

Spain Arbitration Review

Revista del Club Español del Arbitraje

ARTÍCULOS

La Privación Arbitraria de la Doble Nacionalidad en el Arbitraje de Inversiones

Andrés A. Mezgravis

La Protección de las Inversiones tras el Brexit

Rosa M^a Cantarero García

ZF Automotive US Inc. v. Luxshare Ltd. El futuro del "discovery" en EE.UU. en apoyo al arbitraje internacional

Peter Nahmias Reiss, JD

Ataques Cibernéticos em Arbitragens: Reflexões em torno da homologação de sentenças estrangeiras

Eduardo de Carvalho Becerra

Enfoque sistémico de la protección jurídica de las inversiones en el sector energético en México

Juan Carlos González Magallanes

La cuantificación de los procedimientos de anulación de laudos arbitrales

*Marta Flores Segura /
Celia López Carmona*

Ahorro de tiempo y costes: Nueva nota de práctica de la Institución alemana de arbitraje sobre los peritos

Christiane Lenz

Panorama de jurisprudencia suiza

Capítulo suizo del CEA

Recensión: Donald E. Vinson, PHD y Klaus Reichert, SC. Arbitration: The Art and Science of Persuasion

David Arias

Crónica sobre el XVI Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje

*Cruz Bosch Albarracín /
Daniella Esquivel González*

GANADORES I CERTAMEN DE ENSAYOS SOBRE ARBITRAJE CEA-40

Un análisis de datos sobre la denegación de justicia en el arbitraje de inversión

Galo M. Márquez Ruiz

El costo del Arbitraje de Inversión como mecanismo default de mitigación de riesgos políticos. Hacia un análisis económico de los seguros de riesgo político en las inversiones extranjeras

Santiago Oñate Yáñez

ZF AUTOMOTIVE US INC. v. LUXSHARE LTD.
EL FUTURO DEL “DISCOVERY” EN EE.UU.
EN APOYO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Peter Nahmias Reiss, JD*

***Abstract:** Section 1782 of Title 28 of the U.S. Federal Code is a powerful tool that allows foreign litigants to use U.S. “discovery” to obtain evidence that in many cases is not available to them in their home forum, allowing a U.S. district court to order a person who “resides or is found” in its jurisdiction to provide documentary evidence or testimony “for use in a proceeding in a foreign or international tribunal”. A split developed among the federal circuit courts on the scope of the section due in part to the Supreme Court leaving the matter open in *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004). On June 13, 2022, the U.S. Supreme Court ruled on this issue in two consolidated cases. *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd.*, No. 21-401 (Commercial Arbitration), and *AlixPartners LLP v. The Fund for the Protection of the Rights of Investors in Foreign States*, No. 21-518 (investment arbitration) ruling that only an adjudicative body of a governmental or intergovernmental nature constitutes a “foreign or international tribunal” under §1782. This long-awaited ruling will have a significant impact on international arbitration.*

INTRODUCCIÓN

La Sección 1782 del Título 28 del Código de los Estados Unidos (en adelante §1782) es una herramienta poderosa que permite a los litigantes extranjeros acudir a tribunales federales en EE. UU. para obtener asistencia judicial, y ello al objeto de obtener pruebas que -en muchos casos- no están disponibles para ellos en su foro de origen. Se trata de acceso al muy discutido, y a veces muy temido, “discovery”¹ estadounidense. De hecho, §1782 permite a un tribunal federal ordenar a una persona que “reside o se encuentra” en su jurisdicción que proporcione *pruebas documentales o testimonio* para su uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional. A lo largo de los años, cada vez más litigantes extranjeros acuden a la referida sección.

Desde 2004, se ha manifestado una diferencia importante de criterio entre los varios circuitos² federales sobre el alcance de la sección. Concretamente el segundo, quinto y séptimo circuitos interpretaban que el alcance de §1782 debería estar circunscrita a

* Peter Nahmias Reiss es Fellow del Chartered Institute of Arbitrators, y miembro del Comité de Dirección del Iberian Chapter de CI Arb. Es tanto un abogado estadounidense como un abogado español (admitido en los colegios de abogados de Nueva York, Nueva Jersey y Madrid, España). Trabaja desde Madrid, donde se centra en la resolución de disputas comerciales internacionales (arbitraje y mediación internacional). Ver www.nahmiaslegal.com.

1 A efectos de este artículo, “discovery” se refiere a la práctica de la prueba realizada en los procedimientos judiciales de primera instancia (trial courts), tanto ante la jurisdicción federal como ante la jurisdicción de los tribunales de cada estado. A diferencia de la praxis en sistemas de derecho civil, el control sobre dicha práctica de la prueba corresponde a las partes de cada controversia. De modo que son las propias partes quienes solicitan documentos, cuestionarios y testimonios, entre sí, antes del inicio del juicio correspondiente. El juez al cargo del caso sólo interviene en caso de objeción o negación de las partes ante dichas peticiones. Estas objeciones suelen fundarse en cuestiones de secreto profesional, peticiones excesivamente amplias o de poca relevancia con la causa. En caso de que dichas objeciones no prosperaran, el juez dictará mandamiento judicial ordenando la entrega de las pruebas solicitadas.

2 Para el lector no familiarizado con el sistema procesal estadounidense, debemos explicar brevemente la organización de los tribunales federales de EE. UU. La competencia de estos tribunales se limita a cuestiones de derecho federal (legislación federal) y controversias entre partes de distintos estados (incluidos extranjeros) superiores a 75.000 dólares. El territorio de EEUU se divide en 12 circuitos (más el llamado circuito federal, dando lugar a 13 circuitos en total). Cada circuito federal está compuesto de uno o varios distritos (94 en total) dependiendo de la densidad de población. En resumen, los tribunales federales de distrito actúan como juzgados de primera instancia, mientras que los tribunales federales de Circuito actúan como tribunales

procedimientos ante organismos gubernamentales o cuasi-gubernamentales. El sexto y cuarto circuitos, respectivamente, interpretaban -por el contrario- que la sección también se aplicaba a tribunales de arbitraje internacional. Este debate surgió como consecuencia del hecho de que el Tribunal Supremo de Estados Unidos (en adelante SCOTUS) dejó esta cuestión sin resolver en el caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004) (en adelante Intel), un caso en el cual SCOTUS consideró que §1782(a) autorizaba el “discovery” en relación con un procedimiento pendiente ante la Comisión Europea, considerándola un “tribunal extranjero”, a efectos de §1782.

