

«DISCOVERY» EN EE.UU. EN APOYO DE ARBITRAJES CON SEDE EN EL EXTRANJERO: BREVE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

BORJA ÁLVAREZ

«Asociado sénior», Cuatrecasas (Barcelona)

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Junio 2023

Págs. 233-244

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA SOLICITUD DE ASISTENCIA PROBATORIA EN VIRTUD DE LA SECCIÓN 1782. II. SITUACIÓN DE DIVISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS CIRCUITOS FEDERALES (CIRCUIT SPLIT) PREVIA A ZF AUTOMOTIVE EN CUANTO A LA POSIBILIDAD DE ACUDIR A LA SECCIÓN 1782 EN APOYO DE ARBITRAJES COMERCIALES INTERNACIONALES. III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA. 1. *Interpretación de los términos «tribunal internacional o extranjero»*. 2. *Subsunción de la definición de la Corte Suprema en solicitudes de discovery relativas a arbitrajes comerciales y a arbitrajes de inversiones*. IV. ESTADO DE LA CUESTIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA FEDERAL POSTERIOR. V. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES Y REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA SOLICITUD DE ASISTENCIA PROBATORIA EN VIRTUD DE LA SECCIÓN 1782

La sección 1782 del título 28 del Código federal de los Estados Unidos de América («Sección 1782») permite a litigantes extranjeros acudir a los tribunales federales de USA a fin de solicitar asistencia judicial probatoria o *discovery* –tanto en forma de prueba documental (*duces tecum*) como de testimonio de testigos (*ad testificandum*)– en apoyo de un procedimiento con sede en una jurisdicción distinta de la estadounidense.

El pasado 13 de junio de 2022, la Corte Suprema de los EE.UU. dictó sentencia (la «Sentencia») en los asuntos acumulados *ZF Automotive US, Inc. c. Luxshare, Ltd.*, asunto núm. 21-401 y *AlixPartners LLP c. Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States*, asunto núm. 21-518. La Sentencia supone una limitación significativa de las posibilidades que la Sección 1782 y la jurisdicción norteamericana ofrecían para obtener *discovery* en apoyo de arbitrajes comerciales internacionales cuya sede se encuentre en el extranjero, así como en apoyo de arbitrajes de inversión inversor-Estado.

Antes de examinar el citado pronunciamiento, sintetizamos seguidamente las notas fundamentales que caracterizan el *discovery* en apoyo de procesos en el extranjero que permite la Sección 1782.

Así, para que un tribunal federal de distrito pueda ejercer su discreción y estimar, en su caso, la solicitud de asistencia probatoria es preciso que:

- a) el tribunal federal ostente jurisdicción personal (*personal jurisdiction*) en relación con la persona o entidad respecto de la que se requiere la producción de pruebas;
- b) las pruebas deben ser para uso ante un «tribunal extranjero o internacional», en un procedimiento que se encuentre ya iniciado o cuyo próximo inicio sea «razonablemente contemplado» por la parte requirente; y
- c) la solicitud debe ser presentada, bien por persona interesada, bien por el propio tribunal extranjero o internacional que requiere la asistencia probatoria.

Además, la Sección 1782 no exige que los documentos solicitados se encuentren físicamente en EE.UU., siendo suficiente que se encuentren bajo la posesión, custodia o control de la parte requerida (parte que, a su vez y como se ha dicho, debe estar sujeta a la jurisdicción personal del tribunal federal de distrito requerido).

En el asunto *Intel* (SCOTUS 2004, 542 U.S. 259, ponente Ruth Bader Ginsburg), la Corte Suprema concluyó que la Comisión Europea constituye, a los efectos de la Sección 1782, un *tribunal extranjero o internacional*. El razonamiento de *Intel* enfatizó que la Comisión Europea resuelve como órgano adjudicador en primera instancia («*first-instance decisionmaker*») las cuestiones de Derecho de la UE que corresponden al ámbito de su competencia y que ante la Comisión se practica la prueba que puede ser, en su caso, objeto de revisión por parte de los tribunales de justicia de la UE. Así mismo, *Intel* clarificó que los tribunales federales poseen discreción a la hora de decidir si conceden estas solicitudes, es decir, que, aun cuando concurren los requisitos legales recogidos en la Sección 1782, pueden denegar motivadamente su concesión, si bien la Corte Suprema sujetó dicha posibilidad a la concurrencia de determinados criterios jurisprudencialmente definidos en el pronunciamiento *Intel*.

