law for securing the attendance of witnesses or their punishment for neglect or refusal to attend in the courts of the United States*”.

bas, en aras de conseguir que el arbitraje sea más independiente de los órganos judiciales y también más utilizado a nivel internacional. No obstante, teniendo en cuenta que hay legislaciones nacionales que no permiten a los árbitros ser autónomos para ordenar la recopilación de pruebas, no por ello se ha de negar que sean verdaderos tribunales. Pues a nuestro entender, la esencia del término tribunal gira en torno al poder decisorio de los árbitros, que hace que sus resoluciones sean equiparables, o alternativas, a las dictadas por los órganos judiciales.

3) El tercer requisito que señala el Tribunal para considerar tribunal a un órgano arbitral, es si el órgano arbitral tiene autoridad para identificar responsabilidades e imponer sanciones; cuestión, a nuestro juicio, que gira en torno al valor de cosa juzgada de la decisión adoptada por los árbitros y a la posibilidad de ejecución del laudo arbitral en sede judicial. La sentencia únicamente reconoce la capacidad del órgano arbitral para dictar una decisión obligatoria para las partes.

En primer lugar, hay que mencionar que el efecto de cosa juzgada del laudo arbitral es ampliamente reconocido en la doctrina¹⁰³. Este efecto es fruto de la confluencia entre la ley aplicable al arbitraje (el efecto de cosa juzgada de los laudos arbitrales es reconocido por una amplia mayoría de legislaciones nacionales) y el consenso de las partes en someter su controversia a arbitraje (quienes reconocen en el árbitro o árbitros a la autoridad que va a dirimir su controversia con resultado vinculante)¹⁰⁴. Y en segundo lugar, en cuanto a la ejecución, contamos con un instrumento jurídico a nivel internacional para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, el CNY, cuyo art. V hemos comentado *supra*¹⁰⁵. Este texto legal ha permitido facilitar el

¹⁰³ P. Capper, *International arbitration: a handbook*, Londres, Lovells, 2004, p. 2. A. Redfern y M. Hunter con N. Blackaby y C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 1–2; P. Fouchard: “Part I. Definition and Sources”, en E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 11; J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pp. 2–3. *Vid.* también, G. Born, *International Commercial Arbitration. Commentary and Materials*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, p. 1; G. Born, *International Commercial Arbitration...*, *op. cit.*, 2009, pp. 81–82, Centro de Arbitraje y Mediación OMPI, *Solución de controversias para el siglo XXI*, Ginebra, OMPI Publ. n.º 779, 2003, p. 12.

¹⁰⁴ J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pp. 4–5.

¹⁰⁵ P.L. Murray, “The Role of American Courts in International Arbitration”, en R. Stürner y M. Kawano (ed.): *International Contract Litigation, Arbitration and Judicial Responsibility in Transnational Disputes*, Mohr Siebeck, 2011, pp. 72–75.

reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales a nivel mundial, siendo un aspecto remarcable el hecho de que en la actualidad no contemos con un instrumento jurídico similar en el plano de las resoluciones judiciales, señalando la doctrina la mayor facilidad para reconocer y ejecutar un laudo en una jurisdicción foránea distinta de aquélla en la que ha sido dictado, en comparación con las decisiones en el terreno de la jurisdicción ordinaria¹⁰⁶. Por ello, podríamos afirmar que el órgano arbitral posee la autoridad para identificar responsabilidades e imponer sanciones. Éste creemos que es el único requisito válido para englobar a los órganos arbitrales en la definición de tribunal. Es más, si el órgano arbitral no tiene dicha potestad no estaríamos ante arbitraje, sino ante otra forma de resolución extrajudicial de controversias. El arbitraje, bajo nuestro punto de vista, debe tener fuerza de cosa juzgada y el laudo ha de poder ser ejecutable, hecho que la CNY ha facilitado notablemente.

En consecuencia, es posible concluir que todos los requisitos exigidos por el Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito para incluir a los órganos arbitrales en la definición de “tribunal” confluyen. Así se desprende tanto del análisis de la más importante doctrina a nivel internacional como de lo dispuesto en la legislación estadounidense.

En la resolución objeto de nuestro estudio, el Tribunal de Apelaciones se limita a señalar que la revisión judicial de los laudos arbitrales en Ecuador se centra en determinados defectos del procedimiento arbitral y no en una revisión sobre el fondo. Y puesto que el órgano arbitral en Ecuador, tras el examen de las pruebas aportadas por las partes, emitió una resolución vinculante sobre el fondo, susceptible de revisión judicial, ha sido considerado, por dicho órgano judicial, como tribunal en los términos de la Sección 1782.

V. Valoración

Pese a no compartir todos los argumentos esgrimidos, celebramos que la jurisprudencia estadounidense camine en la dirección de englobar a los órganos arbitrales en el ámbito de aplicación de la Sección 1782 y permita el auxilio judicial en materia probatoria cuando el desarrollo de un procedimiento arbitral así lo requiera.

La sentencia *Intel* abrió la puerta de la Sección 1782 al arbitraje, pero fue un intento tímido, poco concreto, vago, consistente en una úni-

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 7.

ca referencia en su *obiter dictum*, dando lugar a que algunos Tribunales de Distrito fallaran en sentido contrario.

No obstante, con el caso *In re Consorcio Ecuatoriano* se consolida la ampliación de la asistencia judicial al arbitraje, al apoyar, decididamente, la aplicación de la Sección 1782 a los procesos arbitrales. Entendemos (y esperamos) que a partir de ahora no haya más decisiones judiciales contradictorias en esta materia provenientes de los Tribunales de Distrito o de otros Tribunales de Apelación.

Poco a poco, pues, el arbitraje se va construyendo como la justicia del futuro; como un medio de resolución de controversias que, conforme pasa el tiempo, aumenta sus ventajas frente a la justicia ordinaria.