El Fallo

SCOTUS acaba de pronunciarse sobre este debate en dos casos consolidados³:

- *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd.*, No. 21-401 (arbitraje internacional privado) (en adelante “*ZF Automotive*”), y
- *AlixPartners LLP v. The Fund for Protection of Investors’ Rights in Foreign States*, No. 21-518 (arbitraje internacional de inversión) (en adelante “*AlixPartners*”).

La cuestión planteada ante SCOTUS, era si §1782(a) abarca tanto los tribunales arbitrales comerciales privados como los arbitrajes internacionales de inversión o, en sentido contrario, si §1782 se limita únicamente a los procedimientos ante órganos gubernamentales. SCOTUS dictaminó que:

En resumen, sólo un órgano de adjudicación gubernamental o intergubernamental constituye un “tribunal extranjero o internacional” en virtud de §1782. Tales organismos son aquéllos que ejercen la autoridad gubernamental conferida por una nación o varias naciones. Ni el panel arbitral comercial privado en el primer caso, ni el panel de arbitraje de inversión ad hoc en el segundo caso, ostentan dicha calificación.

Magistrada Barrett, redactora del fallo unánime de SCOTUS, 596 U. S. ____ (2022) *Slip Op.* p. 17

La decisión de SCOTUS tendrá importantes consecuencias para el arbitraje internacional. En el presente artículo, plantearé y analizaré los antecedentes de la controversia y comentaré las posibles implicaciones del fallo sobre el arbitraje internacional en su conjunto.

El procedimiento de Discovery contemplado por § 1782

El procedimiento de “discovery” expuesto por 28 U.S.C. §1782(a) —modificada por última vez en 1964— dispone que:

El tribunal federal del distrito en el que resida o se encuentre una persona, podrá ordenarle que preste su testimonio o declaración, o que presente pruebas documentales u otro tipo de evidencia para ser utilizados en un procedimiento ante un tribunal extranjero o internacional, incluidas las investigaciones penales realizadas antes de la

de apelación, considerando solamente errores en la aplicación de derecho. No son tribunales de segunda instancia.

3 *ZF AUTOMOTIVE US, INC., ET AL. v. LUXSHARE, LTD. CERTIORARI BEFORE JUDGMENT TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT*, United States Supreme Court 596 U. S. ____ (2022) *Slip Op.* No. 21-401. Vista Oral el día 23 de marzo 2022-Sentencia dictada el día 13 de junio 2022.

acusación formal. La orden podrá dictarse en virtud de una comisión rogatoria emitida o, solicitada, por un tribunal extranjero o internacional, o a petición de cualquier persona interesada, y podrá ordenar que el testimonio o la declaración se entreguen, o que el documento u otro tipo de evidencia se presenten ante una persona designada por el tribunal.

Para que un tribunal federal de distrito considere si se concede la solicitud de dichas pruebas, el solicitante debe demostrar que:

- El tribunal de distrito tiene jurisdicción sobre la persona a la que se solicita la presentación de pruebas;
- Las pruebas son para uso en un procedimiento ante un tribunal extranjero o internacional; y
- La petición debe ser presentada por un “tribunal extranjero o internacional” o por “una persona interesada” en el procedimiento extranjero.

Desde una perspectiva no-estadounidense, la sección puede parecer extraña, en la medida en que permite exigir la presentación obligatoria de pruebas por parte de un tribunal federal (tanto documentos como testimonios de testigos) antes del inicio del litigio⁴ y a instancias de una “persona interesada.”⁵ En virtud de §1782, las partes extranjeras pueden presentar una solicitud directamente al tribunal federal (con jurisdicción personal sobre la persona objeto de la solicitud), sin haber hecho la solicitud a través de su tribunal extranjero. De hecho, algunos tribunales han concedido peticiones al amparo de §1782, en casos en que los documentos solicitados no se encontraban físicamente en los Estados Unidos, siempre y cuando los documentos estuviesen en posesión, custodia o control de una persona, que esté sujeta a la jurisdicción de dicho tribunal federal.⁶

Como era de esperar, el uso de §1782 por litigantes no-estadounidenses se ha vuelto cada vez más popular. Según un reciente informe, dichas peticiones aumentaron de 25 en 2012 a 120 en 2020. Se estima que desde 2012, los tribunales federales han concedido aproximadamente el 54% de las peticiones consideradas, con un 19% adicional concedidas parcialmente.⁷ Por tanto, y como consecuencia de §1782, algunos se quejan de que es más fácil para los extranjeros obtener pruebas en los Estados Unidos que para los estadounidenses que desean obtener pruebas en otros países.

La polémica

La cuestión principal del debate se centra en el último elemento de la sección: esto es, si un tribunal arbitral comercial internacional extranjero se puede calificar como “tribunal extranjero” a los efectos de §1782. SCOTUS, en el caso *Intel*, falló que la Co-

4 SCOTUS en el caso *Intel* sostuvo que §1782 sólo exige que una resolución dispositiva de un órgano judicial o cuasi judicial extranjero, revisable por los tribunales, esté dentro de la “contemplación razonable”. *Intel*, 542 U.S. 259.