Fruto de tales notas características, la Sección 1782 ha venido siendo un instrumento legal particularmente efectivo, de frecuente utilización en contextos de litigación y arbitraje internacional, incluidos varios supuestos relacionados con nuestra jurisdicción (vgr., recientemente, asunto *In re Del Valle Ruiz*) o con arbitrajes con sede en España.

Es en este contexto en que se dicta el pronunciamiento de la Sentencia, segunda ocasión –tras el asunto *Intel* resuelto en 2004– en que la Corte Suprema decide abordar la Sección 1782.

El asunto planteado ante la Corte Suprema consistía, en esencia, en determinar una doble cuestión:

- a) si un tribunal arbitral que conozca de un arbitraje comercial internacional con sede en el extranjero debe ser considerado a estos efectos como un tribunal extranjero o internacional (cuestión suscitada en el asunto *ZF Automotive*); y
- b) si un tribunal arbitral constituido al amparo de un tratado de protección de inversiones para resolver un arbitraje de inversiones inversor-Estado constituye un tribunal extranjero o internacional (cuestión suscitada en el asunto *AlixPartners*).

La respuesta unánime de la Corte Suprema, de la que fue ponente la magistrada Amy Coney Barrett (designada en 2020 por Donald J. Trump, tras el fallecimiento de la magistrada Ruth Bader Ginsburg), fue *negativa* en ambos supuestos. En particular, cabe analizar las conclusiones alcanzadas por la Corte Suprema desde un doble plano.

1. Primero, con carácter de premisa mayor, la Corte Suprema declaró que la Sección 1782 debe interpretarse en el sentido de exigir que el órgano de adjudicación extranjero tenga carácter gubernamental o intergubernamental, siendo estos últimos aquellos a los que dos o más naciones han conferido el ejercicio de autoridades oficiales propias de su soberanía.
2. Segundo, aplicando dicha regla interpretativa a los dos casos avocados para revisión por la Corte Suprema (es decir, subsumiendo la premisa mayor expuesta en ambos asuntos litigiosos), la Sentencia concluyó que ninguno de los dos tribunales arbitrales en cuestión –es decir, ni el tribunal arbitral comercial DIS a constituir en el asunto *ZF Automotive*, ni el tribunal arbitral de inversiones constituido al amparo del APPRI Rusia-Lituania en el asunto *AlixPartners*– ostentaban o ejercían autoridad intergubernamental:

Solo un órgano de adjudicación gubernamental o intergubernamental constituye un «tribunal extranjero o internacional» a los efectos

de la Sección 1782. Tales organismos son aquellos que ejercen autoridad gubernamental conferida por una nación o varias naciones. Ni el panel arbitral comercial privado en el primer caso [asunto *ZF Automotive*], ni el panel de arbitraje de inversión ad hoc en el segundo caso [asunto *AlixPartners*], ostentan dicha calificación.

Seguidamente, expondremos la situación de división jurisprudencial que existía entre varios circuitos federales con anterioridad al dictado de la Sentencia (Sección II); y a continuación analizaremos el razonamiento seguido por la Corte Suprema para alcanzar el pronunciamiento, limitativo del alcance de la Sección 1782 como instrumento legal de asistencia probatoria en el contexto arbitral (Sección III). Por último, nos referiremos a la jurisprudencia federal dictada con posterioridad a la Sentencia que ha venido a confirmar la imposibilidad de acudir a la Sección 1782 a fin de solicitar asistencia probatoria en apoyo de arbitrajes de inversión constituidos al amparo de la Convención CIADI (aspecto que, según algunos autores, habría quedado *no plenamente resuelto* tras la Sentencia en *ZF Automotive*) (Sección IV).