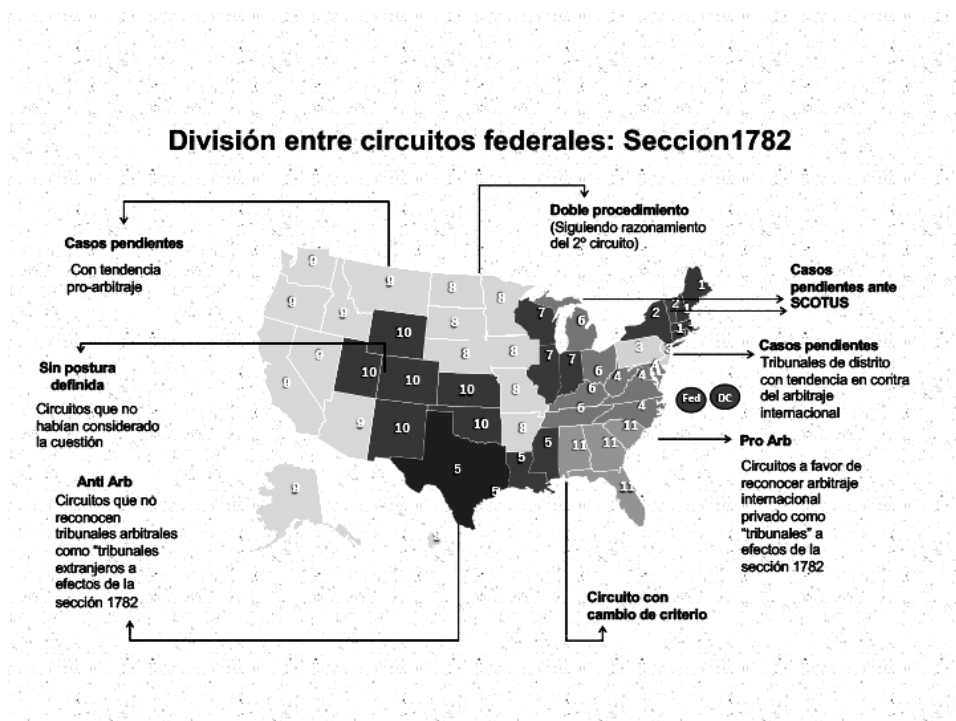
5 En el caso *Intel*, SCOTUS dictaminó que “cualquier persona interesada” incluye no sólo a los litigantes ante tribunales extranjeros o internacionales, sino también a cualquier otra persona que posea un “interés razonable” en obtener asistencia judicial.

6 Véase, por ejemplo *Sergeeva v. Tripleton Int’l Ltd.*, 834 F.3d 1194 (11ª Cir. 2016); *In re Barnwell Enterprises Ltd.*, 265 F. Supp.3d 1, 16 (D.D.C. 2017), *In re del Valle Ruiz*, 939 F.3d 520, 523 (2ª Cir. 2019).

7 Seyfarth Legal Update, *The Expanding Use of 28 USC §1782*, 7 de junio de 2021 <https://www.seyfarth.com/print/content/59301/the-expanding-use-of-28-usc-1782.pdf>.

misión de las Comunidades Europeas (un órgano cuasi judicial de la Unión Europea) era un tribunal extranjero o internacional en virtud de §1782, de modo que la petición hecha al amparo de dicha sección, relativa a determinadas pruebas ubicadas en Estados Unidos, fue considerado procedente por SCOTUS. No obstante, como se comentará a continuación, durante los casi 20 años transcurridos desde la sentencia Intel, se manifestó una diferencia de criterio importante ente los varios circuitos federales en cuanto a si los tribunales arbitrales comerciales internacionales y los tribunales de arbitraje de inversión se incluyesen, o no, dentro del ámbito de §1782.

División entre los circuitos federales



Arbitraje Comercial Internacional

Desde 2004, la aplicación de §1782 (o su no aplicación) en los arbitrajes comerciales internacionales, venía a depender de dónde residiera la compañía estadounidense objeto de la petición.

Dos circuitos federales permitían a las partes extranjeras solicitar órdenes judiciales para obtener pruebas conexas con procedimientos de arbitraje internacional. Estos fueron los circuitos 4º y 6º, que habían sostenido que la práctica de la prueba contemplada por §1782 está a disposición de los arbitrajes extranjeros e internacionales, incluidos los procedimientos privados ante árbitros seleccionados por las partes.⁸ Tres

8 *Servotronics, Inc. v. Boeing Co.*, 954 F.3d 209 (4º Cir. 2020), *Abdul Latif Jameel Transportation Co. v. FedEx Corp.*, 939 F.3d 710 (6º circ. 2019).

circuitos federales discrepaban sobre dicha interpretación. Los Circuitos 2º, 5º y 7º optaron por una interpretación más limitada de §1782, sosteniendo que sólo se aplicaba a solicitudes relacionadas con procedimientos extranjeros que involucrasen alguna forma de autoridad «gubernamental» o «cuasi-gubernamental».⁹

Para los tribunales federales restantes, la validez de dichas órdenes judiciales de §1782 dependía de cada distrito federal en particular, en el que residiese o estuviese constituida la compañía objeto de dichas peticiones. En los circuitos 1º, 3º, 8º, y en el Distrito de Colombia, los tribunales federales de distrito habían sostenido que al menos algunos tipos de tribunales arbitrales privados estaban comprendidos en el ámbito¹⁰ de aplicación §1782, mientras que los tribunales de distrito de los circuitos 8º, 7º, 9º y 10º determinaron lo contrario.¹¹

Teoría del “procedimiento doble”

Tal vez para evitar la controversia, algunos tribunales desarrollaron una teoría del “procedimiento doble”. Por ejemplo, en *Chevron Corp. v. Berlinger*, 629 F.3d 297 (2º Cir. 2011), citando al caso *Intel*, el Segundo Circuito evitó anular su precedente en *National Broadcasting Corp. v. Bear Stearns & Co*¹², (una decisión que no reconocía tribunales arbitrales internacionales como “tribunales extranjeros” a efectos de §1782) optando por no abordar el argumento de que si el arbitraje de inversión entre Chevron y Ecuador era (o no era) “un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional” en el sentido de §1782. En cambio, el Segundo Circuito optó por fijar su análisis sobre el hecho de que Chevron a su vez había solicitado las mismas pruebas para su uso en litigios concurrentes y enjuiciamientos penales paralelos en Ecuador. El Octavo Circuito siguió esta lógica en *Gov’t of Ghana v. ProEnergy Servs., LLC*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 75029 en *8 (8º Cir. 6 de junio de 2011), declarando: “Si la Corte determinara que el tribunal de arbitraje no cabe dentro del ámbito de la sección, la existencia de otro litigio paralelo en Ghana constituiría un procedimiento y, por sí solo, proporcionaría una base suficiente para que la Corte concediera la solicitud de Ghana”. Este también fue el razonamiento del tribunal del 11º circuito en *In re Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A., v. JAS Forwarding (USA), Inc.*, 2012 WL 2369166 (11º Cir. 25 de junio de 2012).

9 *Servotronics, Inc. v. Rolls-Royce PLC*, 975 F.3d 689 (2020). Ver Además *National Broadcasting Corp. v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184 (2º Cir. 1999); *Republic of Kazakhstan v. Biedermann International*, 168 F.3d 880 (5º Cir. 1999).

10 Véase, *HRC-Hainan Holding Company, LLC v. Hu*, 19-MC-80277, 2020 U.S. Dist. LEXIS 32125 (N.D. Cal. 25 de febrero de 2020). El Tribunal de Distrito para el Distrito Norte de California en este caso encontró persuasivo el razonamiento del Sexto Circuito, y sostuvo que un arbitraje privado es un “tribunal extranjero o internacional” a los efectos de § 1782 y que el procedimiento CIETAC fue efectivamente ante “un tribunal extranjero o internacional”. Véase también *In re Application for an Ord. Pursuant to 28 U.S.C. § 1782 to Conduct Discovery for use in a Foreign Proceeding*, 286 F. Supp.3d 1, 4 (D.D.C. 2017).

11 Véase también *In re Ex parte petition of Axion Holdings Cyprus Ltd.* Misc. No. 20-00290(MN) (D. Del. 18 de septiembre de 2020) (mem. orden); *In re Stora Etzel GmbH*, 2020 WL 1849714 (D. Del. 13 de abril de 2020); *In re EWE Gasspeicher GmbH*, 2020 WL 1272612 (D. Del. 17 de marzo de 2020).

12 *National Broadcasting Corp. v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184 (2º Cir. 1999).

Arbitraje de Tratados de Inversión

Parece haber habido cierto grado de consenso en que los arbitrajes de inversión deben de entrar dentro del ámbito de §1782. Por ejemplo, en *In re Oxus Gold PLC*¹³, el tribunal federal del distrito de Nueva Jersey determinó que un tratado bilateral de inversión regido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI constituía un tribunal extranjero, concluyendo que “el Artículo 8 del Acuerdo TBI entre el Reino Unido y Kazajstán ordena específicamente que las disputas entre nacionales de los dos países se resuelvan mediante arbitraje regido por derecho internacional”.

Consecuencias de la división entre los circuitos

Como consecuencia de la diferencia de criterio entre los circuitos federales, muchos tendían a buscar foros más receptivos a sus peticiones de pruebas en virtud de §1782. En caso de que no fuera posible, dada la ubicación de las pruebas solicitadas, como, por ejemplo, en los casos que involucraban a Nueva York, las partes podían adaptar su estrategia. Particularmente ilustrativo fue el caso *In re del Valle Ruiz*¹⁴, según el cual el *segundo circuito* confirmó la validez de una orden de entrega de documentos en virtud del §1782 dirigida contra la filial estadounidense del Banco Santander, dado que las pruebas solicitadas servían para varios procedimientos internacionales concurrentes- Tribunal de Justicia de la UE, un proceso penal español, así como un tribunal de arbitraje de inversión a tenor del tratado bilateral de inversión entre México y España.

La Sentencia

El día 13 de junio de 2022, SCOTUS dictó sentencia sobre dos casos consolidados: el caso de *ZF Automotive* y el caso de *AlixPartners*¹⁵. Las vistas ante SCOTUS se celebraron el día 23 de marzo de 2022.

El caso *AlixPartners* trataba sobre una controversia entre dos partes extranjeras —el Fondo para la Protección de los Derechos de los Inversores en Estados Extranjeros (“Fondo”), una entidad de inversión rusa, y la República de Lituania— que participaron en un arbitraje internacional de inversión ad hoc de conformidad con el tratado entre Rusia y Lituania. El Fondo inició el arbitraje en 2019 después de que Lituania nacionalizara el AB Bankas Snoras. El Fondo presentó una solicitud en virtud de §1782 para la entrega de documentos dirigida a una firma de consultoría con sede en Nueva York, AlixPartners. AlixPartners y su CEO Simon Freakley, apelaron ante el segundo circuito solicitando la impugnación de la orden dictada por el tribunal federal de distrito, el cual había concedido la petición de pruebas interpuesta por el Fondo.

13 *In re Matter of Application of Oxus Gold PLC*, No. MISC.06-82, 2006 WL 2927615, at *6 (D. N.J. Oct. 10, 2006); Véase también *In re Arbitration between Norfolk S. Corp., Norfolk S. Ry. Co., & Gen. Sec. Ins. Co. & Ace Bermuda Ltd.*, 626 F. Supp.2d 882, 885 (N.D. Ill. 2009). *In re Veiga*, 746 F. Supp. 2d 8, 22-23 (D.D.C. 2010); *In Re Guo*, 965 F.3d 96, 108 n. 7 (2d Cir. 2020), corregido (July 9, 2020).

14 939 F.3d 520 (2º Cir. 2019). Esta sentencia forma parte de un caso ampliamente conocido en España, al tratarse de la batalla judicial entre un grupo de accionistas del Banco Popular liderados por el empresario mexicano Antonio del Valle Ruiz frente a este último, así como frente a su sucesor el Banco de Santander, a raíz de pérdidas ocasionadas por la reducción a cero del valor de las acciones del Banco Popular. Dicha contienda dio lugar a un arbitraje de inversión, un procedimiento ante la Comisión Europea y acciones penales ante la Audiencia Nacional (interpuesta por otro grupo de accionistas). Son estos dos grupos de accionistas que interpusieron la solicitud de pruebas en virtud de §1782 objeto de la sentencia *In re del Valle Ruiz*.

15 *ZF AUTOMOTIVE US, INC., ET AL. v. LUXSHARE, LTD. CERTIORARI BEFORE JUDGMENT TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SIXTH CIRCUIT*, United States Supreme Court Slip Op. No. 21-401. Audiencia de 23 marzo 2022, Decisión 13 de junio 2022.