II. SITUACIÓN DE DIVISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS CIRCUITOS FEDERALES (*CIRCUIT SPLIT*) PREVIA A *ZF AUTOMOTIVE* EN CUANTO A LA POSIBILIDAD DE ACUDIR A LA SECCIÓN 1782 EN APOYO DE ARBITRAJES COMERCIALES INTERNACIONALES

Con anterioridad al dictado de la Sentencia que nos ocupa, la Sección 1782 había suscitado una notable discusión en la jurisprudencia norteamericana. Dicha discusión se centraba en dilucidar si cabía acudir (o no) a este mecanismo de *discovery* en relación con arbitrajes comerciales internacionales con sede en el extranjero.

La situación de división entre los distintos circuitos resultaba, en este sentido, difícilmente sostenible en la jurisdicción federal norteamericana por cuanto conducía a soluciones diametralmente contradictorias en función del lugar de residencia de la parte requerida por la solicitud de producción de prueba. En este sentido, resultaban reconocibles al menos tres posiciones jurisprudenciales.

1. Primera, la aproximación de aquellos circuitos federales que admitían con carácter general la aplicación de la Sección 1782 en apoyo de arbitrajes comerciales internacionales. Se encuadran en esta categoría el Cuarto Circuito (e. g., asunto *Servotronics c. Boeing*) y el Sexto Circuito (asunto *Abdul Latif Jameel Transportation Co.*).
2. Segunda, la tesis intermedia de aquellos otros circuitos federales que admitían solicitudes de *discovery* en la medida en que alguna de las partes

del proceso arbitral internacional tuviese naturaleza de entidad pública o cuasi-pública. Como exponentes de este grupo, se identificaban tradicionalmente los circuitos Segundo (e. g., asunto *National Broadcasting Co.*), Quinto (asunto *Kazakhstan c. Biedermann International*) y Séptimo (asunto *Servotronics c. Rolls-Royce*).

3. Finalmente, encontramos la posición adoptada por los tribunales de distrito de otros circuitos federales que rechazaban categóricamente la aplicación de la Sección 1782 en apoyo de tribunales arbitrales privados, destacando a estos efectos la jurisprudencia del tribunal de distrito de Delaware en el Tercer Circuito (vgr., asunto *In re EW Gasspeicher GmbH*).

Este asimétrico panorama jurisprudencial en el ámbito del arbitraje comercial (generador de una importante imprevisibilidad en función del lugar de residencia de la parte requerida) contrasta con la situación de consenso judicial que venía reconociendo la posibilidad de ordenar *discovery* en apoyo de arbitrajes de inversión. Destacan en esta línea los precedentes de los asuntos *In re Del Valle Ruiz* o *In re Guo* (Segundo Circuito); asunto *Chevron* (Tercer Circuito); asunto *Eni S.P.A.* (tribunal de distrito de Delaware); asunto *In re Veiga* (tribunal de distrito del distrito de Columbia), asunto *In re Oxus Gold* (tribunal de distrito de Nueva Jersey); o *In re Norfolk* (tribunal del distrito norte de Illinois).

En este sentido, interesa apuntar que tal ausencia de división jurisprudencial en relación con los arbitrajes de inversión y el carácter innecesario de un pronunciamiento nomofiláctico que emanara de la Corte Suprema fueron oportunamente destacados por los representantes del *Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States* (el «Fondo») en el asunto *AlixPartners* ante la Corte Suprema. No obstante, la Corte Suprema decidió asumir la tarea de definir una interpretación común de la norma federal aplicable (Sección 1782) en los ámbitos de arbitraje comercial y de inversiones pese a las muy importantes diferencias en la naturaleza jurídica de ambos sistemas de adjudicación y pese a no existir, como se ha dicho, división entre circuitos en relación con los arbitrajes inversor-Estado.

En dicho contexto, la Corte Suprema aceptó la petición de revisión del asunto *ZF Automotive* y decidió acumular a dicho expediente el asunto *AlixPartners*.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Como se ha anticipado, la Sentencia resolvió dos asuntos acumulados de naturaleza jurídica bien diferenciada.