El caso de *ZF Automotive* trataba sobre una solicitud de impugnación presentada por ZF, un fabricante de piezas de automóviles con sede en Michigan, contra una orden del tribunal federal del distrito este de Michigan que había concedido una petición de pruebas presentada por Luxshare Ltd., un fabricante de productos electrónicos con sede en Hong Kong. Dicha solicitud versaba sobre la obtención de pruebas que Luxshare, Ltd pretendía presentar en un arbitraje comercial privado en Alemania entre ZF Friedrichshafen AG, una corporación alemana, y Luxshare, una compañía de responsabilidad limitada de Hong Kong. Luxshare había presentado una solicitud de §1782 en el tribunal federal de distrito en Michigan, solicitando la entrega de documentos de una filial estadounidense de ZF Friedrichshafen AG, la cual prosperó.

ZF Automotive presentó apelación ante el Sexto Circuito solicitando una determinación sobre si §1782 se aplicaba a los arbitrajes comerciales internacionales. SCOTUS optó por revisar el caso (concediendo “certiorari”) antes de que decidiera el Sexto Circuito, y en ejercicio de su discreción, consolidó el caso con el de *AlixPartners*.

Se presentaron numerosos escritos amicus curiae (*es decir*, amigos de la corte), el más importante de los cuales fue presentado por el **gobierno de los Estados Unidos**. Cabe señalar que EE. UU. sostuvo que §1782 no debería aplicarse a los tribunales arbitrales comerciales ni a los tribunales arbitrales de inversiones. En la audiencia, el Procurador General Adjunto, Edwin Kneedler afirmó que “extender el ámbito de §1782 a los arbitrajes privados extranjeros podría afectar de forma negativa a las relaciones de Estados Unidos con entidades internacionales, al involucrar al gobierno en disputas innecesarias y potencialmente controvertidas sobre la práctica de la prueba.”¹⁶

Análisis de la sentencia

SCOTUS, en una decisión unánime, redactada por la magistrada Barrett, se centró casi exclusivamente en las definiciones de los términos “internacional” y “extranjero” en relación con el término “tribunales”, basándose principalmente en definiciones gramaticales y de diccionario.

SCOTUS concluyó que para ostentar la condición de “tribunal extranjero” o “tribunal internacional” se requiere que el tribunal esté imbuido de alguna forma de poder gubernamental. En efecto, SCOTUS declaró que:

“Tribunal” es una palabra con posibles connotaciones gubernamentales o soberanas, por lo que “tribunal extranjero” se refiere más naturalmente a un tribunal que pertenece a una nación extranjera que a un tribunal que simplemente se encuentra en una nación extranjera. Y para que un tribunal pertenezca a una nación extranjera, el tribunal debe poseer la autoridad soberana conferida por esa nación.” Slip Op. p. 8

Y siguiendo dicho razonamiento, SCOTUS concluyó que:

Pero las entidades privadas no se convierten en gubernamentales, porque las leyes las gobiernan y los tribunales hacen cumplir sus contratos, lo que borraría cualquier distinción entre los órganos de adjudicación privados y gubernamentales. La definición inverosímilmente amplia de Luxshare de un órgano de adjudicación gubernamental no es más que un intento de burlar los límites de §1782.” Slip Op. p. 12.

16 https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/21-401_k53m.pdf.

SCOTUS hizo caso omiso de las salvaguardas judiciales de revisión sobre el arbitraje internacional, de la aplicabilidad internacional de los laudos arbitrales mediante la Convención de York, así como de todas las demás medidas protectoras de derechos incorporadas en el arbitraje internacional (por ejemplo, el Reglamento de la CNUDMI y la Ley Modelo, las normas institucionales arbitrales internacionales, etc.) para garantizar que las controversias se resuelvan de manera justa sin comprometer las debidas garantías procesales y la equidad.

De hecho, un destacado comentarista jurídico, Erik van Ginkel, observó que, al examinar el significado del término “tribunal extranjero”, la Corte no tuvo en cuenta el sentido común que definiría un tribunal arbitral internacional como “un tribunal que interviene en el arbitraje de una controversia internacional”.¹⁷ Uno no puede dejar de compartir su asombro por el hecho de que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sea capaz de demostrar una comprensión tan pobre del arbitraje comercial internacional.¹⁸ No cabe duda de que se echaba en falta¹⁹ al profesor Smit, quien había testificado en el caso Intel (así como la Magistrada Ginsburg, autora del mismo).

La Decisión no explicó por qué decidió abandonar la prueba de “funcionalidad” expuesta por la decisión de Intel, la cual señaló que habría que analizar la funcionalidad del tribunal, actuando como un adjudicador final, cuyas decisiones están sujetas a revisión judicial. Tampoco consideró la potestad de los tribunales de la jurisdicción ordinaria de ejercer su discreción para adaptar las peticiones de pruebas con el fin de no socavar el proceso. Curiosamente, SCOTUS parece estar de acuerdo con el fallo de Intel en la medida de que los tribunales arbitrales se consideren “adjudicadores”. En efecto, SCOTUS señaló que:

Allí, [en Intel] reconocimos que el órgano en cuestión, la Comisión de las Comunidades Europeas, era un tribunal del § 1782, en parte porque era un “tomador de decisiones en primera instancia” que hacía que las resoluciones dispositivas fueran revisables en el tribunal. 542 U. S., en 254–255, 258. Pero no pretendíamos establecer una prueba para lo que cuenta como un tribunal extranjero o internacional. La cuestión que tenemos ante nosotros ahora —si un organismo arbitral privado se puede calificar como un “tribunal extranjero o internacional”— no estaba ante nosotros en Intel. Nadie discutió allí que el órgano en cuestión ejercía autoridad gubernamental. Slip Op. n 1.

En el contexto del arbitraje de inversión, SCOTUS no tomó en consideración la renuncia a la soberanía inherente a la firma y ratificación de un tratado internacional bilateral de inversiones. El Tribunal declaró que a menos que un panel de arbitraje de inversión internacional esté expresamente imbuido de alguna forma de poder gubernamental, no es un “tribunal extranjero” en el ámbito de §1782. SCOTUS señaló que:

17 Véase van Ginkel, Eric, How Should the United States Supreme Court Have Decided in the Controversy over 28 U.S.C. § 1782(a)? Kluwer Arbitration blog, June 14, 2022 <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/06/14/how-should-the-united-states-supreme-court-have-decided-in-the-controversy-over-28-u-s-c-§-1782a/>.