De un lado, en el asunto *ZF Automotive*, Luxshare (fabricante de productos electrónicos con sede en Hong Kong) solicitaba del tribunal del distrito este de Michigan que ordenara a una filial de ZF Automotive (grupo cuya matriz tenía sede en Alemania) la entrega de determinada documentación. Dicha documentación habría de ser aportada como prueba en un eventual arbitraje comercial internacional que iniciaría Luxshare frente a la sociedad cabecera de ZF Automotive en Alemania y que, de acuerdo con el convenio arbitral suscrito entre las partes, tendría sede en Múnich y sería administrado por la institución arbitral alemana DIS. El tribunal de distrito acogió la solicitud y, antes de que el Sexto Circuito resolviera la apelación planteada por ZF Automotive, la Corte Suprema avocó para sí el asunto con carácter de revisión previa al fallo de apelación (*certiorari before judgment*) y ordenó la suspensión de la práctica de las pruebas ordenadas por el tribunal de distrito.

De otro lado, en el asunto *AlixPartners*, el Fondo había solicitado que el tribunal del distrito sur de Nueva York ordenara la entrega de determinada documentación en poder de la firma de consultoría AlixPartners y su CEO. Dicha prueba documental se reputaba relevante a los efectos de un arbitraje internacional de inversión (*ad hoc* CNUDMI) iniciado en 2019 por el Fondo frente a Lituania al amparo del TBI Rusia – Lituania. La disputa en cuestión traía causa de la nacionalización por parte de Lituania del banco AB bankas Snoras (habiendo sido designado el CEO de AlixPartners como su administrador temporal) y que concluyó con la insolvencia de dicha entidad financiera. El tribunal de distrito accedió a la solicitud de asistencia probatoria y el Segundo Circuito confirmó dicha decisión. Frente a la decisión de apelación, AlixPartners solicitó revisión (*certiorari*) por la Corte Suprema, quien accedió a ello.

Pasamos a examinar los dos planos sobre los que discurre el razonamiento de la Corte Suprema: la premisa mayor interpretativa del término «tribunal internacional o extranjero»; y la subsunción de dicho criterio en relación con los dos asuntos suscitados ante la Corte Suprema.

1. INTERPRETACIÓN DE LOS TÉRMINOS «TRIBUNAL INTERNACIONAL O EXTRANJERO»

En el primero de los planos, la Sentencia argumenta que el hecho de que el término *tribunal* aparezca contextualmente cualificado por las notas distintivas de «internacional o extranjero» sugiere («*is best understood*») una referencia a un órgano decisorio que ejerce «autoridad gubernamental»¹. Esta es la clave de bóveda en que descansa la restante argumentación de la Sentencia. En

1. Sentencia, pp. 6-7.

su razonamiento, la Corte Suprema considera que tales notas distintivas resultan determinantes y deben ser tenidas especialmente en cuenta, por encima de dos hechos potencialmente relevantes que habrían apuntado en una dirección interpretativa contraria, a saber:

- a) que el texto de la Sección 1782 había sido modificado en 1964, siendo sustituida la expresión «*any judicial proceeding in any court in a foreign country*» por la actual dicción «*foreign or international tribunal*»; y
- b) el reconocimiento por parte de la Corte Suprema de que el término *tribunal* («*tribunal*») comprende el de *órgano judicial* («*court*»), pero no se agota en este.

Así pues, partiendo de la exigencia del ejercicio de autoridad gubernamental, la Corte Suprema procedió a delimitar separadamente los contornos de las nociones de *tribunal extranjero* y *tribunal internacional*.

El término *tribunal extranjero* podría sugerir *a priori* dos posibles acepciones, de acuerdo con la Corte Suprema: (i) tribunal que pertenece («*belongs to*») a una nación extranjera; y (ii) tribunal que se localiza o sitúa en el extranjero. La segunda acepción, más amplia, incluiría a aquellos tribunales arbitrales con sede fuera de USA. Sin embargo, la circunstancia de que el calificativo aparezca vinculado a la noción «tribunal» (que, en el razonamiento de la Corte Suprema, lleva ínsita la nota de autoridad gubernamental antecitada) obliga a descartar la segunda posibilidad. De este modo, la connotación de autoridad gubernamental exige interpretar *tribunal extranjero* como un órgano que pertenece y se inserta en la jerarquía de juzgados y tribunales de un Estado extranjero y no como un tribunal que únicamente se localiza o tiene su sede jurídica en el extranjero².

Por su parte, en relación con el término *tribunal internacional*, afirma la Corte Suprema: «un tribunal es internacional cuando involucra a dos o más naciones, lo que quiere decir que dichas naciones han conferido a ese tribunal autoridad oficial para resolver disputas»³.