18 Véase Van Ginkel, supra. Ver también Shu Shang, Carrie, Supreme Court Ended Circuit Splits on Judicial Aid of Overseas Arbitral Proceedings, American Society of International Law, Vol 26, Issue 5 (Agosto 4, 2022) <https://www.asil.org/insights/volume/26/issue/5>.

19 En el caso Intel, SCOTUS afirmó en *obiter dicta*, que el término “tribunal” puede incluir “tribunales arbitrales”, citando Hans Smit, *International Litigation Under the United States Code*, 65 Colum. L. Rev. 1015, 1026-27 & nn. 71, 73 (1965), Véase Intel, Supra p. 258. (Por “*obiter dicta*” se entiende afirmaciones contenidos en los fundamentos jurídicos de una sentencia que no forman parte de la *ratio decidendi* del fallo).

Por ejemplo, el tratado no crea por sí mismo el panel; en cambio, simplemente hace referencia al conjunto de reglas que rigen la formación y el procedimiento del panel si un inversionista elige ese foro. Además, el grupo ad hoc “funciona independientemente” de Lituania y de Rusia y no está afiliado a ellos. Consiste en individuos elegidos por los partidos y que carecen de cualquier “afiliación oficial con Lituania, Rusia o cualquier otro gobierno o entidad intergubernamental”. Y carece de otros posibles indicios de carácter gubernamental. Véase ibid. (“El panel recibe cero fondos del gobierno”, “las actuaciones... mantener la confidencialidad”, y el “laudo podrá hacerse público únicamente con el consentimiento de ambas partes”). Slip Op. p. 14

No está claro qué tipo de tribunales internacionales o extranjeros cabrían bajo la calificación de SCOTUS. Parece ser que sólo cabrían tribunales permanentes de arbitraje de inversión controlados por el gobierno, con árbitros designados por el gobierno. Me viene a la mente la aparente hostilidad de la UE hacia el arbitraje de inversión y su propuesta de un tribunal multilateral de inversiones. Tal vez igual de ominosa es la perspectiva de tener que presentar una demanda de arbitraje de inversión ante un tribunal de este tipo en un régimen autocrático. Eso parecería frustrar su propio propósito.²⁰

Es interesante considerar el informe de los argumentos orales sobre el caso. Parece que los magistrados se mostraron escépticos en cuanto a si, colocar “extranjero” frente al término “tribunal”, necesariamente connota patrocinio del gobierno. Algunos de los magistrados, entre ellos el magistrado Breyer, tampoco parecía convencido por el ostensible “desfile de horribles” que podría surgir si SCOTUS interpretara el texto de manera amplia (por ejemplo, los argumentos de que si se diera una lectura amplia a la sección, esto podría inundar los tribunales con solicitudes de pruebas, y así socavar los objetivos del arbitraje e infligir un daño asimétrico a las empresas estadounidenses)²¹. El Tribunal también cuestionó por qué la naturaleza del tratado, un acuerdo entre gobiernos, no impregnaría al tribunal con suficiente carácter “gubernamental” para caer dentro del ámbito de §1782 cuando un tribunal compuesto por “tomadores de decisiones gubernamentales” sería suficiente.

Tal vez, el mejor indicio sobre la razón subyacente de la decisión, fue el argumento de que la ambigüedad actual debe ser remediada por el Poder Legislativo. Se informa que el magistrado Gorsuch, por ejemplo, a quien se unió el magistrado Breyer, preguntó repetidamente al abogado de ambos demandados por qué la Corte no debería “errar en la otra dirección” en casos de lenguaje ambiguo, especialmente cuando se trata de implicaciones de política exterior, haciendo que el Poder Legislativo, y no el Tribunal, resuelva la actual controversia.²²

20 Véase a Gary Born “Court-Packing” and Proposals for an EU Multilateral Investment Court”, Kluwer Arbitration Blog, 25 October 2021. “El desprecio por parte de la UE, y otros, por los mecanismos de adjudicación independientes de larga data, y la voluntad de alterar el proceso de selección para la resolución de disputas, genera desprecio por esos mecanismos y el estado de derecho, asimismo envientona a los gobernantes autoritarios de todo el mundo.” <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/10/25/court-packing-and-proposals-for-an-eu-multilateral-investment-court/>.

21 Wang, Minyao, ARGUMENT ANALYSIS: In dispute over discovery requests in international arbitration, justices weigh text, comity, academic literature, and their own role, SCOTUS blog, Apr 29, 2022 <https://www.scotusblog.com/2022/04/in-dispute-over-discovery-requests-in-international-arbitration-justices-weigh-text-comity-academic-literature-and-their-own-role/>.

22 https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/21-401_k53m.pdf.

Implicaciones de la sentencia

SCOTUS ahora ha sostenido que los arbitrajes internacionales privados, así como los de inversión, no caben dentro del ámbito de §1782. Esto restringe severamente lo que una vez había sido una herramienta muy poderosa para obtener pruebas en Estados Unidos. Aquí hay varias implicaciones para los profesionales del arbitraje.

El camino a seguir

El fallo de SCOTUS no significa necesariamente que las partes en el arbitraje internacional ya no puedan solicitar pruebas ubicadas en Estados Unidos. De hecho, §1782 continuará permitiendo que las “partes interesadas” puedan solicitar asistencia judicial para obtener pruebas cuando los procedimientos legales estén “razonablemente contemplados” en una jurisdicción extranjera. Para demostrar una “contemplación razonable”, los solicitantes deben mostrar algunos “indicios objetivos” de su intención de iniciar procedimientos (es decir, contratar abogados, enviar requerimientos, etc.).²³ En el caso Intel, el Tribunal Supremo sostuvo que un procedimiento puede estar dentro de una «contemplación razonable» y rechazó el requisito de que el procedimiento fuera «inminente». El tribunal de Intel aclaró que las pruebas solicitadas solo tienen que ser “eventualmente... utilizadas en tal procedimiento».