Por último, dos consideraciones cierran el razonamiento de la Corte Suprema en este primer plano de análisis. De un lado, dado que uno de los objetivos de política internacional que dieron lugar a la modificación en 1964 de la Sección 1782 que introdujo el término «tribunal» era incrementar la reciprocidad de colaboración probatoria de otras naciones, no parece que dicho objetivo dependa de extender cobertura a tribunales que actúan (en el razonamiento de la Corte Suprema) sobre una base jurídica estrictamente privada⁴.

2. Sentencia, p. 7.

3. Sentencia, p. 9.

4. Sentencia, pp. 9-10.

De otro lado, la Sentencia afirma que extender dicha cobertura a cualquier tribunal arbitral cuya sede jurídica se localice en el extranjero generaría una «tensión significativa» entre la Sección 1782 y la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act* o «FAA»), que solo permite al tribunal arbitral (pero no a las partes interesadas) solicitar asistencia probatoria de la jurisdicción federal norteamericana⁵.

2. SUBSUNCIÓN DE LA DEFINICIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN SOLICITUDES DE *DISCOVERY* RELATIVAS A ARBITRAJES COMERCIALES Y A ARBITRAJES DE INVERSIONES

En el plano de la subsunción de las citadas definiciones en las dos tipologías de arbitraje consideradas por la Sentencia, el razonamiento de la Corte Suprema puede sintetizarse como sigue.

La Sentencia afirma que no cabe considerar que un tribunal arbitral de carácter comercial ostente o ejerza autoridad gubernamental. En este ámbito, recuerda la Corte Suprema, nos encontramos con partes privadas que acuerdan someter, mediante un acuerdo privado, sus disputas a un tribunal arbitral comercial administrado por una institución de naturaleza privada (como la corte arbitral alemana DIS). En este contexto jurídico privado, el hecho de que el tribunal arbitral deba actuar con sujeción a la legislación del Estado en el que sitúa su sede jurídica o que sus decisiones puedan ser ejecutadas con arreglo a dicha legislación no le confiere –de acuerdo con la Sentencia– el carácter de autoridad gubernamental.

Las entidades privadas no se convierten en gubernamentales por el hecho de que actúen regidas por leyes y porque los órganos judiciales ejecuten sus contratos [*sic*] –eso eliminaría cualquier distinción entre órganos decisorios privados y gubernamentales⁶–.

La segunda de las cuestiones en disputa es la que, a la luz del alambicado razonamiento de la Corte Suprema, habría suscitado mayores dudas entre los magistrados. En esa línea, la Sentencia afirma sin ambages que se le plantea la necesidad de resolver una cuestión «más problemática».

Como puso de manifiesto el Fondo, en el asunto *AlixPartners* encontramos un Estado soberano a un lado de la disputa arbitral y el instrumento de consentimiento en que se basa la jurisdicción del tribunal no tiene base contractual, sino que trae causa de un tratado internacional (en ese asunto concreto, el TBI Rusia-Lituania). Dichos factores, reconoce la Sentencia, pare-

5. Sentencia, p. 11.

6. Sentencia, p. 12.

cerían apoyar la conclusión de que el tribunal *ad hoc* CNUDMI es un tribunal intergubernamental⁷.

Sin embargo, continúa la Corte Suprema, lo relevante es que el citado tratado internacional ofrece un «menú de opciones o foros» al inversor demandante y que, dentro de dicho menú, cabe distinguir órganos judiciales que preexisten a la disputa (esto es, tribunales judiciales locales del país receptor de la inversión) y otros foros que no comparten dicha nota distintiva de preexistencia. En particular:

El panel arbitral *ad hoc* [asunto *AlixPartners*], por el contrario, no es un órgano preexistente, sino uno formado a los efectos de decidir disputas inversor-Estado. Nada en el texto del tratado refleja la intención de Rusia o Lituania de conferir a ese panel *ad hoc* funciones de ejercicio de autoridad gubernamental. Por ejemplo, el tratado no crea por sí mismo el panel; por el contrario, simplemente indica las reglas por las que se debe constituir y el proceso a seguir en caso de que el inversor elija ese foro de resolución de disputas. Además, el panel *ad hoc* «funciona de forma independiente» de, y no está afiliado ni con Lituania, ni con Rusia. Se integra por individuos elegidos por las partes que carecen de cualquier «afiliación gubernamental con Lituania, Rusia o cualquier otra entidad gubernamental o intergubernamental». El panel carece, en fin, de cualquier otro indicio de naturaleza gubernamental (no recibe fondos de ningún gobierno, sus actuaciones son confidenciales y el laudo solo puede hacerse público previo consentimiento de ambas partes)⁸.