Como tal, §1782 no requiere que el solicitante sea parte o que el procedimiento esté actualmente en curso.²⁴ De hecho, los tribunales federales han aplicado una norma *de minimis* a los solicitantes, que requiere simplemente una demostración de una intención de buena fe de utilizar las pruebas para hacer valer reclamaciones o defensas en un procedimiento extranjero.²⁵ Los tribunales federales exigen únicamente que se demuestre que la información tiene “cierta relevancia” como cuestión general para los procedimientos extranjeros.²⁶ Además, el lenguaje de “uso en” en la sección, no requiere que los solicitantes demuestren que las pruebas solicitadas sean admisibles en el procedimiento extranjero.²⁷

Cabe señalar que SCOTUS no mencionó las decisiones de los circuitos de “proceso dual” que sostenía que, mientras se prevea un procedimiento paralelo no estadounidense contemplado en la jurisdicción extranjera, las partes aún podrían presentar peticiones de pruebas en los Estados Unidos -en virtud del artículo 1782- siempre que apliquen los factores de Intel en su solicitud. Casos como el de *In re del Valle Ruiz*²⁸ sirven como ejemplo. En adelante, cuando un tribunal federal de distrito reciba una solicitud de pruebas al amparo de §1782, es muy posible que pueda proceder de la

23 Véase *Consortio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. v. JAS Forwarding (USA), Inc.*, 747 F.3d 1262, 1270 (11^o Cir. 2014) (concluyendo que una explicación detallada de su posible reclamación, así como una declaración de su intención de presentar una acción civil, es suficiente para presentar una reclamación dentro del ámbito de la contemplación razonable).

24 Incluso se han concedido peticiones al amparo de §1782 en apoyo de procedimientos de ejecución posteriores a la adjudicación (y en procedimientos de nombramiento de un administrador de una herencia). *In re Clerici*, 481 F.3d 1324 (11^o Cir. 2007); *In re Esses*, 101 F.3d 873 (2^o Cir. 1996).

25 *In re Veiga*, 746 F. Supp. 2d 8 (D.D.C. 2010); *In re Application of Republic of Ecuador*, 2010 WL 4027740 (E.D. Cal. Oct. 14, 2010).

26 *Fleischmann v. McDonald's Corp.*, 466 F. Supp. 2d 1020, 1029 (E.D. Ill. 2006).

27 *In re Veiga*, 746 F. Supp. 2d 8, 17-18 (D.D.C. 2010); *Brandi-Dohrn v. IKB Deutsche Industriebank AG*, 673 F.3d 76, 77 (2^o Cir. 2012); *Euromepa S.A. v. R. Esmerian, Inc.*, 51 F.3d 1095, 1099 (2^o Cir. 1995).

28 939 F.3d 520 (2^o Cir. 2019).

misma manera que lo hizo el segundo circuito en dicho caso, siempre que se trate de una la solicitud de pruebas relacionadas con procedimientos internacionales concurrentes que se califiquen como “tribunales extranjeros o internacionales”.

Por lo tanto, en el contexto del arbitraje internacional, se podría interpretar razonablemente que, si bien el Tribunal Supremo ha dictaminado que las partes interesadas en tales procedimientos no pueden utilizar la sección para obtener pruebas en dichos procedimientos, de ninguna manera se les prohíbe utilizar §1782 para obtener pruebas en los Estados Unidos para procedimientos paralelos ante tribunales imbuidos de poder gubernamental. Esto sería de aplicación tanto en procedimientos iniciados como en aquellos que están razonablemente contemplados por las partes interesadas. En el futuro, las partes en procedimientos arbitrales internacionales pueden considerar la posibilidad de emplear estos procedimientos paralelos simultáneos (o en su caso procedimientos previstos), para formar la base de sus solicitudes § 1782. Lejos de cerrar el acceso a la sección, SCOTUS sólo ha invitado a una mayor complejidad en la resolución de disputas internacionales.

¿Igualdad de condiciones? Al no permitir que §1782 se aplique al arbitraje internacional, algunos podrán sustentar que las partes estadounidenses en el arbitraje internacional presumiblemente están en igualdad de condiciones que las partes extranjeras. De ello se deduce que la sentencia debe de corregir la desventaja de las partes estadounidenses en procedimientos de arbitraje internacional cuando litigan contra partes extranjeras. En primer lugar, las jurisdicciones no estadounidenses no son tan hostiles a la práctica de la prueba como algunos afirman. En el Reino Unido, por ejemplo, recientemente se sostuvo que las partes en un arbitraje internacional con sede en el extranjero pueden utilizar el artículo 44 de la Ley de Arbitraje de 1996 para obtener una orden de los tribunales ingleses para la obtención de pruebas de testigos en apoyo del arbitraje extranjero.²⁹

Pero lo que es más importante, esto simplifica la realidad del arbitraje internacional donde las partes se encuentran por todo el mundo. Muchas multinacionales no estadounidenses tienen filiales y subsidiarias estadounidenses. Consideremos, por ejemplo, el caso *In re del Valle Ruiz*, mencionado anteriormente, donde una filial estadounidense de una empresa española fue ordenada a entregar pruebas documentales en virtud de §1782. De hecho, dicha sentencia sugiere que §1782 podría haber obligado a la propia sociedad matriz española a entregar documentación si los hechos del caso hubieran sido diferentes. Claramente, la decisión³⁰ es desafortunada para todos, porque dificultará el acceso a pruebas para todos.

¿Coherencia con la FAA? Al no permitir el acceso al §1782, el arbitraje internacional no está necesariamente en igualdad de condiciones con el arbitraje doméstico de EE.UU. en relación con la disponibilidad de pruebas. Como se mencionó anteriormente, las partes rara vez son completamente “extranjeras”. Además, el poder de los árbitros domésticos en virtud de la legislación estadounidense dista mucho de ser uniforme y también está lejos de ser del todo claro. La sección 7 del Federal Arbitration Act (“FAA”) permite a un árbitro “convocar por escrito a cualquier persona para que asista ante ellos o cualquiera de ellos como testigo, y en su caso traer consigo cualquier libro, registro, documento o papel que pueda considerarse material como evidencia

29 *A v C* [2020] 1 WLR 3504.

30 Bhagnani, Preeti G and Ives, Eric Lenier, US Discovery in Aid of international commercial arbitration after Valle Ruiz and Abdul Latif Jameel <https://www.ibanet.org/article/1878ECB1-C902-4EBB-A7DD-EB26F9853A49>.

en el caso".³¹ Esa Sección también establece que un árbitro puede obligar a un testigo "de la misma manera prevista por la ley para asegurar la asistencia de testigos." Una vez más, tenemos una diferencia de criterio entre los circuitos federales. El segundo, tercero, noveno y undécimo circuitos consideran que sólo se permiten peticiones en relación con la audiencia de arbitraje, y no para la práctica de la prueba con anterioridad a la vista.³² El cuarto circuito, en cambio, sostiene que un árbitro ostenta la potestad de citar testigos (no partes) con anterioridad a la audiencia "en circunstancias inusuales" y "al demostrar una necesidad o dificultad especial".³³ La incertidumbre se agrava porque varios estados han concedido competencias más amplias a los árbitros domésticos que la que se otorga bajo la FAA, capacitando al árbitro para emitir citaciones para la obtención de pruebas "en la medida en que un tribunal podría, si la controversia fuera objeto de una acción civil en el estado".³⁴

¿Confidencialidad? Algunos han argumentado que prohibir el acceso a §1782 sirve al interés de mantener la privacidad y la confidencialidad, en la medida en que las solicitudes para la obtención de pruebas de §1782, a menudo contienen una amplia divulgación de antecedentes en apoyo a la petición, que en muchos casos es información disponible públicamente. Si bien este es un punto justo, el fallo solo prohíbe el acceso directo a §1782. Como comentamos anteriormente, la sentencia no prohíbe la obtención de pruebas por partes extranjeras para su uso ante tribunales extranjeros e internacionales calificados. Es justo suponer que las mismas preocupaciones de confidencialidad afectarán estas peticiones también.

¿Menos acceso a la evidencia/menos costo? Algunos han comentado que limitar el alcance de §1782 puede beneficiar a las partes al limitar el coste de los procedimientos internacionales. Es muy posible que tenga el efecto contrario, ya que las partes se ven obligadas a entablar un doble procedimiento, ante tribunales internacionales y extranjeros cualificados, para obtener las pruebas necesarias. Cabe señalar también que siguen existiendo otros medios para la obtención de pruebas en los Estados Unidos. Las solicitudes de libertad de información (FOIA- Freedom of Information Act), por ejemplo, siguen estando disponibles para obtener documentos en poder de las autoridades públicas. Del mismo modo, a los datos personales mantenidos en jurisdicciones con leyes de protección de datos (en la línea del GDPR de la UE) como California, también se puede acceder a través de solicitudes de acceso. Otra forma, quizás más agresiva de obtener pruebas, podría implicar la presentación de denuncias penales paralelas.

Disposiciones de arbitraje. Es posible que las partes deban considerar la posibilidad de volver a redactar el texto de las cláusulas de arbitraje de sus acuerdos para adaptarlo a esta nueva realidad procesal. En el contexto del arbitraje internacional privado, las partes a menudo incorporan las directrices de la IBA sobre la obtención de pruebas que se guían por el principio de que "el discovery" -al estilo estadounidense

31 9 U.S.C. § 7.

32 CVS Health Corp. v. Vividus, LLC, 878 F.3d 703, 706 (9^o Cir. 2017); véase también Managed Care Advisory Grp., LLC v. CIGNA Healthcare, Inc., 939 F.3d 1145 (11^o Cir. 2019); CVS Health Corp. v. Vividus, LLC, 878 F.3d 703 (9^o Cir. 2017); Life Receivables Tr. v. Syndicate 102 at Lloyd's London, 549 F.3d 210 (2^o Cir. 2008); Hay Group, Inc. v. E.B.S. Acquisition Corp., 360 F.3d 404 (3^o Cir. 2004).

33 COMSAT Corp. v. Nat'l Science Foundation, 190 F.3d 269, 275-76 (4^o Cir. 1999).

34 Véase Ley Uniforme de Arbitraje, adoptada por Arizona, Utah, Colorado, Nevada, Nuevo México, Oregón, Washington y más de quince estados adicionales, A.R.S. § 12-3017(D)); véase además Código de Utah Ann. § 78B-11-118; CO Rev Stat § 13-22-217; NRS 38.233; NM Stat § 44-7A-18; O. Rev. Stat. § 36.675; RCW 7.04A.170.

o inglés- es generalmente inapropiado en el arbitraje internacional". Dicho esto, es posible que las partes de todo el mundo ahora deban reconsiderar las cláusulas de arbitraje que utilizan actualmente para adaptarse a este cambio en el acceso a las pruebas ubicadas en Estados Unidos. También es previsible que las organizaciones arbitrales considerasen modificar sus normas y procedimientos sobre la obtención de pruebas.

CONCLUSIÓN

La decisión es un golpe al prestigio del arbitraje internacional. Uno no puede evitar estremecerse cuando lee cómo SCOTUS comparó el arbitraje internacional con un "tribunal disciplinario estudiantil de la universidad". Casi tan desalentadora fue la afirmación del gobierno de EE. UU, en la vista oral, en el sentido de que los paneles arbitrales "no están administrando justicia", sino que sólo están "tratando de adivinar la intención de dos partes en un acuerdo". De hecho, es bastante preocupante que la Corte haya mostrado tal hostilidad hacia el arbitraje internacional. Cuesta creer que su intención realmente sea limitar el acceso a pruebas -en virtud de §1782- a un tribunal de inversiones controlado por un estado (posiblemente) autocrático, en lugar de un panel imparcial de arbitraje de inversión, siempre y cuando esté imbuido del poder estatal.

Por otro lado, el Tribunal Supremo no ha anulado su decisión Intel, ni ha prohibido la práctica de la prueba para litigantes extranjeros al amparo de §1782. Tal vez, la decisión simplemente restrinja, hasta cierto punto, el uso de §1782, obligando a las partes a seguir procedimientos paralelos para poder solicitar asistencia judicial para la obtención de pruebas en Estados Unidos. El tiempo dirá si esto funciona para mejorar el proceso. En cualquier caso, creo que es justo decir que este no es el final del debate sobre §1782.