Por último, la Corte Suprema añade que «la autoridad del panel *ad hoc* existe porque Lituania y el Fondo han prestado su consentimiento al arbitraje, no porque Rusia y Lituania hayan convenido en imbuir autoridad oficial a dicho panel»⁹.

El tribunal arbitral de inversiones carece por tanto de cualquier indicio de autoridad gubernamental.

Con base en lo anterior, la Sentencia concluye que ninguno de los dos tribunales arbitrales en cuestión puede ser considerado como «tribunal internacional o extranjero» a los efectos de la Sección 1782.

7. Sentencia, p. 12.

8. Sentencia, pp. 12-14.

9. Sentencia, p. 15.

IV. ESTADO DE LA CUESTIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA FEDERAL POSTERIOR

A la luz del razonamiento de la Sentencia en relación con los arbitrajes de inversiones y la importancia concedida por la Corte Suprema al requisito de «preexistencia» del panel arbitral, surgieron tras *ZF Automotive* determinadas voces que plantearon la posibilidad de que tribunales arbitrales constituidos en virtud de la Convención CIADI, en tanto que administrados por una organización internacional permanente y preexistente, pudieran ser considerados *tribunales internacionales* a estos efectos.

Pues bien, como cabía tal vez esperar, la cuestión se ha suscitado rápidamente ante los tribunales norteamericanos, existiendo a esta fecha dos pronunciamientos de tribunales de instancia que rechazan expresamente la posibilidad de acudir a la Sección 1782 en apoyo de procedimientos arbitrales CIADI.

En el asunto *In re Webuild SpA c. WSP USA Inc.* [caso 1:22-mc-00140], relacionado con un arbitraje CIADI derivado de la ampliación del Canal de Panamá (*Webuild SpA c. Republic of Panama*, Caso CIADI Núm. ARB/20/10), el tribunal del distrito sur de Nueva York concluyó el pasado 19 de diciembre de 2022 que el razonamiento de la Corte Suprema en *ZF Automotive* resulta igualmente de aplicación a tribunales constituidos al amparo de la Convención CIADI y el TBI correspondiente (en este caso, TBI Italia-Panamá). Ambos tribunales (el tribunal CIADI en el asunto de autos y el tribunal *ad hoc* CNUDMI en el asunto *AlixPartners*), afirma la decisión *In re Webuild*, resultan «materialmente indistinguibles». Pese a que la organización internacional CIADI *preexista* al surgimiento de la disputa, el concreto tribunal arbitral CIADI constituido a su amparo no preexiste a aquella, ni fue creado directamente en virtud del TBI en cuestión.

Junto a ello, afirma el tribunal de distrito (en decisión que ha sido recurrida ante el Segundo Circuito, recurso que se encuentra pendiente de resolución), el tribunal arbitral CIADI:

- a) carece de cualquier vinculación con, y funciona de forma independiente de, los Estados que suscribieron el TBI;
- b) no recibe fondos de los Estados que suscribieron el TBI, sino de las partes que intervienen en la disputa en cuestión; y
- c) sus actuaciones son confidenciales, salvo acuerdo contrario entre las partes, lo que aproxima su régimen al de los tribunales arbitrales de base privada.

Apenas dos meses antes, en el asunto *In re Alpene Ltd.* [asunto 1:21-mc-02547], un *magistrate judge* del tribunal del distrito este de Nueva York (en

decisión que ha sido recurrida ante el juez presidente del citado tribunal de distrito, recurso que se encuentra pendiente de resolución) alcanzó la misma conclusión. En efecto, el 27 de octubre de 2022 dicho tribunal declaró, de acuerdo con la ratio de *ZF Automotive*, que un tribunal CIADI constituido al amparo de la Convención CIADI y el TBI China-Malta en el arbitraje *Alpine Ltd. c. Republic of Malta* (Caso CIADI Núm. ARB/21/36) no constituía *tribunal internacional* a los efectos de la Sección 1782.

Lo anterior resume el estado actual de cuestión.

V. CONCLUSIONES

Más allá de las limitadas posibilidades de que el Segundo Circuito se pueda plantear revertir la situación posterior a *ZF Automotive* en el caso específico de arbitrajes de inversión CIADI –lo que consideramos improbable–, es indudable que la Sentencia que comentamos ha supuesto un giro jurisprudencial de amplias repercusiones, especialmente en relación con disputas de inversión. Ello explica que el pronunciamiento haya sido objeto de no pocas críticas por parte de la comunidad arbitral internacional. De forma particularmente gráfica, se ha afirmado que la resolución pretende poner fin al *turismo de discovery* hacia USA.

Por nuestra parte, no pretendemos hacernos eco aquí de manera exhaustiva de las visiones e interpretaciones enfrentadas a que ha dado lugar la Sentencia. De forma sucinta, sí que apuntaremos dos reflexiones críticas suscitadas por el razonamiento de la Corte Suprema en *ZF Automotive*.

Primero, la lectura de la Sentencia y la transcripción del argumento oral que tuvo lugar el 23 de marzo de 2022 ante la Corte sugieren que, más allá de la interpretación *textual* (en ocasiones, *originalista*) de la Sección 1782, la decisión habría estado igualmente motivada por consideraciones de política judicial e internacional (puede verse, a tal efecto, la intervención del magistrado Breyer cuestionando si una interpretación aperturista podría dar lugar a un «*parade of horrors*» ante los tribunales federales de EE.UU.). En este sentido, subyace en el pronunciamiento un objetivo tendente a evitar un tratamiento diferenciado y perjudicial para entidades radicadas en EE.UU. que, ante procedimientos seguidos en el extranjero, quedarían expuestas a un *discovery* de alcance muy superior a aquel que las propias corporaciones norteamericanas pueden contar a su favor cuando litigan en otras jurisdicciones. Del mismo modo, la mitigación de situaciones de «tensión significativa» en materia de *discovery* entre la FAA y la Sección 1782 aplicable a arbitrajes internacionales con sede en el extranjero constituye, en el razonamiento de la Corte Suprema, un argumento de validación y confirmación de su criterio interpretativo.

Segundo, desde el punto de vista del Derecho internacional de protección de inversiones sorprende que el criterio de «preexistencia» del propio panel arbitral se erija en criterio fundamental en la decisión de la Corte Suprema. No debe olvidarse que, en este ámbito, la oferta irrevocable de someter disputas inversor-Estado a arbitraje internacional deriva de un instrumento internacional de naturaleza intrínsecamente intergubernamental en virtud del cual dos o más Estados efectúan una renuncia a su *inmunidad de jurisdicción* en favor del tribunal arbitral internacional que se constituya en virtud del mecanismo previsto en el propio tratado. Desde esta perspectiva, parece difícil sostener que un tribunal arbitral que resuelve una disputa inversor-Estado y decide si la conducta del Estado demandado supone violación de alguno de los estándares de protección recogidos en el tratado (por ejemplo, si una expropiación resulta ilegal a los efectos del tratado internacional aplicable) no supone ejercicio de una autoridad oficial, internacional o intergubernamental (similar, por ejemplo, a la que ejerce en nuestro ámbito el TEDH en virtud del CEDH). En el caso de tribunales CIADI, el sometimiento del Estado parte a la jurisdicción y autoridad de un centro internacional de adjudicación de disputas (el CIADI) que forma parte de una organización internacional creada en virtud de la Convención CIADI resulta aún más intensa si cabe.

El razonamiento de la Corte Suprema evidencia un importante grado de desconocimiento de la posición que ostentan y la función que ejercen actualmente los tribunales de inversiones en el sistema internacional de protección de inversiones. Cuestión distinta es que dicho sistema pueda estar actualmente inmerso (o no) en un proceso de transición hacia un modelo de tribunales permanentes de arbitraje de inversión, con miembros designados por los Estados parte. Pero eso corresponde ya a «otra historia».